



La consideración jurídica de la pensión extranjera a efectos del complemento a mínimos

THE LEGAL CONSIDERATION OF THE FOREIGN PENSION FOR THE PURPOSES OF THE SPANISH PENSION SUPPLEMENT

María Alexandra Díaz Mordillo

Cuerpo Superior de Técnicos de la Administración de la Seguridad Social

Dirección Provincial del INSS y de la TGSS de Cáceres

maria-alexandra.diaz@seg-social.es  0000-0001-8619-3592

Recibido: 09.09.2021. Aceptado: 02.11.2021

RESUMEN

Los complementos a mínimos del artículo 59 del TRLGSS suponen el mecanismo que garantiza el cobro de pensiones adecuadas protegido en la Constitución Española. Estos complementos actúan de manera diferente según se trate de pensiones únicas o concurrentes. En caso de concurrencia con una pensión extranjera, hay que tener en cuenta que debe aplicarse la norma nacional aunque garantizando los principios de la normativa internacional. El cambio en la consideración jurídica de la pensión extranjera a efectos del cálculo del complemento a mínimos, operado por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2021, corrige una situación de desigualdad reconocida por la jurisprudencia. Son necesarios mecanismos de control que garanticen la protección del nivel de igualdad conseguido.

ABSTRACT

The pensions supplements of article 59 of the TRLGSS represent the mechanism that guarantees the collection of adequate pensions protected in the Spanish Constitution. These supplements act differently depending on whether they are single or concurrent pensions. In case of concurrence with a foreign pension, it must be taken into account that the national norm must be applied while guaranteeing the principles of international regulations. The change in the legal consideration of the foreign pension for the purposes of calculating the pensions supplement, operated by the General State Budget Law for 2021, corrects a situation of inequality recognized by case law. Control mechanisms are needed to ensure that the level of equality achieved is protected.

PALABRAS CLAVE

Complemento a mínimos
Pensión concurrente
Pensión adecuada
Elemento transfronterizo
Totalización de periodos

KEYWORDS

Pensions supplement
Concurrent pension
Adequate pension
Cross-border element
Totalization of periods

SUMARIO

- I. NATURALEZA DEL COMPLEMENTO A MÍNIMOS
- II. PENSIONES ÚNICAS Y PENSIONES CONCURRENTES
- III. LA CONCURRENCIA CON PENSIONES EXTRANJERAS
 - A. El cálculo de la pensión
 - B. La necesidad de residencia en territorio español para percibir el complemento a mínimos: pensiones causadas antes y después del 1 de enero de 2013
- IV. LA CONSIDERACIÓN JURÍDICA DE LA PENSIÓN EXTRANJERA A EFECTOS DEL COMPLEMENTO A MÍNIMOS
 - A. Pensiones calculadas por totalización de períodos: tratamiento de pensión concurrente
 - B. Pensiones calculadas únicamente por legislación nacional: el cambio de consideración jurídica de la pensión extranjera - de rendimiento de trabajo a pensión concurrente
 - 1. *La consideración como rendimiento de trabajo hasta 2021*
 - 2. *Los principios jurídicos del cambio*
 - a) *Vulneración del principio de no discriminación e igualdad de trato*
 - b) *El elemento transfronterizo y el principio de asimilación de prestaciones, hechos, acontecimientos o ingresos*
 - c) *La asignación de complementos en la pensión iguales a los de un titular nacional*
- V. LA CONSECUENCIA DIRECTA: LA DIFICULTAD DE IDENTIFICAR LA PENSIÓN EXTRANJERA COMO PROCEDENTE DE UN RÉGIMEN PÚBLICO DE PREVISIÓN SOCIAL
- VI. CONCLUSIONES
- Bibliografía

I. NATURALEZA DEL COMPLEMENTO A MÍNIMOS

El artículo 50 de la Constitución Española recoge uno de los más importantes principios rectores de la política social y económica de nuestro país. El texto, en consecuencia con el artículo 41, compromete a los poderes públicos a garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Una definición generalizada del concepto de tercera edad es aquella que la interpreta como etapa de la vida humana que se inicia aproximadamente a los 65 años. Precisamente este grupo de población es uno de los más cuantiosos si lo comparamos con el total, pues en 2010 suponían un 16'8% de la población nacional, ascendiendo al 19'58% del total durante el año 2020, con una clara tendencia al alza¹. No obstante, el concepto de pensionista va más allá de la pensión de vejez, aunque esta sea la más numerosa².

La falta de concreción del propio concepto de pensión adecuada³ nos lleva a poner especial atención en el complemento para pensiones inferiores a la mínima del artícu-

1. Fuente INE Proporción de personas mayores de cierta edad por comunidad autónoma (1451) (ine.es).
2. En abril de 2021, del total de 9.825.545 pensiones en vigor, 6.141.451 son jubilaciones, 947.296 incapacidades, 2.352.694 viudedades, 340.912 orfandades y 43.228 favores de familiares. Fuente Seguridad Social: <https://n9.cl/adubv>.
3. Rivera Sánchez, J. R.: "Los suplementos de las pensiones inferiores a la mínima en el Sistema de la Seguridad Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 4, 2015, pp. 75-99, disponible en <https://n9.cl/9vmi7>.

lo 59 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS)⁴, cuya cuantía anual deriva de la voluntad del legislador, no existiendo una cantidad mínima garantizada (relacionada, por ejemplo, con un determinado porcentaje sobre la cuantía del SMI o del IPREM). “De modo empírico, esto es, comprobando, año a año, cuál ha sido la cuantía que el legislador ordinario ha estimado que satisfacía la cuantía *suficiente* que propone el Texto Constitucional en su art. 41, cuantía que ofrece una considerable oscilación entre el porcentaje del 91% y el 98% del salario mínimo interprofesional neto, esto es, descontando las aportaciones a la Seguridad Social que debe efectuar el trabajador que percibe estrictamente la cuantía del SMI. Se trata de un dato objetivo extraído de la actividad legislativa del legislador y, al mismo tiempo, esa oscilación que relaciona la cuantía de la pensión mínima y la del salario mínimo interprofesional carece de garantías acerca de si seguirá repitiéndose en un futuro inmediato. Por ello, sólo si a juicio del legislador ordinario las pensiones resultantes del cálculo de la pensión en términos exclusivamente contributivos resultaran ser insuficientes, entonces, el legislador debería prever una regulación que permita incrementar la cuantía de tales pensiones insuficientes mediante la aplicación de un complemento que suplementa la cuantía de la pensión en los términos inicialmente reconocidos”.

En palabras del Tribunal Supremo “los complementos por mínimos se consideran prestaciones de naturaleza complementaria con autonomía propia, en tanto han de ser reconocidos en favor de quienes cumplan los específicos requisitos exigidos en las correspondientes normas reguladoras de esta materia, garantizando al beneficiario de la pensión unos ingresos suficientes, por debajo de los cuales se está en situación legal de pobreza”⁵. Estos complementos “ostentan una clara autonomía con la pensión –contributiva– que suplementan, siquiera se encuentren estrechamente ligados a ella su génesis y funcionamiento”⁶, esto es, se trata de una cuantía que no responde al objetivo de la prestación mejorada de sustituir una renta, sino al asistencial de paliar una situación de necesidad, su reconocimiento no atiende a los requisitos de la pensión, sino exclusivamente a la falta de ingresos económicos; la propia denominación evidencia que no tienen sustantividad propia. Conforme al artículo 86.2.b) TRLGSS, tienen “naturaleza no contributiva”⁷ y se financian con cargo al Presupuesto de la Seguridad Social; además, la concurrencia de los requisitos no se exige en una exclusiva fecha, sino que han de acreditarse año tras año. “En cuanto a su denominación, los complementos para las pensiones inferiores a la mínima constituyen, en realidad, un suplemento que mejora al alza la cuantía inicial de la pensión, pero de manera diferenciada, esto es, sin confundirse con la pensión base y, desde

4. Publicado en BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015, pp. 103291-103519.

5. STS de 11 de octubre de 2017 (AS 3911/2015), citando las siguientes: SSTs de 22 de noviembre de 2005 (AS 5031/2004), de 21 de marzo de 2006 (AS 5090/2004) y de 22 de noviembre de 2016 (AS 2561/2015), disponible en <https://n9.cl/1if05>.

6. STS de 22 de abril de 2010 (AS 1726/2009), disponible en <https://n9.cl/tonxj>.

7. Cavas Martínez, F. y Fernández Orrico, F. J.: “Acción protectora no contributiva (pensiones, complemento a mínimos y prestaciones familiares”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 7, 2007, pp. 118-127.

luego, no admite procedimiento alguno de absorción o compensación que permitiera consolidar su percepción”⁸. “La pura proporcionalidad como regla para el cálculo de las pensiones podría dar lugar a que personas que reúnan todos los requisitos exigidos por la ley para causar pensiones contributivas percibiesen cantidades reducidísimas. Es por ello, que el principio de suficiencia de la protección que ha de prestar la seguridad social lleva a aplicar el principio de solidaridad, que en estos casos actúa a través del establecimiento de cuantías mínimas para las pensiones contributivas y de dichos complementos”⁹.

Se trata, por tanto, de un complemento económico destinado a alcanzar la cuantía mínima fijada anualmente para aquellos beneficiarios de pensiones contributivas del sistema que no perciban rendimientos del trabajo, del capital o de actividades económicas y ganancias patrimoniales, o que, percibiéndolos, no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado¹⁰, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF)¹¹. De la suma de rendimientos se excluye la pensión que se pretenda complementar y los gastos deducibles de acuerdo con esta misma legislación fiscal. Por tanto, la finalidad del complemento no es otra que la de garantizar que el beneficiario de la pensión disponga de un mínimo de ingresos para no quedar por debajo del umbral de pobreza que se fije por la Ley General de Presupuestos para cada anualidad. “No puede excluirse ninguna clase de rendimiento económico o de ganancias patrimoniales que tengan consideración conforme a la normativa reguladora del IRPF, lo contrario sería una flagrante vulneración de la naturaleza jurídica del complemento”¹².

De acuerdo con el artículo 50.1 TRLGSS, en redacción dada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social¹³, el derecho al percibo de este complemento queda condicionado a la residencia efectiva del pensionista en territorio español, en los términos que se determinen legal o reglamentariamente. Este requisito se aplicará a las pensiones causadas desde el 1 de enero de 2013 y no a las anteriores. Se trata de un requerimiento común a las prestaciones no contributivas¹⁴, calificado como legítimo por la

8. Rivera Sánchez, J. R.: “Los suplementos de las pensiones inferiores a la mínima en el Sistema de la Seguridad Social”, ob. cit., pp. 75-99.

9. Errandonea Ulazia, E.: “El límite en la cuantía de los complementos por mínimos: un recorte en las prestaciones sociales de cuantía reducida”, *Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, núm. 33, 2015, pp. 75-87, disponible en <https://n9.cl/usuc>.

10. La Ley 11/2020, de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 establece, en su artículo 43, el límite de 7.707'00 € anuales (8.990'00 € en caso de que el pensionista tenga cónyuge a cargo) para el ejercicio de 2021 (BOE núm. 341, pp. 126029-126030).

11. Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE núm. 285, de 29 de noviembre de 2006, pp. 41734-41810).

12. STS de 23 de octubre de 2019 (AS 3693/2019), disponible en <https://n9.cl/25af2>.

13. Publicada en BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011, pp. 87495 a 87544. Requisito para aquellas pensiones cuyo hecho causante se haya producido a partir del 1 de enero de 2013.

14. Vicente Palacio, M. A.: “Los complementos de pensiones y la pensión mínima de la seguridad social”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 29-30, 2012.

jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en base a la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado Miembro de acogida, ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado¹⁵.

La reforma del año 2013 también incluye, con efectos del 1 de enero de ese mismo año, una limitación económica: en ningún caso, podrán superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones no contributivas de invalidez o jubilación¹⁶.

Además, existe la posibilidad de recibir los complementos por diferencias. Es decir, aquellos pensionistas que perciban ingresos superiores a los límites establecidos pero que la suma, en cómputo anual, de ingresos y pensión ya revalorizada resulte inferior a la suma del límite de ingresos legalmente previsto y el importe de la pensión mínima que corresponda, percibirán un complemento consistente en la diferencia entre los importes de ambas sumas. Todo ello, siempre que esta diferencia no suponga el cobro de una cantidad que supere la cuantía mínima de pensión establecida, en términos mensuales.

Las pensiones complementadas a mínimos suponen un 23'33% del número total de pensiones en vigor¹⁷. Las de jubilación y las de viudedad son las que concentran un mayor número de complementos. Por regímenes, destacan el general y el de trabajadores autónomos, que reúnen, respectivamente, un 21'57% y un 23'34% del total. Un 65'75% tiene titularidad femenina¹⁸.

Como ya se ha comentado, estos complementos no forman parte de la pensión, ni tienen carácter consolidable y son absorbibles con cualquier incremento que puedan experimentar las percepciones del interesado, ya sea en concepto de revalorización o por reconocimiento de nuevas prestaciones de carácter periódico.

El mecanismo protector otorgado por el complemento a mínimos actúa de forma distinta según exista o no concurrencia de pensiones, esto es, cuando un mismo beneficiario tenga reconocida más de una pensión¹⁹. En los supuestos de pensiones concurrentes, el complemento por mínimos sólo se reconoce si la suma de las pensiones revalorizadas es inferior al mínimo que corresponda a la de mayor cuantía en cómputo anual; en caso de pensiones no concurrentes, se complementará la de Seguridad Social sin tener en cuenta el importe de la pensión ajena.

15. Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La aplicación en España del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social a la luz del Acuerdo Euromediterráneo y del Reglamento (CE) 1231/2010", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, pp. 319-345, disponible en <https://n9.cl/bifg>.

16. La Ley 11/2020, de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 establece, en su artículo 43, las cuantías anuales de las pensiones mínimas para el ejercicio 2021, según edad y situación personal y familiar del pensionista (BOE núm. 341, de 31 de diciembre, pp. 126030-126031).

17. De La Fuente, A.; García, M. A. y Sánchez, A. R.: "La salud financiera del sistema público de pensiones español: análisis retrospectivo, proyecciones de largo plazo y factores de riesgo", *Estudios sobre la Economía Española* 2017/4. FEDEA, 2017, p. 30, disponible en <https://n9.cl/22wc3h>.

18. Fuente eSTADISS - Estadísticas del INSS - Estadísticas de pensiones (seg-social.es) búsqueda "Nómina mensual de pensiones- Regímenes por clase de pensión". Datos mes abril 2021: total pensiones mínimas en España: 2.265.659; incapacidad (137.455); jubilación (1.309.263); viudedad (644.703); orfandad (151.681) y favor de familiares (22.557). De ellas, 775.767 las perciben los varones y 1.489.892 mujeres.

19. STSJ de Madrid de 28 de noviembre de 2019 (AS 371/2019).

II. PENSIONES ÚNICAS Y PENSIONES CONCURRENTES

De acuerdo con el artículo 11 del Real Decreto 46/2021, de 26 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2021, se entiende que existe concurrencia de pensiones cuando un mismo beneficiario tiene reconocida o se le reconoce más de una pensión que se abonen total o parcialmente con cargo a recursos públicos, tales como las abonadas al Régimen de Clases Pasivas del Estado o las abonadas con cargo a créditos de la Sección 07 del Presupuesto de Gastos del Estado, entre otras.

Para que exista concurrencia, se precisan una serie de requisitos: que existan dos o más pensiones (puede ser cualquier renta vitalicia y de carácter periódico), que sean pensiones de naturaleza pública, que se trate de pensiones compatibles y que exista un único titular, siendo indiferente la unidad o pluralidad de sujetos causantes. Además, el percibo de las pensiones puede iniciarse de forma simultánea o sucesiva. Los efectos de la concurrencia se proyectan tanto en el cálculo del límite máximo de pensiones como en relación con la determinación del complemento a mínimos²⁰.

A los solos efectos de garantía de complementos por mínimos, se equiparan a ingresos o rendimientos de trabajo las pensiones públicas que no estén a cargo de cualquiera de los regímenes públicos básicos de previsión social (pensiones no concurrentes)²¹. Es decir, si las pensiones son concurrentes, se suman los importes para calcular la cuantía a percibir; si no existe concurrencia, la pensión ajena se tiene en cuenta a efectos de ingresos. En la práctica²², cuando la renta ajena es considerada concurrente, el titular generalmente va a percibir un complemento inferior (ya que de éste se detraen los ingresos ajenos).

La concurrencia puede darse entre pensiones nacionales y con pensiones tramitadas al amparo de un instrumento internacional.

20. Artículo 12 del Real Decreto 46/2021, de 26 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2021 (BOE núm. 23, de 27 de enero).

21. Fuente litigiosa ha sido la consideración de la existencia de pensión concurrente o no, a efectos de determinar la cuantía de los complementos o, incluso su existencia. Como cita interesante, el análisis realizado por los profesores Mercader Uguina, J. R. y de la Puebla Pinilla, A. sobre las "Peculiaridades de las pensiones en tres colectivos especiales (ONCE y afectados por el síndrome tóxico) en tres ponencias de Aurelio Desdentado", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. extraordinario 1, 2021, pp. 181-188.

22. Ejemplo número 1: pensión de viudedad de titular mayor de 65 años que percibe 5124'70 € de pensión de Seguridad Social y 2480 € de pensión ajena. Si este ingreso se considera pensión concurrente, tras la suma de ambas pensiones, cobraría un complemento anual por importe de 2051'10 €. Por el contrario, si no existe concurrencia, percibirá un complemento de 5639'20 € (limitado al importe de la pensión no contributiva) que se sumará a la pensión de Seguridad Social y será compatible con los 2480 € que habrán sido tenidos en cuenta a los efectos de cómputo de ingresos.

Ejemplo número 2: pensión de viudedad de 1570 € y pensión ajena de 9000 €. Si se considera concurrente se tendrá derecho a un complemento de 85,80€/año. Si se considera exclusivamente a efectos de ingresos, se realizaría el cálculo del complemento por diferencias, viniendo a percibir el mismo importe.

III. LA CONCURRENCIA CON PENSIONES EXTRANJERAS

A. El cálculo de la pensión

Actualmente existen en España un total de 729.280 pensiones tramitadas al amparo de norma internacional (suponen el 7'42% del total de pensiones en vigor, siendo Alemania, Francia o Suiza los países en los que existe un número mayor de derechos adquiridos). Los pensionistas residentes en el extranjero a los que España abona pensión ascienden a un total de 116.606, siendo Francia y Alemania los países de residencia más demandados²³.

Dentro de la Unión Europea (también aplicable al resto de países con los que España tiene suscrito un tratado internacional en materia de Seguridad Social), no se prevé una armonización legislativa. Los regímenes de pensiones no son armonizables dadas sus múltiples diferencias, peculiaridades y especificidades, no obstante, la tendencia actual en la UE, lejos de la recomendación individualizada respetando la idiosincrasia propia de cada país, parece moverse en el uso de recomendaciones estandarizadas válidas para la mayoría de países²⁴.

De acuerdo con el artículo 45 del Reglamento (CE) 1408/1971 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 Comunidad²⁵, la Institución de un Estado Miembro, (cuya legislación subordine al requisito de tener cubierto determinados periodos de seguro, tanto la adquisición, como la conservación o recuperación del derecho a prestación), computará, en la medida necesaria, los periodos de seguro cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado Miembro, como si se tratase de periodos cubiertos bajo la legislación propia.

Partiendo de esta premisa, pueden darse dos supuestos: que se tenga derecho a pensión nacional únicamente computando los periodos internos o que sea necesario totalizar con periodos de otros países.

Si el posible beneficiario reúne todos los requisitos para acceder a una determinada pensión exigidos por la legislación interna (arts. 46 del Reglamento 1408/1971 y 6 del Reglamento 883/2004 sobre totalización de períodos) para acceder al derecho, se efectuará un doble cálculo de la pensión: por un lado, se tendrá en cuenta la legislación interna nacional sin tener en cuenta los periodos extranjeros y, por otro,

23. Datos a 1 de abril de 2021: 729.280 pensiones totales calculadas al amparo de norma internacional, de las que 19.778 son incapacidades, 488.275 jubilaciones, 205.390 viudedades, 15.362 orfandades y 475 favores de familiares. Por países: 160.306 derechos adquiridos en Alemania, 221.106 en Francia o 124.720 en Suiza. Los pensionistas residentes en el extranjero son 116.606: 5.912 incapacidades, 72.979 jubilaciones, 31.976 viudedades, 5.670 orfandades y 69 favor de familiares. 14.709 residen en Alemania y 29.774 en Francia. Fuente Seguridad Social <https://n9.cl/xyiw0>.

24. García de Cortázar y Nebreda, C.: "Particularidades de la pensión de jubilación española en el contexto europeo. Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible". en AA.VV.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social* (vol. 2), Laborum, Murcia, 2019, pp. 665-674.

25. DOCE núm. 149, de 5 de julio de 1971, pp. 2-50.

totalizando los periodos nacionales con periodos de seguro computables en otros países a lo largo de la vida laboral (pensión a prorrata). El importe final será el de mayor cuantía.

En aquellos supuestos en los que el interesado no tenga derecho a pensión computando únicamente los periodos o requisitos nacionales, se realizará un único cálculo totalizando periodos, en cualquier caso (art. 49 del Reglamento 1408/1971). También el Convenio Multilateral Iberoamericano²⁶ y la mayoría de los Convenios Bilaterales que España tiene suscritos, introducen cláusulas similares en cuanto a liquidación de prestación para la totalización de periodos de seguro (o residencia en caso de Canadá o Australia).

Una vez definida la manera en la que se liquidará la pensión, dos elementos moduladores resultan esenciales para calcular el importe final de la misma: la residencia del titular y la posible concurrencia con pensiones nacionales o internacionales. Ambos conceptos determinarán la posibilidad de que la pensión española pueda ser incrementada con la cuantía del complemento a mínimos.

B. La necesidad de residencia en territorio español para percibir el complemento a mínimos: pensiones causadas antes y después del 1 de enero de 2013

Con la modificación del artículo 50.1 TRLGSS por la Ley 27/2011 y la necesidad de residencia en territorio español para percibir los complementos a mínimos, vemos como a partir del 1 de enero de 2013 se mantienen dos regímenes jurídicos diferentes en el estudio y determinación de estos complementos, dependiendo del lugar residencia y de si el instrumento internacional por el que se rigen contempla o no la exportación de prestaciones no contributivas. Esta necesidad de residencia confirma el carácter asistencial de los suplementos de pensión.

“De ahí que, cuando no se reside en territorio español, el nuevo lugar de residencia y sus circunstancias socio-económicas puede que no se ajuste a las circunstancias del territorio español, por defecto de rentas o por exceso de renta necesaria para subsistir, y el legislador ha optado por exigir la condición de residencia, condición que, en caso de incumplir por parte del beneficiario, puede llevar como efecto jurídico el mantenimiento de la pensión, pero la pérdida de la cuantía del complemento a mínimo en consonancia con la finalidad de la misma, esto es, evitar incurrir en los umbrales de la pobreza, en los términos economicistas que aparece definida en el territorio español y únicamente mientras se reside en el mismo”²⁷.

El artículo 51.2 TRLGSS, a efectos de mantener el complemento por mínimos, entiende que no se modifica la residencia, aunque el interesado tenga estancias en el extranjero que no superen los noventa días naturales a lo largo de cada año natural,

26. El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social, hecho en Lisboa el 11 de septiembre de 2009, del que España ratifica el Acuerdo de Aplicación publicado en el BOE núm. 7, de 8 de enero de 2011, pp. 1630-1665 (art. 14).

27. Rivera Sánchez, J. R.: “Los suplementos de las pensiones inferiores a la mínima en el Sistema de la Seguridad Social”, ob. cit., pp. 75-99.

o cuando esta ausencia esté motivada por causa de enfermedad debidamente motivada. Este requisito también se entiende cumplido cuando un nacional de un Estado Miembro de la Unión Europea, de un Estado parte del Espacio Económico Europeo o de Suiza, resida en uno de estos Estados²⁸. Para los nacionales de terceros países se cumplirá sólo si reside en el territorio de un Estado Miembro de la Unión Europea a excepción de Dinamarca²⁹.

En cambio, ni los Convenios Bilaterales ni el Convenio Multilateral Iberoamericano contemplan el principio de exportación para las prestaciones no contributivas y, por tanto, en estos supuestos se exige residencia en territorio nacional para percibirlos³⁰.

Aunque existe una excepción a la regla general, si la pensión ha sido reconocida por totalización de periodos al amparo de los Convenios Bilaterales³¹ con Marruecos o Estados Unidos³², y la cuantía teórica, una vez revalorizada, resulta inferior a la mínima establecida para cada tipo de pensión según edad, situación familiar y tipología, será esta cantidad la que sirva de base para determinar la pensión a cargo de la Seguridad Social española, no siendo relevante la residencia del pensionista. A estos efectos, y puesto que la cuantía está garantizada en estos convenios y no tiene naturaleza de complemento a mínimos, no se tendrán en cuenta otras pensiones, ni tampoco rendimientos de trabajo u otro tipo de ganancias computables. Sin embargo, para el complemento por cónyuge a cargo, se seguirán las normas generales de computar las rentas de ambos cónyuges³³.

28. Martínez Martínez, V. "La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea", *Estudios de Deusto*, vol. 65, núm. 2, pp. 177-209, disponible en <https://n9.cl/grbv>. El Instituto Nacional de la Seguridad Social entiende que si las pensiones contributivas son exportables, en aplicación del artículo 7 del Reglamento (CE) 883/2004, los complementos que las acompañan también lo son, no obstante, para los tribunales pesa más la naturaleza jurídica no contributiva del complemento por lo que no se entiende viable la exportación (anexo X del Reglamento 883/2004). España ha incluido en el Anexo X prestaciones como el subsidio de garantía de ingresos mínimos, las prestaciones en metálico de asistencia a personas de avanzada edad e inválidos incapacitados para el trabajo, el subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte, las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación o las prestaciones que complementan las anteriores pensiones, según disponen las legislaciones de las Comunidades Autónomas.

29. Circular 1/2016, de 1 de julio de 2016. Instrucciones para la aplicación del Real Decreto 1170/2015, de 29 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2016.

30. Por ejemplo, el artículo 28 del Instrumento de Ratificación del Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y el Principado de Andorra, hecho en Andorra el 9 de noviembre de 2001, establece la necesidad de computar únicamente los periodos de residencia acreditados en España para la concesión de pensiones no contributivas españolas (BOE núm. 290, de 4 de diciembre de 2002, pp. 42279-42287).

31. Instrumento de Ratificación de 5 de julio de 1982 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 8 de noviembre de 1979 (BOE núm. 245, de 13 de octubre de 1982, pp. 28185-28189) y el Convenio sobre Seguridad Social entre España y los Estados Unidos de América, y acuerdo administrativo para su aplicación, firmados en Madrid el 30 de septiembre de 1986 (BOE núm. 76, de 29 de marzo de 1988, pp. 9693-9698).

32. Esta excepción también será de aplicación a las pensiones que fueron reconocidas al amparo de los siguientes Convenios Bilaterales, actualmente derogados: Andorra (de 14 de abril de 1978, derogado desde 1 de enero de 2003), Chile (de 9 de marzo de 1977, derogado desde 13 de marzo de 1998), Perú (de 24 de julio de 1964 y 24 de noviembre de 1978, derogados desde 1 de febrero de 2005) y Uruguay (de 21 de junio de 1979, derogado desde 1 de abril de 2000).

33. Circular 1/2016, de 1 de julio de 2016. Instrucciones para la aplicación del Real Decreto 1170/2015, de 29 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2016.

IV. LA CONSIDERACIÓN JURÍDICA DE LA PENSIÓN EXTRANJERA A EFECTOS DEL COMPLEMENTO A MÍNIMOS

A. Pensiones calculadas por totalización de periodos: tratamiento de pensión concurrente

Cuando sea necesario acudir a la totalización de períodos de seguro para la adquisición del derecho (bien porque ésta sea la opción económicamente más favorable, bien porque no se reunieran requisitos teniendo en cuenta únicamente los períodos cotizados al amparo de la legislación propia), no han existido dudas respecto de la consideración jurídica que ha de tener la pensión extranjera en el cálculo del complemento a mínimos. Se ha venido considerando, en cualquier caso, pensión concurrente a efectos de la aplicación del complemento, dándose cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 6 y 52.1.b) Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social³⁴.

Así, el artículo 14.1 del Real Decreto 46/2021, de 26 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2021 (fiel reflejo de Reales Decretos de revalorización anteriores), indica expresamente que, las pensiones reconocidas en España al amparo de normas internacionales, en aplicación del principio de totalización de periodos, y de las que, en consecuencia, estén a cargo de la Seguridad Social española un tanto por ciento de la pensión teórica, se incrementarán, si según las normas internacionales les corresponde, con la cuantía a mínimos que proceda.

Para la revalorización y cálculo del complemento por mínimos de estas pensiones, se tendrá en cuenta lo detallado en el resto del apartado 1 del artículo 14. En primer lugar, se aplicará el tanto por ciento de España (la prorrata) al incremento que hubiera correspondido de hallarse a cargo de la Seguridad Social española el cien por cien de esta cuantía teórica, sin tener en cuenta el complemento a mínimos (salvo si así estuviera dispuesto un convenio bilateral o multilateral) y sin superar el límite máximo de pensión anual.

Una vez revalorizada de esta forma, a la pensión prorrateada se le añadirá, si procede y existe residencia efectiva en territorio español (salvo las excepciones reseñadas), el mínimo ordinario, aplicando la prorrata a la diferencia que exista entre la cuantía que hubiese correspondido de hallarse a cargo de España el total de la pensión y el mínimo que pueda corresponder por aplicación de las normas generales (art. 14.2). Una vez realizada esta operación, si la suma de los importes brutos de las pensiones reconocidas al amparo de un convenio bilateral o multilateral de Seguridad Social, tanto por la legislación española como por la extranjera, fuese inferior al importe mínimo de la pensión española, éste ha de garantizarse al beneficiario mientras resida

34. DOCE de 30 de abril de 2004.

en territorio nacional y reúna el resto de los requisitos exigidos (mínimo por residencia del artículo 14.3).

La renuncia a la pensión reconocida por la institución competente de otro Estado vinculado a España por instrumento internacional, en caso de que así fuera posible si la legislación de dicho Estado lo permite, no dará lugar a un incremento de la cuantía del complemento por residencia. Esto es así en aplicación del artículo 3 TRLGSS (nulidad de los pactos individuales y colectivos por el que el trabajador renuncie a los derechos conferidos por la Ley de Seguridad Social) y el artículo 1902 del Código Civil (principio general de no causar daño a tercero). España entiende que la renuncia a la pensión extranjera supondría un incremento de cargas u obligaciones para la Seguridad Social española, que tendría que pagar la demasía del complemento a mínimos generado, que debe considerarse como un perjuicio de tercero. Tendría lugar una lesión del interés jurídicamente protegido de una persona ajena al acto de renuncia (la Seguridad Social en este caso). Y es que la renuncia a una determinada pensión, aceptada por el Estado que la concedió, se considera como no hecha frente a la Seguridad Social española, por constituir un perjuicio para la misma.

B. Pensiones calculadas únicamente por legislación nacional: el cambio de consideración jurídica de la pensión extranjera - de rendimiento de trabajo a pensión concurrente

1. La consideración como rendimiento de trabajo hasta 2021

En el supuesto de que se acrediten todos los requisitos necesarios para tener derecho a pensión por legislación interna y su importe sea más favorable que el calculado mediante la totalización con los periodos extranjeros, se reconocerá la pensión nacional sin tener en cuenta lo abonado por el otro país.

Con carácter general, antes del 1 de enero de 2021, las pensiones extranjeras no prorrateadas con la española, no tenían la consideración de pensión concurrente sino de rendimiento de trabajo, a efectos del cálculo de la cuantía mínima.

Este concepto estaba plenamente asimilado, incluso en el tratamiento que se otorgaba en los propios tribunales. El Tribunal Supremo, allá por el año 2012, dirimía la correcta aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto de revalorización 1611/2005, de 30 de diciembre, sobre un pensionista español que, a su vez, había conseguido una pensión andorrana autónoma, esto es, concedida al margen de la norma de coordinación, con aplicación exclusiva de la normativa de Seguridad Social andorrana y sin computar cotizaciones españolas. Se debatía si debía aplicarse, como solicitaba el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el literal del artículo 14.3 "Si después de haber aplicado lo dispuesto en el apartado anterior, la suma de los importes de las pensiones, reconocidas al amparo de un convenio bilateral de Seguridad Social, tanto por la legislación española como por la extranjera, fuese inferior al importe mínimo de la pensión de que se trate, vigente en cada momento en España, se le garantizará al beneficiario, en tanto resida en territorio nacional, la diferencia entre las pensiones reconocidas, española y

extranjera, y el referido importe mínimo de acuerdo con las normas generales establecidas para su concesión”, o bien le será de aplicación el artículo 14.4 que indica que, “a efectos de lo establecido en los artículos 5 a 7, las prestaciones percibidas a cargo de una Entidad Extranjera serán consideradas ingresos o rendimientos de trabajo, salvo para la aplicación del apartado 3 de este mismo artículo o que un convenio bilateral o multilateral disponga otra cosa”. El alto Tribunal es claro, si la pensión ha sido reconocida exclusivamente en base a la legislación y cotizaciones efectuadas en la Entidad Pública extranjera, no cabe duda de que se trata de una situación contemplada en el apartado 14.4 del Real Decreto transcrito y, “por ende, ha de computarse como ingresos o rendimiento de trabajo sin que su importe se sume al de la pensión nacional a efectos del reconocimiento del complemento por residencia”³⁵, deviniendo improcedente la revisión practicada por el INSS así como el requerimiento de devolución de cantidades indebidamente percibidas.

En el año 2019³⁶ el Alto Tribunal invoca la de 2012 como sentencia contradictoria del recurso de casación para la unificación de doctrina en el supuesto de una trabajadora que percibe una incapacidad absoluta en España y Suiza, además de una renta del fondo de pensiones para empleados del Hotel Intercontinental de Ginebra (renta privada sustitutiva del trabajo). La sentencia se centra en justificar el concepto de rendimiento de trabajo, a efectos del complemento por mínimos, que incluye todo tipo de rentas que perciba el beneficiario en razón a la prestación de servicios laborales que pudiera estar realizando o hubiera realizado en el pasado, ya se califique como rendimiento del trabajo o como rendimiento sustitutivo de las rentas del trabajo, entre ellos, las prestaciones económicas y planes de pensiones a cargo de cualquier empresa. Lo contrario, considera, sería una flagrante vulneración de la naturaleza jurídica y de la finalidad del complemento, que no es otra que la de garantizar unos ingresos suficientes. No hay razón legal que pudiere justificar que los rendimientos económicos generados desde el extranjero no se computen, a efectos del complemento por mínimos, en igual sentido y de la misma manera que los percibidos en territorio español. Discrepa del criterio mayoritario la Magistrada Viroles Piñol, que emite voto particular. Al margen de la falta de contradicción con la sentencia de contraste, difiere también del fondo, criterio más adecuado en la opinión de quien suscribe las presentes líneas. Indica que no existe contradicción con la sentencia que se pretende comparar puesto que el fondo del asunto es sustancialmente idéntico: no se trata de que la renta deba computar, concepto claro y sobre el que no versa pugna alguna, sino de si debe hacerlo como pensión concurrente o renta sustitutiva salarial, aspecto sobre el que no se concluye realmente.

35. STS de 3 de noviembre de 2011 (AS 4615/2010), disponible en <https://n9.cl/v53zr>.

36. STS de 23 de octubre de 2019 (AS 728/2019), disponible en <https://n9.cl/11vww>. Realiza un interesante análisis Serena Garralda, J.: “La prestación percibida por un pensionista de un fondo de pensiones extranjero es rendimiento de trabajo y computa en el derecho y en la cuantía al complemento por mínimos a cargo de la seguridad social”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2020. También es de recomendada lectura el texto de Villar Cañada, I. M.: “La determinación de las rentas computables a efectos del reconocimiento del derecho a complementos por mínimos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 728/2019, de 23 de octubre”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 445, 2020, pp. 179-187.

Los últimos Reales Decretos de revalorización anuales indicaban claramente que, si la pensión extranjera no había sido liquidada en aplicación de un instrumento de coordinación inter países, debía ser considerada ingreso laboral, salvo que un convenio bilateral o multilateral marcara otra cosa diferente. Se incluían así entre las rentas computables de los artículos 6.2.a) y 17 de la Ley 35/2006 del IRPF, cualquiera que fuera su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, entendiéndose que derivaban directa o indirectamente del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tuvieran carácter de rendimientos de actividad económica. Se ponen al mismo nivel que las contraprestaciones españolas procedentes de planes y fondos de pensiones privados, contratos de seguro colectivo o similar, en los que no intervienen, ni siquiera en parte, fondos públicos (excluidos así del listado de prestaciones concurrentes presentes anualmente en las normas de revalorización de pensiones).

Debemos retrotraernos hasta 2016, cuando la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016³⁷ establecía en su artículo 44.1 lo siguiente: “A los solos efectos de garantía de complementos por mínimos, se equiparán a ingresos de trabajo las pensiones públicas que no estén a cargo de cualquiera de los regímenes públicos básicos de previsión social”. El Real Decreto 1170/2015, de 29 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2016³⁸, recogía esta disposición en su artículo 14.4 cuando dice “a efectos de lo establecido en los artículos 5 a 7, las prestaciones percibidas con cargo a una entidad extranjera serán consideradas ingresos o rendimientos de trabajo, salvo para la aplicación del apartado 3 (totalización) de este mismo artículo o que en un convenio bilateral o multilateral se disponga otra cosa”. Las sucesivas leyes de presupuestos continuaban siendo copia literal del artículo 44.1³⁹, prorrogando idéntico tratamiento a lo largo de los sucesivos ejercicios.

En el momento actual, la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021 nos sorprende recogiendo en su artículo 43 una importante reforma de la consideración jurídica de la pensión extranjera con respecto al complemento a mínimos que ha pasado completamente desapercibida para el grueso de población potencialmente pensionista: “A los solos efectos de garantía de complementos por mínimos, se equiparán a ingresos de trabajo las pensiones públicas que no estén a cargo de cualquiera de los regímenes públicos básicos de previsión social. A efectos de mínimos, las pensiones públicas extranjeras que estén a cargo de cualquiera de los regímenes públicos de previsión social, se considerarán concurrentes con las pensiones españolas. Las cantidades a tanto alzado y los pagos periódicos abonados, con carácter compensatorio, a los pensionistas españoles, al amparo del Acuerdo celebrado entre España y el Reino Unido, el 18 de septiembre de 2006, no se

37. BOE núm. 260 de 30 de octubre de 2015, pp. 101965-102560.

38. BOE núm. 312 de 30 de diciembre de 2015, pp. 123248-123261.

39. Véanse el artículo 44.1 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017 y el artículo 43.1 de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, prorrogados también para 2019 y 2020.

computarán a ningún efecto para el reconocimiento de los complementos para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones.”

El artículo 12 del Real Decreto 46/2021⁴⁰, precisa el ámbito temporal de esta modificación limitándolo a las pensiones causadas con posterioridad al 1 de enero de 2021. Se establecen, así, dos sistemas de cálculo: consideración de la pensión extranjera (procedente de un régimen público de previsión social) como concurrente a efectos del complemento a mínimos para pensiones calculadas por totalización de periodos⁴¹ o pensiones sin totalización de cotizaciones causadas a partir del 1 de enero de 2021 –art. 14, apartados 1 a 3– y consideración como rendimientos de trabajo para el resto (pensiones extranjeras no procedentes de un régimen público de previsión social o cualquier pensión extranjera en pensiones causadas antes del 1 de enero de 2021 cuando no se trata de cuantías prorrateadas) –art. 14.4–⁴².

2. Los principios jurídicos del cambio

El cambio principal radica en que, únicamente si las cotizaciones extranjeras se usaban para el cálculo de la pensión española, la jurisprudencia entendía que existía el elemento transfronterizo necesario para poder aplicar el derecho internacional (Reglamentos o Convenios Bilaterales o Multilaterales), en caso contrario se trataría de una situación puramente interna, excluida en principio de la aplicación del derecho supranacional. Es decir, independientemente de que la prestación fuera abonada por una Entidad pública de previsión social extranjera, siempre sería tenida en cuenta como renta sustitutiva de trabajo (rendimiento de trabajo según la ley tributaria).

a) Vulneración del principio de no discriminación e igualdad de trato

Esta práctica suponía una vulneración del principio de no discriminación e igualdad de trato que obliga a garantizar que los individuos tengan los mismos beneficios presenciales, derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio y que se recoge, por ejemplo, en el artículo 4 del Reglamento (CE) 883/2004⁴³. “No hay razón legal que pudiese justificar que los rendimientos económicos generados desde el extranjero no se computen, a efectos del complemento por mínimos, en igual sentido y de la misma manera que los percibidos en territorio español”⁴⁴.

40. De 26 de enero, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad social, de las pensiones de Clases Pasivas y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2021 (BOE núm. 23, de 27 de enero de 2021, pp. 7989-8013).

41. O que así se recoja en un convenio bilateral o multilateral.

42. Dejando fuera del cómputo, lógicamente, las cantidades a tanto alzado y los pagos periódicos abonados, con carácter compensatorio, a las y los pensionistas españoles a amparo del Acuerdo de 2006, en los términos explicados anteriormente.

43. También los Convenios Bilaterales o multilaterales introducen cláusulas de igualdad de trata, por ejemplo, el Preámbulo y artículo 4 del Convenio hispano-marroquí.

44. STS de 23 de octubre de 2019 (AS 3693/2019), disponible en <https://n9.cl/25af2>.

Si ya la propia legislación española presenta disfunciones de difícil justificación como la de “aquellos beneficiarios con pensiones inferiores a la mínima, pero con más elevados rendimientos ajenos a la pensión, les quede un nivel de renta disponible superior (pensión + rendimientos adicionales) respecto a aquellos pensionistas que carecen de rendimientos adicionales y se les deniega la percepción de los complementos a mínimos por el hecho de que su pensión apenas supera la cuantía de la pensión mínima”⁴⁵, parece igualmente difícil mantener un trato diferente para los pensionistas conjuntos dependiendo de si su pensión se causa bajo la normativa interna o en aplicación de un instrumento internacional.

“A este respecto, cabe recordar que el principio de igualdad de trato, tal como está formulado en el artículo 4 del Reglamento (CE) 883/2004, prohíbe no solo las discriminaciones ostensibles, basadas en la nacionalidad de los beneficiarios de los regímenes de seguridad social, sino también toda forma encubierta de discriminación que, aplicando otros criterios de distinción, desemboque de hecho en el mismo resultado”⁴⁶. “En consecuencia, deben considerarse indirectamente discriminatorios los requisitos del Derecho nacional que, aun cuando se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente o en su mayor parte a los trabajadores migrantes, así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes, o incluso los que puedan perjudicar de manera particular a estos últimos”⁴⁷. “Pues bien, la negativa de las autoridades competentes de un Estado miembro a tomar en consideración, a efectos de determinar el derecho a una pensión de jubilación anticipada, las prestaciones de pensión a las que un trabajador que haya hecho uso de su derecho a la libre circulación tiene derecho en otro Estado miembro puede situar a dicho trabajador en una situación menos favorable que la de un trabajador que haya desarrollado toda su actividad profesional en el primer Estado miembro”⁴⁸.

Hasta la reforma de 2021, en el caso de que la renta extranjera fuera abonada por una entidad de previsión extranjera privada, el tratamiento era homogéneo con el que se daba para las españolas. Pero si la renta periódica se percibía con cargo a fondos públicos, entonces se producía una clara desigualdad con aquellos beneficiarios que cobraban rentas públicas españolas. Computaría como rendimientos de trabajo para los primeros y pensión concurrente para los segundos, produciéndoles a estos últimos una situación menos ventajosa al descontarse la cuantía del valor total del complemento a mínimos a percibir.

45. Rivera Sánchez, J. R.: “Los suplementos de las pensiones inferiores a la mínima en el Sistema de la Seguridad Social”, ob. cit., pp. 75-99.

46. STJUE de 22 de junio de 2011, C-399/09 (Landtová).

47. STJUE de 22 de junio de 2011, C-399/09 (Landtová).

48. STJUE 5 de diciembre de 2019, C-398/18 (Bocero Torrico) y C-428/18 (Fritz Bode).

b) El elemento transfronterizo y el principio de asimilación de prestaciones, hechos, acontecimientos o ingresos

La jurisprudencia española entendía que, cuando se causaba pensión extranjera sin tener en cuenta los periodos de residencia o trabajo en territorio español, al no aplicarse el principio de totalización, no era de aplicación el instrumento internacional puesto que no existía elemento transfronterizo que pusiera en relación los derechos adquiridos o en curso de adquisición. Se dejaba olvidado, por tanto, el principio rector enumerado en el artículo 5 del Reglamento (CE) 883/2004 sobre la posibilidad de asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos, respetando en todo caso el contenido y esencia de las resoluciones judiciales.

Según este principio, “si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, el disfrute de prestaciones de seguridad social o de otros ingresos produce determinados efectos jurídicos, las disposiciones de que se trate de dicha legislación serán igualmente aplicables en caso de disfrute de prestaciones equivalentes adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de ingresos adquiridos en el territorio de otro Estado miembro”, además, “si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, se atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado tendrá en cuenta hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio”.

En su sentencia de 5 de diciembre de 2019, a propósito de si debe ser tenido en cuenta el importe de una pensión extranjera a efectos de alcanzar la cuantía mínima requerida para el acceso a la jubilación anticipada voluntaria del artículo 208 TRLGSS, el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea⁴⁹, establece que: las autoridades competentes deben tener en cuenta no solo el disfrute de las prestaciones de seguridad social adquiridas por el interesado en virtud de la legislación de ese Estado, sino también el disfrute de las “prestaciones equivalentes” adquiridas en cualquier otro Estado miembro. Y todo ello porque “descarta que resulten de aplicación los preceptos alegados [arts. 6 y 52.1.b) Reglamento (CE) 883/2004], ambos referidos a la totalización de periodos como mecanismo aplicable para determinar la adquisición del derecho a las prestaciones de seguridad social. Estos preceptos no son aplicables porque no está en juego la adquisición del derecho a la pensión de jubilación, sino el cálculo del importe de las prestaciones adeudadas”. Operaría, por tanto, el principio de asimilación de hechos, acontecimientos o prestaciones causadas, “ya que el Tribunal entiende que no estaría justificado el trato discriminatorio para trabajadores migrantes, aun cuando pueda perseguir objetivos de interés general, como la disminución del recurso a la jubilación anticipada y evitar cargas adicionales al sistema de seguridad social, pues la medida no es proporcionada”⁵⁰.

49. STJUE de 5 de diciembre de 2019 (AS acumulados C-398/18 y C-428/18), en <https://n9.cl/a37g4>.

50. Fernández Prieto, M: “Derecho de la Seguridad Social”, *Revista Galega de Dereito Social* - 2ª etapa, núm. 10, 2020, pp. 137-152, en <https://n9.cl/iy1db>.

“Los campos de aplicación de una y otra norma (totalización /asimilación) son claramente distintos, aunque convergentes en la finalidad de coordinación de la norma comunitaria: evitar que se deriven perjuicios para el trabajador que ejerce su derecho a la libertad de circulación en el espacio comunitario. La primera, considerando, cuando sea necesario, que existe una continuidad en la carrera de seguro/cotización; la segunda, una vez determinado el derecho al disfrute de la prestación en un determinado importe por aplicación de la anterior, confiriéndole a esta prestación los mismos efectos jurídicos que produciría si se hubiera reconocido en el Estado miembro competente”⁵¹. Esta misma teoría sería aplicable al caso concreto que nos ocupa, y es que no debe existir diferencia de trato tanto si el resultado es beneficioso para el pensionista (como el caso analizado) o, a priori, de menor interés tal y como parece suceder con la concurrencia de pensiones a efectos del complemento.

Por tanto, para el cálculo del complemento a mínimos, cuando se trata de aplicar normativa europea, se tendrá en cuenta el artículo 5 del Reglamento (CE) 883/2004, debiendo tenerse en cuenta, no sólo las prestaciones de seguridad social adquiridas por el interesado en España sino también el disfrute de prestaciones equivalentes adquiridas en cualquier otro Estado Miembro. Pero, ¿será posible aplicar esta técnica cuando un Convenio bilateral o multilateral no incorpore el principio de asimilación? En principio, la norma interna no hace distinción.

c) La asignación de complementos en la pensión iguales a los de un titular nacional

Tanto el artículo 50 del Reglamento (CE) 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971⁵², como el artículo 58 del Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, aseguran que el beneficiario de prestaciones calculadas según esta misma normativa, no pueda percibir, en el Estado miembro donde resida y con arreglo a cuya legislación tenga derecho a una prestación, un importe de prestaciones inferior al de la prestación mínima fijada por la legislación de ese Estado para un período de seguro igual al conjunto de los períodos computados para la liquidación. Mientras el interesado resida en el territorio de dicho Estado, la institución competente del mismo le abonará, dado el caso, un complemento igual a la diferencia entre la suma de las prestaciones a las que tenga derecho y la cuantía de la prestación mínima. Este precepto se encuentra íntimamente ligado a las instrucciones del artículo 14 (puntos 1 a 3) del Real Decreto 46/2021 de revalorización.

51. Vicente Palacio, M. A.: “Jubilación anticipada voluntaria y libertad de circulación. Sobre el alcance de la “pensión a percibir” como requisito para el acceso a la jubilación anticipada y voluntaria. Comentario a la STJUE (Sala Octava) de 5 de diciembre de 2019 (asuntos acumulados C-398/18 y C-428/18)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2020, en <https://n9.cl/xw774>.

52. 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 [en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1), y modificado por el Reglamento (CE) 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006 (DO 2006, L 392, p. 1)].

V. LA CONSECUENCIA DIRECTA: LA DIFICULTAD DE IDENTIFICAR LA PENSIÓN EXTRANJERA COMO PROCEDENTE DE UN RÉGIMEN PÚBLICO DE PREVISIÓN SOCIAL

El derecho a la igualdad de trato, como cualquier otro derecho, tampoco tiene un carácter absoluto y sólo desplegará su eficacia para los sujetos incluidos dentro del ámbito de aplicación personal de la normativa que lo rige, y para las prestaciones coordinadas por los regímenes de Seguridad Social incluidos dentro de su ámbito de aplicación material⁵³.

Por tanto, el reto actual pasa por identificar claramente los tipos de renta procedentes de un país extranjero con el que España tenga suscrito un Convenio o Acuerdo bilateral o multilateral, puesto que, si toda renta extranjera es tomada como concurrente sin plantearse su posible origen público, volvería a producirse una situación de desventaja con los perceptores de pensiones nacionales. La renta en cuestión debe tener carácter de pensión pública por imposición de la normativa interna de Seguridad Social de cada territorio y debe descartarse que se trate de un fondo privado de pensiones o similar, caso que debe computar como ingresos a efectos del cálculo de los mínimos.

Si tenemos en cuenta las pensiones o prestaciones españolas consideradas concurrentes, estaríamos hablando de: régimen general, regímenes especiales, pensiones no contributivas de la Seguridad Social, pensiones asistenciales y subsidios de ingresos mínimos y ayuda por tercera persona, clases pasivas del Estado, mutualidades, montepíos y entidades de previsión social públicas.

La lógica equiparación nos llevaría a tener idéntica consideración con las rentas extranjeras de similar naturaleza (España debe tener en cuenta el objetivo perseguido por dichas prestaciones y la diferente normativa por la que se establecen). Por ejemplo, las prestaciones asistenciales se encuentran expresamente excluidas del campo de aplicación comunitario en el artículo 3.5 del Reglamento (CE) 883/2004, por lo que se encuentran fuera del derecho a la exportación. No obstante, si la Entidad Gestora tiene dudas sobre la naturaleza asistencial de una determinada renta, “es probable que el criterio más seguro para diferenciar si una prestación es de seguridad social o de asistencia social es el de la posición del beneficiario de la misma conforme a la legislación del Estado miembro de residencia: si existe una categoría de personas normativamente predeterminada cuyo derecho subjetivo a la prestación deriva de su condición de afiliado al sistema de seguridad social, estamos ante una prestación de seguridad social. Pero si la cobertura de la situación de necesidad depende de la comprobación individualizada y discrecional del riesgo protegido, la prestación sería de asistencia social”⁵⁴. No obstante, la complementariedad de una prestación implica compatibilidad, requisito no existente si tenemos en cuenta el artículo 3.5 reseñado.

53. Sánchez-Rodas Navarro, C.: “La aplicación en España del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social a la luz del Acuerdo Euromediterráneo y del Reglamento (CE) 1231/2010”, ob. cit., pp. 319-345.

54. Guerrero Padrón, T.: “Alcance y articulación del principio de igualdad de trato respecto de las prestaciones de asistencia social”, *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. I, núm. 1, 2016, pp.71-86. (A propósito del Asunto Frilli, 1/72, sentencia de 22 de junio de 1972).

El artículo 3, apartado 1, letra d) del Reglamento (CE) 883/2004, dispone que éste se aplicará (campo de aplicación material) a toda la legislación relativa a las ramas de Seguridad Social que allí se relaciona, especialmente con las prestaciones de vejez. Por ello, podemos concluir que, al menos, se entenderán que son prestaciones públicas las abonadas con cargo a un organismo extranjero (UE) que protejan las situaciones de: enfermedad, maternidad, paternidad, invalidez, vejez, supervivencia, accidente de trabajo, desempleo, prejubilación o prestaciones familiares, de carácter contributivo y no contributivo, en tanto no se excluyan expresamente. Aunque conviene que recordar que el concepto de “pensión equivalente” no es igual a “pensiones de la misma naturaleza” según jurisprudencia previa comunitaria⁵⁵, por lo que España debe poner especial cuidado en dirimir qué tipo de pensión ha de ser computable como ingreso o como concurrente. Esta afirmación resulta plenamente extrapolable al resto de países con los que España tenga suscrito algún tratado internacional en materia de Seguridad Social.

Ahora bien, una vez delimitado el campo de aplicación sobre el que debe efectuarse el control, el problema para el Instituto Nacional de la Seguridad Social radica en la manera de ejercerlo. En el Título III, capítulo 5 del Reglamento (CE) 883/2004 se indica que el solicitante debe presentar su solicitud (de vejez) ante la institución del lugar de residencia o la del Estado Miembro a cuya legislación haya estado sujeto en último lugar, existiendo obligación entre ambos Estados de intercambio de información que originará automáticamente la liquidación simultánea de prestaciones, pero siempre y cuando el interesado alegue periodos de trabajo o residencia en el otro país. Esto no resulta un problema cuando se necesitan cotizaciones del otro país para resolver, pues al beneficiario le interesa totalizar para adquirir derecho, pero supone práctica común que, cuando se generan dos prestaciones independientes, el interesado envíe su solicitud directamente al otro país y éste resuelva su propia pensión sin comunicar a la Institución española el resultado de la misma (puesto que tampoco se le ha informado que tiene cotizaciones españolas).

En el caso de los Convenios bilaterales, con carácter general, la solicitud se presentará ante la institución competente del lugar de residencia. Si un interesado manifiesta expresamente, o se deduce de la documentación presentada, que ha ejercido actividad laboral o ha estado asegurado en el territorio de la otra parte, se entenderá que solicita prestación según la legislación de la otra parte, salvo para el convenio hispano-japonés, en que dicha solicitud no será vinculante, debiéndose presentar tantas solicitudes como países se encuentren implicados. Por último, según los artículos 21 del Convenio Multilateral Iberoamericano y el 16 del acuerdo de aplicación, con carácter general, el interesado debe presentar su solicitud de pensión también ante la institución competente del lugar de residencia o la del lugar de sus últimas cotizaciones si reside en un tercer Estado. Para evitar estas situaciones de falta de control en pensiones para las que no se ha realizado el enlace con la institución competente extranjera, existen varios mecanismos que podrán ejercitarse.

55. STJUE de 21 de enero de 2016, C-453/14 (Vorarlberger Gebietskrankenkasse y Knauer).

En primer lugar, el intercambio de datos con la Agencia Tributaria. En virtud de lo dispuesto en los artículos 2, 5 y 8 de la Ley 35/2006, si una persona física resulta ser residente fiscal en España, deberá tributar en nuestro país por su renta mundial, es decir, deberá declarar en España las rentas que obtenga en cualquier parte del mundo, sin perjuicio de lo que se disponga en el Convenio para evitar la doble imposición internacional suscrito entre España y el país de origen de la renta. Hasta el momento, no existía mayor inconveniente puesto que estos rendimientos se computaban como procedentes del trabajo, consideración general de las rentas extranjeras hasta 2021, y así se comunicaba en los cruces con el Instituto Nacional de la Seguridad Social. El reto actual pasa por identificar al pensionista extranjero y dilucidar si la renta es pública o privada para otorgarle el tratamiento adecuado.

Por otro lado, resulta absolutamente imprescindible culminar un efectivo sistema de intercambio de información basado mayoritariamente en utilidades informáticas (actualmente predomina el intercambio en papel de formularios vía postal, esporádica la comunicación mediante correo electrónico y residual el acceso a bases de datos del organismo extranjero). El artículo 4 del Reglamento (CE) 987/2009⁵⁶ establece que la transmisión de datos entre las instituciones o los organismos de enlace en la Unión Europea se efectúe por vía electrónica. El EESSI es un sistema informático que ayudará a los organismos de Seguridad Social de toda la Unión a intercambiar información de una forma más rápida y segura, tal como exige la normativa en materia de coordinación. Finalmente, después de un largo periodo transitorio, España utilizará esta vía a partir del 7 de junio de 2021 y se espera constituya una gran herramienta para la consecución de los fines encomendados. Fuera de la Unión Europea, el uso de papel obligará a depositar en la responsabilidad de los pensionistas la comunicación de cualquier circunstancia personal que permita el adecuado cumplimiento de la normativa nacional con respecto al cálculo del complemento de pensiones inferiores a la mínima.

VI. CONCLUSIONES

1. Los complementos a mínimos del artículo 59 TRLGSS son independientes de la pensión a la que acompañan. La pensión nace como renta sustitutiva de salarios mientras que el complemento, de naturaleza no contributiva, sirve para alejar al pensionista del umbral de pobreza, es decir, para paliar una situación de necesidad.
2. No existe discusión sobre la obligación de computar, a efectos del complemento a mínimos, las prestaciones percibidas de una entidad extranjera, cuando por su misma naturaleza, debieran tenerse en cuenta si fuesen abonadas por

56. Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

- una entidad española, ya que sería injustificado otorgar un trato desigual al beneficiario dependiendo del país que abone su prestación.
3. La discusión se ha centrado en si deben computarse estas pensiones como concurrentes con la española o como rendimiento de trabajo a efectos de ingresos. Hasta la Ley de Presupuestos Generales del Estado de 2021, salvo que se hubieran totalizado periodos de seguro, estas rentas se venían considerando rendimientos de trabajo, puesto que el jurista entendía que no existía un elemento transfronterizo que activara la aplicación de los Reglamentos o Convenios. A partir de este momento, la consideración general será la de concurrencia siempre que sean abonadas con cargo a un fondo público. Esta novedad ha supuesto una mejora necesaria si observamos la jurisprudencia al respecto, y ello aunque a priori pueda significar una rebaja del importe medio de las pensiones españolas concurrentes con pensiones de países extranjeros.
 4. Conviene advertir que, al contrario de lo considerado hasta 2021, la aplicación de complementos a mínimo no está comprendida en el ámbito de aplicación de los artículos 6 y 52 del Reglamento (CE) 883/2004. No se trata de una totalización de periodos de seguro o residencia para conseguir una pensión inicial, sino determinar el importe final de una prestación ya causada.
 5. Por el contrario, para la nueva consideración jurídica de estas rentas se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 5.1.a) del Reglamento (CE) 883/2004 que consagra el principio de asimilación de prestaciones, ingresos y acontecimientos, sin que deba interferir con el principio de totalización del párrafo anterior. Por tanto, un enfoque contrario sería discriminatorio: si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, el disfrute de prestaciones de seguridad social o de otros ingresos produce determinados efectos jurídicos, las disposiciones de que se trate de dicha legislación serán igualmente aplicables en caso de disfrute de prestaciones equivalentes adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de ingresos adquiridos en el territorio de otro Estado miembro.
 6. España venía alterando, por tanto, el principio de igualdad de trato: son discriminatorios los requisitos del Derecho nacional que, aunque no tomen en consideración la nacionalidad del trabajador, afectan fundamentalmente o en su mayor parte, a los trabajadores migrantes, así como también aquéllos que, siendo indistintamente aplicables a nacionales y migrantes, pueden ser cumplidos más fácilmente por los primeros que por los segundos.
 7. Por tanto, procede aplicar por España una disposición de Derecho nacional, como es el artículo 59 TRLGSS, con el artículo 5, letra a), del Reglamento (CE) 883/2004, en tanto deberá tenerse en cuenta no sólo el disfrute de las prestaciones de Seguridad Social adquiridas por el interesado, en virtud de legislación nacional, sino también el disfrute de las prestaciones equivalentes adquiridas en cualquier otro Estado miembro. Todo ello porque la finalidad material de estas cuantías es la de paliar una situación de necesidad y no

de sustituir una renta. Además, su reconocimiento no prevé los mismos requisitos de la pensión a la que acompañan, sino únicamente a la falta de ingresos. Con el cambio introducido en 2021, se cumple con esta finalidad de la norma española que no es otra que la de proteger las situaciones reales de necesidad y no abonar a su cargo, complementos asistenciales a los que no se hubiera tenido derecho si se computan como españolas las rentas del beneficiario. No obstante, para los convenios bilaterales o multilaterales que no recogieran el principio de asimilación, sus rentas deberían seguirse considerando como rendimientos de trabajo para no incurrir en desigualdad (aunque la norma española no hace ninguna mención a este asunto).

8. Por último, aclarado el concepto y la forma de cálculo, el reto actual pasa por establecer medios de control efectivos que permitan conocer esos ingresos extranjeros no declarados y, por tanto, no conocidos por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Bibliografía

- Cavas Martínez, F. y Fernández Orrico, F. J.: "Acción protectora no contributiva (pensiones, complemento a mínimos y prestaciones familiares", *Foro de Seguridad Social*, núm. 7, 2007.
- De La Fuente, A.; García, M. A. y Sánchez, A. R.: "La salud financiera del sistema público de pensiones español: análisis retrospectivo, proyecciones de largo plazo y factores de riesgo", *Estudios sobre la Economía Española* 2017/4. FEDEA, 2017, disponible en <https://n9.cl/22wc3h>.
- Errandonea Ulazia, E.: "El límite en la cuantía de los complementos por mínimos: un recorte en las prestaciones sociales de cuantía reducida", *Revista Iberoamericana de Relaciones Laborales*, núm. 33, 2015, disponible en <https://n9.cl/usuc>.
- Fernández Prieto, M.: "Derecho de la Seguridad Social", *Revista Galega de Dereito Social - 2ª etapa*, núm. 10, 2020, disponible en <https://n9.cl/iy1db>.
- García de Cortázar y Nebreda, C.: "Particularidades de la pensión de jubilación española en el contexto europeo. Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible", en AA.VV.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (vol. 2)*, Laborum, Murcia, 2019.
- Guerrero Padrón, T.: "Alcance y articulación del principio de igualdad de trato respecto de las prestaciones de asistencia social", *e-Revista Internacional de la Protección Social*, vol. I, núm. 1, 2016.
- Martínez Martínez, V.: "La coordinación de los Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea", *Estudios de Deusto*, vol. 65, núm. 2, disponible en <https://n9.cl/grbv>.
- Mercader Uguina, J. R. y de la Puebla Pinilla, A.: "Peculiaridades de las pensiones en tres colectivos especiales (ONCE y afectados por el síndrome tóxico) en tres ponencias de Aurelio Desdentado", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. extraordinario 1, 2021.
- Rivera Sánchez, J. R.: "Los suplementos de las pensiones inferiores a la mínima en el Sistema de la Seguridad Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 4, 2015.
- Sánchez-Rodas Navarro, C.: "La aplicación en España del Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social a la luz del Acuerdo Euromediterráneo y del Reglamento (CE) 1231/2010", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 1, 2020, disponible en <https://n9.cl/bifg>.
- Serena Garralda, J.: "La prestación percibida por un pensionista de un fondo de pensiones extranjero es rendimiento de trabajo y computa en el derecho y en la cuantía al complemento por mínimos a cargo de la seguridad social", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2020.

- Vicente Palacio, M. A.: "Los complementos de pensiones y la pensión mínima de la seguridad social", *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 29-30, 2012.
- Vicente Palacio, M. A.: "Jubilación anticipada voluntaria y libertad de circulación. Sobre el alcance de la "pensión a percibir" como requisito para el acceso a la jubilación anticipada y voluntaria. Comentario a la STJUE (Sala Octava) de 5 de diciembre de 2019 (asuntos acumulados C-398/18 y C-428/18)", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 2, 2020, disponible en <https://n9.cl/xw774>.
- Villar Cañada, I. M.: "La determinación de las rentas computables a efectos del reconocimiento del derecho a complementos por mínimos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 728/2019, de 23 de octubre", *Estudios financieros. Revista de trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 445, 2020.