Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. EVGENI TANCHEV
presentadas el 15 de abril de 2021 [1]

Asunto C-866/19

SC
contra
Zakład Ubezpieczeń Społecznych I Oddział w Warszawie

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia)]

«Procedimiento prejudicial — Seguridad social — Persona asegurada que ha completado períodos de cotización en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente — Derecho a pensión de jubilación — Reglamento (CE) n.º 883/2004 — Cálculo de las pensiones»

1. Mediante la presente petición de decisión prejudicial del Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia) (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») se pretende aclarar el alcance de la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto Tomaszewska. [2] El órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si, en las circunstancias que concurren en el asunto principal, deben, con arreglo al Derecho de la Unión, tenerse en cuenta los períodos de cotización cubiertos por la persona asegurada [3] en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente [4] (en lo sucesivo, «períodos de cotización del Estado miembro de acogida»), en el cálculo del importe de la prestación de jubilación que debe abonar el Estado miembro competente, en este caso, Polonia, a dicha persona asegurada. La sentencia pronunciada en el asunto Tomaszewska respondió a esta cuestión únicamente en lo que respecta a la adquisición del derecho a la prestación. ¿En qué medida resultan aplicables los principios establecidos en aquel asunto al cálculo de la prestación devengada?

2. Las circunstancias del asunto principal son las siguientes. Con arreglo a la legislación polaca, la duración de los períodos de cotización no contributivos cubiertos en Polonia que pueden tenerse en cuenta en el cálculo del importe de la prestación se limita a un tercio de los períodos de

[1] Lengua original: inglés.

[2] Sentencia de 3 de marzo de 2011 (C-440/09, EU:C:2011:114) (en lo sucesivo, «sentencia Tomaszewska»).

[3] La resolución de remisión no aclara si la persona asegurada es un «trabajador» en el sentido del artículo 45 TFUE. Por lo tanto, las referencias a esta disposición en las presentes conclusiones deberán interpretarse supeditadas a esta variable. Debe señalarse que el ámbito de aplicación personal 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, y corrección de errores en DO 2004, L 200, p. 1 y DO 2013, L 188, p. 10), que es la norma aplicable *ratione temporis* en el litigio principal (véase la nota 6 de las presentes conclusiones), se extiende más allá de los trabajadores. La persona que reclama derechos de seguridad social debe ser una «persona asegurada» en el sentido del artículo 1, letra c), del Reglamento n.º 883/2004; y, con arreglo a su artículo 2, apartado 1, el Reglamento n.º 883/2004 «se aplicará a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites».

[4] Véase el artículo 1, letra s), del Reglamento n.º 883/2004.

cotización contributivos cubiertos en Polonia.[5] La cuestión que se plantea es si deben añadirse los períodos de cotización contributivos del Estado miembro de acogida cubiertos en los Países Bajos por una persona asegurada, con arreglo al Derecho de la Unión, a los períodos de cotización contributivos cubiertos en Polonia, alargando así la duración de los períodos de cotización no contributivos en Polonia que deben tomarse en consideración en el cálculo de una pensión polaca.

3. La conclusión a la que he llegado es que, con arreglo al Derecho de la Unión, deben tomarse en consideración los períodos de cotización contributivos del Estado miembro de acogida en el cálculo del importe teórico de la prestación devengada con arreglo al artículo 52, apartado 1, letra b, inciso i), del Reglamento n.º 883/2004.[6] En concreto, la norma de la legislación polaca que dispone que los períodos de cotización no contributivos cubiertos en Polonia únicamente pueden tenerse en cuenta para el cálculo del importe de la pensión con el límite de un tercio de los períodos de cotización contributivos cubiertos en Polonia («límite del tercio de los períodos de cotización no contributivos») debe interpretarse en el sentido de que se incluyen los períodos de cotización contributivos del Estado miembro de acogida cubiertos por la persona asegurada de que se trata en los Países Bajos. Cualquier otra interpretación sería incompatible con los objetivos perseguidos por el Reglamento n.º 883/2004 y con los principios en los que se basa,[7] y sería contraria al principio de totalización, del que es expresión específica el artículo 52, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento n.º 883/2004. La interpretación que se propone en las presentes conclusiones se ajusta asimismo a la finalidad del artículo 52, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento n.º 883/2004, que es reparar el perjuicio causado a las personas aseguradas que han ejercido su derecho a trabajar en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente[8] a través del método de cálculo del importe teórico de la pensión devengada.

4. Sin embargo, los períodos de cotización contributivos del Estado miembro de acogida no se tienen en cuenta en el cálculo del límite del tercio de los períodos de cotización no contributivos en relación con la pensión devengada en cuanto a su importe real, prorrateado, previsto en el artículo 52, apartado 1, letra b), inciso ii), del Reglamento n.º 883/2004. La finalidad del artículo 52, apartado 1, letra b), inciso ii), del Reglamento n.º 883/2004 es distinta de la de su inciso i). Con arreglo al artículo 52, apartado 1, letra b), inciso ii), se calcula la prestación prorrateada devengada, lo que se denomina prorrateo.[9] Esta disposición refleja el carácter del Reglamento n.º 883/2004 como medida de coordinación de los sistemas de seguridad social de los Estados miembros, y no de armonización, así como su intención de garantizar la adecuada

5 Véase el punto 12 de las presentes conclusiones.

6 De conformidad con el artículo 91 del Reglamento n.º 883/2004, en su versión modificada, en relación con el artículo 97 del Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO 2009, L 284, p. 1), el Reglamento n.º 883/2004 era aplicable a partir del 1 de mayo de 2010. En virtud del artículo 90 del Reglamento n.º 883/2004 se derogaron y sustituyeron todas las disposiciones del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO 1971, L 149, p. 2; EE 05/01, p. 98) pertinentes para el litigio principal. La disposición equivalente del artículo 6 del Reglamento n.º 883/2004 es el artículo 45, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/71. El equivalente del artículo 52, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004 es el artículo 46, apartado 2, del Reglamento n.º 1408/71.

7 Sentencia de 3 de marzo de 2011, Tomaszewska (C-440/09, EU:C:2011:114), apartado 27.

8 La jurisprudencia establece que los trabajadores migrantes no deben sufrir una reducción de la cuantía de las prestaciones de seguridad social por el hecho de haber ejercitado su derecho a la libre circulación. Véase, por ejemplo, la sentencia de 21 de febrero de 2013, Salgado González (C-282/11, EU:C:2013:86), apartado 43 y jurisprudencia citada.

9 Véanse las conclusiones del Abogado General Jacobs, en relación con el artículo 46, apartado 2, del Reglamento n.º 1408/71, presentadas en el asunto Stinco y Panfilo (C-132/96, EU:C:1997:436), punto 5.

distribución entre los Estados miembros del importe de la pensión devengada calculándola en función de la relación entre la duración del servicio prestado en cada Estado miembro antes de tener lugar el hecho causante, [10] en este caso, alcanzar la edad de jubilación.

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

5. El artículo 48 TFUE, letra a), establece:

«El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, adoptarán, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes por cuenta ajena y por cuenta propia, así como a sus derechohabientes: a) la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de estas.»

6. El considerando 14 del Reglamento n.º 883/2004 enuncia:

«Estos objetivos deben conseguirse, en particular, mediante la totalización de todos los períodos considerados en las distintas legislaciones nacionales a efectos de la adquisición y la conservación del derecho a prestaciones y del cálculo de estas, y mediante la concesión de prestaciones a las diversas categorías de personas incluidas en el ámbito del presente Reglamento.»

7. El artículo 1, letra t), del Reglamento n.º 883/2004 establece que se entiende por:

«"períodos de seguro": los períodos de cotización, o de actividad por cuenta ajena o propia, tal como se definen o admiten como períodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideran cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de seguro.»

8. El artículo 6 del Reglamento n.º 883/2004, titulado «Totalización de los períodos», dispone:

«Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine:

– la adquisición, la conservación, la duración o la recuperación del derecho a las prestaciones,

– la admisión a una legislación, o

– el acceso o la exención del seguro obligatorio, voluntario o facultativo continuado,

[10] Sentencia de 26 de junio de 1980, Menzies (793/79, EU:C:1980:172), apartado 11.

al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica.» [11]

9. El artículo 52, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004 [12] establece:

«1. 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] Con anterioridad, el artículo 45, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CE) n.º 118/97 del Consejo, de 2 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 28, p. 1), modificado por el Reglamento (CE) n.º 1992/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006 (DO 2006, L 392, p. 1) disponía lo siguiente: «Cuando, en virtud de un régimen que no sea un régimen especial de acuerdo con los apartados 2 o 3, la legislación de un Estado miembro subordine la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a las prestaciones al requisito de que hayan sido cumplidos determinados períodos de seguro o de residencia, la institución competente de dicho Estado miembro tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro o de residencia cumplidos de acuerdo con la legislación de cualquier otro Estado miembro, ya sea en un régimen general o especial, aplicable a trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia. Para ello, tendrá en cuenta dichos períodos como si se tratara de períodos cumplidos de acuerdo con la legislación que aplique.»

[12] El predecesor del artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 883/2004 es el artículo 46, apartado 2, letras a) y b), del Reglamento n.º 1408/71, que presentaba el siguiente tenor: «En el supuesto de que sea preciso recurrir a lo dispuesto en el artículo 45 y/o en el apartado 3 del artículo 40 para satisfacer los requisitos exigidos por la legislación de un Estado miembro con el fin de tener derecho a las prestaciones, se aplicarán las reglas siguientes: a) la institución competente calculará la cuantía teórica de la prestación que el interesado podría obtener en el supuesto de que todos los períodos de seguro y/o de residencia cumplidos de acuerdo con las diversas legislaciones de los Estados miembros a que haya estado sometido el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia hubieran sido cumplidos en el Estado miembro en que radique la institución de que se trate y de acuerdo con la legislación que esta aplique en la fecha en que se liquide la prestación. Cuando, con arreglo a dicha legislación, la cuantía de la prestación sea independiente de la duración de los períodos cumplidos, dicha cuantía será considerada como la cuantía teórica objeto de la presente letra; b) a continuación, la institución competente determinará el importe efectivo de la prestación, prorrateando la cuantía teórica señalada en la letra a) entre la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con la legislación que esta aplica, en relación con la duración total de los períodos de seguro y de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados.»

10. Según el considerando 2 de la Decisión n.º H6, de 16 de diciembre de 2010, relativa a la aplicación de determinados principios relacionados con la totalización de los períodos en virtud del artículo 6 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO 2011, C 45, p. 5) (en lo sucesivo, «Decisión n.º H6»):

«(2) El artículo 6 del Reglamento [n.º 883/2004] introduce el principio de totalización de los períodos. Este principio debe aplicarse de manera uniforme, lo que incluye la totalización de los períodos que, en virtud de la legislación nacional, solo se tienen en cuenta para la adquisición del derecho a las prestaciones o para aumentar su cuantía.»

11. Los apartados 1 y 2 de la Decisión n.º H6 establecen lo siguiente:

«1. Todos los períodos de seguro, ya se trate de períodos de cotización o de períodos asimilados como equivalentes a períodos de seguro con arreglo a la legislación nacional, entran dentro del concepto de "períodos de seguro" a efectos de la aplicación de los Reglamentos [n.º 883/2004] y [n.º 987/2009].

2. Todos los períodos para la contingencia relevante cumplidos bajo la legislación de otro Estado miembro se tendrán en cuenta únicamente mediante la aplicación del principio de totalización de los períodos establecido en [el artículo 6 del Reglamento n.º 883/2004] y en [el artículo 12 del Reglamento n.º 987/2009]. El principio de totalización exige que se tengan en cuenta los períodos comunicados por otros Estados miembros, sin cuestionar su valor.»

B. Derecho nacional

12. En la resolución de remisión se menciona la Ustawa z dnia 17 grudnia 1998 r. o emeryturach i rentach z Funduszu Ubezpieczeń Społecznych [Ley de pensiones de jubilación y otras pensiones pagadas por la Tesorería de la Seguridad Social, de 17 de diciembre de 1998 (Dz. U. de 2018, posición 1270, en su versión modificada) (en lo sucesivo, «Ley de pensiones de jubilación»)]. En la resolución de remisión se indica que, con arreglo a la legislación polaca, la extensión máxima de los períodos de cotización no contributivos que pueden tenerse en cuenta para calcular el importe de la prestación es un tercio de los períodos de cotización cubiertos en Polonia. [13]

II. Hechos y cuestión prejudicial

13. La cuestión prejudicial planteada se refiere únicamente al cálculo de la prestación de jubilación en el caso de una persona asegurada que ha cubierto la mayor parte de sus períodos de seguro en un Estado miembro (los Países Bajos) distinto del Estado miembro competente (Polonia). No se plantea ninguna cuestión respecto a la adquisición de dichas prestaciones.

14. Mediante resolución de 24 de febrero de 2014, el Zakład Ubezpieczeń Społecznych, I Oddział w Warszawie (Instituto de la Seguridad Social, Delegación n.º 1, Varsovia; en lo sucesivo, «organismo de pensiones» [14]) reconoció a SC (la persona asegurada) una pensión de jubilación desde el 5 de noviembre de 2013, conforme a lo dispuesto en la Ley de pensiones de jubilación y en el Reglamento n.º 883/2004.

[13] El límite del tercio de los períodos de cotización que se aplica a los períodos no contributivos se fundamenta en el artículo 5, apartado 2, de Ley de pensiones de jubilación.

[14] También, la «institución competente» con arreglo al artículo 1, letra q), del Reglamento n.º 883/2004.

15. El organismo de pensiones aplicó el siguiente método para determinar el derecho de la persona asegurada a la pensión de jubilación. En primer lugar, calculó la duración de los períodos de cotización contributivos cubiertos en Polonia (104 meses). En segundo lugar, incluyó en los años cotizados los períodos de cotización no contributivos cubiertos en Polonia por una duración correspondiente a un tercio de los períodos de cotización contributivos cubiertos en Polonia (34 meses); la fórmula prevista en la legislación polaca por el artículo 5, apartado 2, de la Ley de pensiones de jubilación. En tercer lugar, debido a que la persona asegurada no alcanzaba, en virtud de los períodos polacos, el período mínimo de cotización, a fin de reconocer el derecho a la jubilación, el organismo de pensiones incluyó en el período de cotización nacional de SC los períodos de cotización contributivos cubiertos en los Países Bajos (269 meses).

16. El período de seguro así calculado (períodos de cotización contributivos nacionales + períodos de cotización no contributivos nacionales + períodos de cotización contributivos extranjeros) fue tomado en consideración a continuación para calcular el importe teórico de la prestación con arreglo al artículo 52, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento n.º 883/2004. Sin embargo, el importe real de la prestación con arreglo a la mencionada disposición del Reglamento n.º 883/2004 se calculó en proporción a los 138 meses de los períodos de seguro cubiertos en Polonia (contributivos y no contributivos con el límite de un tercio de los períodos nacionales cotizados) respecto de los 407 meses de los períodos de seguro cubiertos en Polonia y en los Países Bajos en total. Sobre esa base se calculó que del importe teórico de la prestación en la cuantía de 974,78 eslotis polacos (PLN) debía pagarse a la persona asegurada una prestación del 33,9 % de esa cuantía, es decir, 335,81 PLN.

17. La persona asegurada impugnó la resolución. En su recurso solicitaba, entre otras cuestiones, la inclusión en el cálculo de más períodos de cotización no contributivos cubiertos en Polonia, y alegó que el organismo de pensiones incurrió en error al no tener en cuenta la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Tomaszewska.[15] El Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional de Varsovia, Polonia) desestimó este recurso mediante sentencia de 19 de noviembre de 2015.

18. La persona asegurada recurrió en apelación la sentencia pronunciada en primera instancia por el Sąd Okręgowy w Warszawie ante el Sąd Apelacyjny w Warszawie (Tribunal de Apelación de Varsovia). Se alegó que no se había interpretado correctamente el artículo 45 del Reglamento n.º 1408/71, y que, con fundamento en la sentencia Tomaszewska, el límite del tercio de los períodos de cotización no contributivos debía calcularse sobre la base de los períodos de cotización contributivos cubiertos en Polonia y en los Países Bajos. Mediante sentencia de 9 de agosto de 2017, el Sąd Apelacyjny w Warszawie, que invocó la sentencia Tomaszewska, admitió las mencionadas alegaciones y modificó la sentencia recurrida.

19. El organismo de pensiones interpuso un recurso de casación ante el órgano jurisdiccional remitente contra la sentencia del Sąd Apelacyjny w Warszawie (Tribunal de Apelación de Varsovia) en la medida en que ese órgano jurisdiccional obligó al referido organismo a incluir más períodos de cotización no contributivos de la persona asegurada cubiertos en Polonia para calcular la prestación con arreglo al artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 883/2004. El organismo de pensiones impugnó que se hubiese establecido que el límite del «tercio» no debía determinarse por referencia únicamente a los períodos de cotización contributivos polacos sino añadiendo también los períodos de cotización contributivos cubiertos en los Países Bajos. Es decir, el recurso se refiere únicamente al cálculo de la cuantía de la pensión.

[15] Sentencia de 3 de marzo de 2011 (C-440/09, EU:C:2011:114).

20. Conforme a la resolución de remisión, las alegaciones del organismo de pensiones y de la persona asegurada son fundamentalmente las siguientes.

21. La persona asegurada está de acuerdo con la sentencia del Sąd Apelacyjny w Warszawie. Alegó que, para determinar la cuantía de la prestación que le corresponde percibir, el organismo de pensiones debía aplicar el artículo 45 del Reglamento n.º 1408/71 como se interpreta en la sentencia Tomaszewska, y que el organismo de pensiones incurrió en error al tener en cuenta únicamente los períodos de cotización no contributivos que corresponden a un tercio de los períodos de cotización contributivos cubiertos en Polonia. Con arreglo a la sentencia Tomaszewska, debería haber tenido en cuenta los períodos de cotización no contributivos que correspondían a un tercio de la suma de los períodos de cotización contributivos cubiertos en Polonia y en los Países Bajos.

22. El organismo de pensiones alega, en primer lugar, que la interpretación del artículo 45 del Reglamento n.º 1408/71 no resulta aplicable en el litigio principal, puesto que a fin de que la persona asegurada *adquiera* el derecho a la pensión basta con añadir a los períodos de seguro cubiertos en Polonia (tanto los períodos contributivos como los no contributivos que corresponden a un tercio de los períodos de cotización contributivos nacionales) los períodos de seguro cubiertos en otro Estado miembro, en este caso, los Países Bajos. Según el organismo de pensiones, la sentencia Tomaszewska solamente resultará aplicable cuando, tras emplear ese método de cómputo de los períodos de cotización adoptado en el presente litigio, se desprenda que la persona asegurada *no* ha alcanzado los períodos de cotización mínimos para *adquirir* el derecho a una pensión. Sin embargo, en el litigio principal, la persona asegurada ya había alcanzado este umbral aplicando esta fórmula (véase el punto 15 de las presentes conclusiones). Solo si no se alcanza este umbral se podrán incluir en los períodos de cotización nacionales los períodos de cotización extranjeros y, de la suma de los períodos de seguro (nacionales y extranjeros), se podrá calcular la contribución máxima de los períodos de cotización nacionales no contributivos (un tercio de los períodos contributivos).

23. En segundo lugar, la sentencia Tomaszewska se refiere a la interpretación del artículo 45, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/71 (que se corresponde con el artículo 6 del Reglamento n.º 883/2004) y no a la del artículo 52 del Reglamento n.º 883/2004. El organismo de pensiones entiende que la disposición por la que se rige el litigio principal es el artículo 52 del Reglamento n.º 883/2004.

24. En tercer lugar, la aplicación de la interpretación del artículo 45, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/71 adoptada en la sentencia Tomaszewska llevaría a que los períodos de cotización no contributivos cubiertos en Polonia se tomarían en consideración por un importe superior al previsto en el Derecho polaco, lo que a su vez daría lugar, por un lado, a incrementar la contribución del sistema de seguridad social polaco a la prestación debida a la persona asegurada y, por otro, a reducir la contribución en la financiación de esta prestación del sistema de seguridad social de otro Estado miembro, en este caso, los Países Bajos, al que se abonaron las cotizaciones sociales durante un período mucho mayor que en favor del sistema polaco.

25. En cuarto lugar, del apartado 2 de la Decisión n.º H6 [16] resulta que los períodos declarados por las instituciones de seguridad social de otros Estados miembros se computan sin cuestionar su valor, de modo que la institución de seguridad social polaca no puede ser obligada a tomar en consideración los períodos de cotización nacionales por un importe superior (a resultas de añadir los períodos extranjeros) de lo que resulta de la legislación nacional.

26. Habida cuenta de tal discrepancia, el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia) planteó la siguiente cuestión prejudicial.

«¿Debe interpretarse el artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º [883/2004] en el sentido de que la institución competente:

a) toma en consideración —con arreglo al Derecho nacional— los períodos de cotización no contributivos no superiores al tercio de la suma de los períodos cotizados cubiertos con arreglo al Derecho nacional y a la legislación de otros Estados miembros, tanto para determinar el importe teórico (punto i) como el importe real de la prestación (punto ii); o

b) toma en consideración —con arreglo al Derecho nacional— los períodos de cotización no contributivos no superiores al tercio de la suma de los períodos cotizados cubiertos con arreglo al Derecho nacional y a la legislación de otros Estados miembros, solo para determinar el importe teórico (punto i), pero no para determinar el importe real de la prestación (punto ii); o

c) no toma en consideración para determinar el importe teórico (punto i) y el importe real de la prestación (punto ii) los períodos cotizados en otro Estado miembro al calcular los límites de los períodos de cotización no contributivos previstos en el Derecho nacional?»

27. Han presentado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia el organismo de pensiones, la República Checa, los Gobiernos húngaro y polaco y la Comisión Europea. No se ha celebrado vista oral.

III. Respuesta a la cuestión prejudicial

A. Observaciones preliminares

28. En primer lugar, es importante señalar que el organismo de pensiones está en lo cierto al afirmar que el procedimiento principal se rige por el Reglamento n.º 883/2004 y no por el Reglamento n.º 1408/71, ya que el primero es la disposición aplicable *ratione temporis*. [17] No obstante, esto no significa que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el marco del Reglamento n.º 1408/71 carezca de pertinencia en la resolución del procedimiento principal, ya que en el Reglamento n.º 883/2004 se incluyen las disposiciones que suceden al primero. [18]

29. En segundo lugar, el procedimiento principal se rige por el artículo 52, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004, puesto que dicha disposición se refiere al cálculo de la prestación de jubilación, en contraposición al artículo 6 del mismo Reglamento, que se refiere a su adquisición.

[16] Véase el punto 11 de las presentes conclusiones.

[17] Nota 6 de las presentes conclusiones.

[18] Nota 6 de las presentes conclusiones.

30. En tercer lugar, carece de fundamento el argumento del organismo de pensiones en el que alega que la sentencia Tomaszewska [19] no resulta aplicable al litigio principal debido a que no se plantea ninguna cuestión relativa a la *adquisición* por parte de la persona asegurada del derecho a pensión (véase el punto 22 de las presentes conclusiones). Como se expone más adelante (véanse los puntos 39 a 49), no cabe interpretar la sentencia Tomaszewska en el sentido de que limita el principio de totalización a la adquisición del derecho a pensión en virtud del Reglamento n.º 883/2004. [20]

31. En cuarto lugar, los períodos no contributivos previstos en la legislación polaca y controvertidos en el litigio principal, equivalen a un «período de seguro», en el sentido de la definición prevista en el artículo 1, letra t), del Reglamento n.º 883/2004. Es pacífico que, en virtud del artículo 1, letra t), del Reglamento n.º 883/2004, los períodos no contributivos son equivalentes a un «período de seguro». [21] Ha de recordarse que, según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, los Estados miembros siguen siendo competentes para definir los requisitos necesarios para la concesión de las prestaciones de seguridad social, aunque los hagan más rigurosos, siempre que los requisitos establecidos no impliquen ninguna discriminación manifiesta o encubierta entre los trabajadores de la Unión. [22]

32. Es conveniente, en quinto lugar, recordar los siguientes principios generales que rigen el procedimiento principal, reiterados recientemente por el Tribunal de Justicia en su sentencia en el asunto Crespo Rey. [23]

«[…] 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 […].

[…] 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 […].

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.» [24]

[19] Sentencia de 3 de marzo de 2011 (C-440/09, EU:C:2011:114), apartado 12.

[20] Sentencia de 5 de diciembre de 2019, Bocero Torrico y Bode (C-398/18 y C-428/18, EU:C:2019:1050), apartado 33, y conclusiones presentadas por el Abogado General Hogan en dicho asunto (EU:C:2019:596), punto 37.

[21] Véase también el apartado 1 de la Decisión n.º H6, punto 11 de las presentes conclusiones, y la sentencia de 18 de abril de 2013, Mulders (C-548/11, EU:C:2013:249), apartado 37 y jurisprudencia citada.

[22] Sentencia de 3 de marzo de 2011, Tomaszewska (C-440/09, EU:C:2011:114), apartado 24 y jurisprudencia citada.

[23] Sentencia de 28 de junio de 2018 (C-2/17, EU:C:2018:511), apartados 45 a 47 y jurisprudencia citada.

[24] Ibíd. Sobre la competencia de los Estados miembros en materia de seguridad social, véase también el artículo 153 TFUE, apartado 4.

33. En sexto lugar, por lo que respecta a las alegaciones del organismo de pensiones que invocan la Decisión n.º H6 —que se mencionan en el punto 25 de las presentes conclusiones—, debe señalarse que esta Decisión interpreta el artículo 6 del Reglamento n.º 883/2004 y no su artículo 52. Por tal motivo, se hará referencia en las presentes conclusiones a la Decisión n.º H6 en la medida en que sea tangencial a las cuestiones planteadas en el litigio principal. [25]

34. Al margen de los seis puntos expuestos, he llegado a la conclusión de que de entre las tres que plantea el órgano jurisdiccional remitente la opción b) es la que se ajusta al Derecho de la Unión, como sostiene en sus observaciones escritas el Gobierno húngaro. Lo hago teniendo como telón de fondo el siguiente principio general que ha sido desarrollado —entre otros ejemplos— por el Abogado General Mazák en las conclusiones presentadas en el asunto Bergström. [26]

«El principio de acumulación constituye uno de los principios básicos de la coordinación en la UE de los regímenes de seguridad social de los Estados miembros, que tiende a garantizar que el ejercicio del derecho a la libre circulación que confiere el Tratado no tenga como efecto privar a un trabajador de las ventajas de seguridad social a las que hubiera tenido derecho en el caso de haber realizado toda su carrera en un solo Estado miembro. Tal consecuencia podría disuadir al trabajador de la Unión de ejercitar su derecho a la libre circulación y constituiría, por lo tanto, un obstáculo a dicha libertad.» [27]

35. Como se ha observado en un comentario de la doctrina, el «principio de la totalización de los períodos de seguro es uno de los logros más antiguos del Derecho Internacional en materia de seguridad social», y aparecía en el Convenio n.º 48 de la Organización Internacional del Trabajo de 1935. [28] Sin embargo, la opción c) de la resolución de remisión es contraria a este principio, por lo que no es posible aceptarla.

36. La razón para ello es que la consecuencia lógica de la opción c) es excluir por completo el principio de totalización del cálculo del límite del tercio de los períodos de cotización no contributivos, con lo que se excluiría también este elemento de la prestación de la persona asegurada, ya que, con arreglo a esta opción c), los períodos de cotización del Estado miembro de acogida, cubiertos, en este caso, en los Países Bajos, no se tendrían en cuenta en ningún momento en dicho cálculo; tampoco en la fase del cálculo del importe teórico de la pensión de la persona asegurada con arreglo al artículo 52, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento n.º 883/2004, ni en el cálculo de su importe real con arreglo al inciso ii) de esa misma disposición. Esto sería incompatible con el carácter fundamental que el artículo 6 del Reglamento n.º 883/2004 otorga al principio de totalización en el funcionamiento de dicho Reglamento.

[25] Debe recordarse que la Decisión n.º H6 «constituye un acto de ejecución de los Reglamentos n.º 883/2004 y n.º 987/2009. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un acto de ejecución o de aplicación debe ser objeto, si es posible, de una interpretación conforme con las disposiciones del acto de base (véanse, en este sentido, las sentencias de 14 de mayo de 2009, *Internationaal Verhuis- en Transportbedrijf Jan de Lely*, C-161/08, EU:C:2009:308, apartado 38, y de 19 de julio de 2012, *Pie Optiek*, C-376/11, EU:C:2012:502, apartado 34).» Véase la sentencia de 4 de septiembre de 2019, Bundesagentur für Arbeit, Familienkasse Baden-Württemberg West (C-473/18, EU:C:2019:662), apartado 30.

[26] Sentencia de 15 de diciembre de 2011, Bergström (C-257/10, EU:C:2011:839), y conclusiones del Abogado General Mazák (EU:C:2011:407). Véanse también, por ejemplo, las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto Dumont de Chassart (C-619/11, EU:C:2012:805), punto 50.

[27] Sentencia de 15 de diciembre de 2011 (EU:C:2011:839), y conclusiones del Abogado General Mazák presentadas en el asunto Bergström (C-257/10, EU:C:2011:407), punto 39. Véase la sentencia de 20 de enero de 2005, Salgado Alonso (C-306/03, EU:C:2005:44), apartados 28 y 29. Véanse también, por ejemplo, las sentencias de 3 de marzo de 2011, Tomaszewska (C-440/09, EU:C:2011:114), apartado 30, y de 14 de marzo de 2019, Vester (C-134/18, EU:C:2019:212), apartado 33.

[28] Fuchs, M., y Cornelissen, R., (eds), *EU Social Security Law*, Nomas, 2015, p. 33. Puede consultarse el Convenio en https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO:P. 12100_ILO_CODE:C048. El artículo 2, por ejemplo, menciona la «totalización» de los períodos de seguro.

37. Además, con arreglo a la opción c), la normativa polaca que impone el límite de un tercio de los períodos de cotización no contributivos infringe el principio de igualdad de trato por razón de la nacionalidad previsto en el artículo 4 del Reglamento n.º 883/2004, ya que, en la práctica, afectaría negativamente a la gran mayoría de las personas aseguradas que ejercen su derecho a la libre circulación. Debe rechazarse la alegación del organismo de pensiones según la cual la aplicabilidad de las normas polacas sobre el cálculo de los períodos de cotización no contributivos a trabajadores migrantes y no migrantes por igual hace que dichas normas sean conformes con el Derecho de la Unión. El motivo es que, de excluirse por completo la regla de totalización, el límite del tercio de los períodos de cotización no contributivos se cumpliría más fácilmente en el caso de los trabajadores nacionales polacos que en el de los trabajadores migrantes que ejercen derechos de libre circulación, pudiendo por ello perjudicar de manera particular a estos últimos. [29] Tal situación requeriría una justificación en la medida en que persiga un objetivo de interés general, y siempre que la exclusión polaca de los períodos de cotización cubiertos en otros Estados miembros, a efectos de determinar el importe del límite de un tercio de los períodos no cotizados, resultase adecuada para garantizar la realización del objetivo perseguido y no fuese más allá de lo necesario para alcanzarlo. [30]

38. Por lo tanto, lo que debe examinarse a este respecto es si el Derecho de la Unión exige al organismo de pensiones tomar en consideración los 269 meses de períodos de cotización del Estado miembro de acogida cubiertos en los Países Bajos, además de los 104 meses de períodos de cotización contributivos cubiertos en Polonia, al calcular el límite del tercio de los períodos de cotización no contributivos que impone el Derecho polaco. ¿Debe, con arreglo al Derecho de la Unión y, en concreto, al artículo 52, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004, determinarse la cuantía de dicho límite por referencia a los períodos de cotización cubiertos en Polonia únicamente, como sostienen el organismo de pensiones y el Gobierno polaco, o debe referenciarse a los períodos de cotización completados tanto en Polonia como en los Países Bajos sumados, como alegan la Comisión Europea, la República Checa y, hasta cierto punto, el Gobierno húngaro?

B. Alcance de la sentencia Tomaszewska

39. Una de las principales discrepancias entre las partes estriba en el alcance de la sentencia Tomaszewska de 3 de marzo de 2011. [31] ¿Se limitaba la aplicación del principio de totalización en dicho asunto a las decisiones relativas a la *adquisición* de la pensión, como alegan el organismo de pensiones, el Gobierno polaco y el Gobierno húngaro, o alcanza el principio de totalización al *cálculo* de dichas prestaciones, como sostienen la Comisión y la República Checa?

40. Aunque la sentencia Tomaszewska no ofrece una respuesta clara a esta cuestión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no respalda la limitación del principio de totalización a la adquisición del derecho a pensión, ni tampoco lo hacen el tenor del Reglamento n.º 883/2004, su finalidad o el Derecho primario de la Unión.

[29] Sentencia de 5 de diciembre de 2019, Bocero Torrico y Bode (C-398/18 y C-428/18, EU:C:2019:1050), apartado 41 y jurisprudencia citada. Pueden verse ejemplos de discriminación indirecta en el contexto de la igualdad de trato protegida por el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/71, en las sentencias de 25 de junio de 1997, Mora Romero (C-131/96, EU:C:1997:317), y de 21 de febrero de 2008, Klöppel (C-507/06, EU:C:2008:110).

[30] Sentencia de 5 de diciembre de 2019, Bocero Torrico y Bode (C-398/18 y C-428/18, EU:C:2019:1050), apartado 43 y jurisprudencia citada.

[31] Asunto C-440/09, EU:C:2011:114.

41. En la sentencia Tomaszewska, la recurrente no había acreditado que hubiera cubierto en Polonia el período de cotización mínimo obligatorio de 30 años previsto en la legislación del Estado miembro, motivo por el que el litigio entre la recurrente y el organismo de pensiones se refería a la adquisición del derecho a la pensión de jubilación, comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 45, apartado 1, del Reglamento n.º 1408/71 (cuya disposición equivalente es el artículo 6 del Reglamento n.º 883/2004), y no al cálculo del importe de las prestaciones que se establece en el artículo 46 del Reglamento n.º 1408/71, la disposición precursora del artículo 52 del Reglamento n.º 883/2004. [32]

42. El Tribunal de Justicia recordó en la sentencia Tomaszewska que los Estados miembros siguen siendo competentes para definir los requisitos necesarios para la concesión de las prestaciones de seguridad social, aunque los hagan más rigurosos, siempre que los requisitos establecidos no impliquen ninguna discriminación manifiesta o encubierta entre los trabajadores de la Unión. [33] El Tribunal declaró que el sistema establecido por el Reglamento n.º 1408/71 constituía únicamente un sistema de coordinación y no de armonización, que determinaba cuál o cuáles serán las legislaciones aplicables en materia de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que ejercitan su derecho a la libre circulación. [34]

43. El Tribunal de Justicia señaló que era inherente a ese sistema que los requisitos a los que se sujeta la constitución de los períodos de empleo o de seguro difieran según el Estado miembro en el que el trabajador afectado ejerció su actividad. Estos requisitos, de conformidad con el artículo 1, letra r), del Reglamento n.º 1408/71 [actual artículo 1, letra t), del Reglamento n.º 883/2004] se definen exclusivamente por la legislación del Estado miembro con arreglo a la cual hayan sido cubiertos los períodos de que se trate. [35] Señaló además que, sin embargo, al fijar esos requisitos, «los Estados miembros están obligados a respetar el derecho de la Unión y, en particular, el objetivo perseguido por el Reglamento n.º 1408/71 y los principios sobre los que este se basa». [36] La finalidad del Reglamento n.º 1408/71 es, como se afirma en sus considerandos segundo y cuarto, garantizar la libre circulación de los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dentro de la Unión, respetando las características propias de las legislaciones nacionales de seguridad social. [37]

44. El Tribunal de Justicia declaró a continuación en la sentencia Tomaszewska que el Reglamento n.º 1408/71, en particular, sus considerandos quinto, sexto y décimo «establece el principio de la igualdad de trato bajo las distintas legislaciones nacionales y pretende garantizar lo mejor posible la igualdad de trato de todos los trabajadores que desarrollan sus actividades en el territorio de un Estado miembro, así como no penalizar a aquellos que ejerciten su derecho a la libre circulación». [38]

[32] Ibíd., apartado 22 y jurisprudencia citada.

[33] Ibíd., apartado 24 y jurisprudencia citada.

[34] Ibíd., apartado 25 y jurisprudencia citada. Sobre los principios generales que rigen el Reglamento n.º 883/2004, medida destinada a coordinar los sistemas de seguridad social de los Estados miembros, véanse las sentencias de 28 de junio de 2018, Crespo Rey (C-2/17, EU:C:2018:511), apartados 45 a 47, que se citan en el punto 32 de las presentes conclusiones, y de 14 de marzo de 2019, Vester (C-134/18, EU:C:2019:212), apartados 29 a 33.

[35] Ibíd., apartado 26.

[36] Ibíd., apartado 27.

[37] Ibíd., apartado 28.

[38] Ibíd., y jurisprudencia citada.

45. Al reiterar, en varias ocasiones, que el procedimiento principal se refería únicamente a la adquisición del derecho a la pensión de jubilación,[39] el Tribunal de Justicia formuló la siguiente conclusión más general respecto al principio de totalización.

«[…] el principio de la acumulación de los períodos de seguro, de residencia o de empleo, establecido en el artículo 42 CE, letra a) [actualmente, artículo 48 TFUE, letra a), véase el punto 5 de las presentes conclusiones] […] [c]onstituye uno de los principios básicos de la coordinación en la Unión de los regímenes de seguridad social de los Estados miembros, que tiende a garantizar que el ejercicio del derecho a la libre circulación que confiere el Tratado no tenga como efecto privar a un trabajador de las ventajas de seguridad social a las que hubiera tenido derecho en el caso de haber desarrollado toda su carrera en un solo Estado miembro. En efecto, semejante consecuencia podría disuadir al trabajador de la Unión de ejercitar su derecho a la libre circulación y constituiría, por lo tanto, un obstáculo para dicha libertad».[40]

46. El Tribunal de Justicia señaló que el artículo 45 del Reglamento n.º 1408/71, la disposición controvertida en el asunto Tomaszewska, constituía un ejemplo de norma en la que se desarrolla el principio de la totalización de los períodos de seguro, de residencia o de empleo, establecido en el artículo 42 CE, letra a).[41]

47. Aunque pueda considerarse que la sentencia Tomaszewska no resulta decisiva en cuanto a la cuestión de la aplicación del principio de totalización al *cálculo* de las prestaciones de la seguridad social, la jurisprudencia más general del Tribunal de Justicia es más clara. La sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Dumont de Chassart,[42] no deja lugar a dudas en cuanto a la pertinencia del principio de totalización para el cálculo de las prestaciones. El Tribunal de Justicia declaró lo siguiente:

«Por otra parte, procede recordar que el Reglamento n.º 1408/71 fue adoptado sobre la base del artículo 51 del Tratado CEE (posteriormente, artículo 51 del Tratado CE, convertido a su vez, tras modificación, en el artículo 42 CE, actualmente artículo 48 TFUE), que autorizaba al Consejo a adoptar, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes la acumulación de "todos los períodos" tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el *cálculo* de estas».

48. Además, el papel fundamental del principio de totalización en el cálculo de las prestaciones de seguridad social se refleja en el artículo 48 TFUE, letra a) (punto 5 de las presentes conclusiones). En efecto, el Tribunal de Justicia ha señalado que «el artículo 48 TFUE […] establece que el

39 Ibíd., apartados 29, 31, 32, 34 y 36.

40 Ibíd., apartado 30 y jurisprudencia citada. Véase, más recientemente, la sentencia Crespo Rey, sobre el perjuicio que sufre un trabajador migrante en comparación con un trabajador que ha pasado toda su vida laboral en el Estado miembro en cuestión, de 28 de junio de 2018 (C-2/17, EU:C:2018:511), apartado 69. Véase igualmente la sentencia de 23 de enero de 2020, Bundesagentur für Arbeit (C-29/19, EU:C:2020:36), apartado 33.

41 Ibíd.

42 El subrayado es mío. Sentencia de 21 de febrero de 2013, Dumont de Chassart (C-619/11, EU:C:2013:92), apartado 52, en referencia a la parte dispositiva de la sentencia de 15 de diciembre de 2011, Bergström (C-257/10, EU:C:2011:839), apartado 42. La función que desempeña la totalización en el cálculo de las prestaciones de jubilación se expuso en el punto 4 de las conclusiones del Abogado General Jacobs presentadas en el asunto Koschitzki (C-30/04, EU:C:2005:272). Véase también el punto 45 de las conclusiones del Abogado General Jääskinen presentadas en el asunto Reichel-Albert (C-522/10, EU:C:2012:114), donde señala que uno de los principios cardinales que debe guiar la interpretación del Reglamento predecesor del Reglamento n.º 883/2004 es que, de conformidad con una jurisprudencia reiterada, «en materia de seguridad social los asegurados solo pueden pedir que su desplazamiento a otro Estado miembro no tenga repercusión en el tipo o en el nivel de las prestaciones a las que podía tener derecho en su Estado de procedencia». El subrayado es mío.

Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptarán en materia de seguridad social, "las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores", creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes la "acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales". Dicho sistema de totalización de períodos fue instaurado primero por el Reglamento n.º 1408/71 y con posterioridad por el Reglamento n.º 883/2004».[43] La importancia de la totalización se refleja también en el considerando 14 del Reglamento n.º 883/2004 (punto 6 de las presentes conclusiones), que se refiere específicamente a la importancia de la totalización en «la adquisición y la conservación del derecho a prestaciones y del cálculo de estas». A ello puede añadirse el considerando 2 de la Decisión n.º H6. Como ya se ha indicado en el punto 10 de las presentes conclusiones, en él se afirma que la totalización se tiene en cuenta «para aumentar su cuantía».

49. En consecuencia, deben rechazarse las alegaciones formuladas en sus observaciones escritas por el Gobierno polaco, el organismo de pensiones y el Gobierno húngaro en el sentido de que la sentencia *Tomaszewska* carece de pertinencia para la interpretación del artículo 52, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004, en la medida en que en esa sentencia se recoge una formulación amplia del principio de totalización. En efecto, las observaciones escritas de la Comisión están más acertadas cuando reconocen la pertinencia indirecta de la sentencia *Tomaszewska* para el procedimiento principal.[44]

C. Justificación de la elección de la opción b) planteada por el órgano jurisdiccional remitente

50. Siendo así ¿por qué se ha llegado aquí a la conclusión, tal y como argumenta el Gobierno húngaro, de que es la segunda opción (b) y no la primera (a) sugerida por el órgano jurisdiccional remitente la clave para resolver el litigio en el procedimiento principal, habida cuenta de la importancia primordial del principio que establece que las personas aseguradas que han ejercido el derecho a la libre circulación no deben verse privadas de las ventajas de seguridad social a las que habrían tenido derecho si hubieran permanecido toda su vida laboral en un solo Estado miembro?[45]

51. Es importante destacar que el Reglamento n.º 883/2004, al igual que su antecesor, el Reglamento n.º 1408/71, no establece un sistema común de seguridad social, sino que permite la existencia de los distintos sistemas nacionales de seguridad social. Su objetivo es garantizar la coordinación de tales sistemas.[46] Como señaló el Abogado General Jääskinen, «el hecho de que el ejercicio de la libertad de circulación pueda no conllevar un efecto neutro en este ámbito, a saber, que sea más o menos ventajoso o incluso perjudicial según los casos, resulta directamente de que se haya mantenido la diferencia existente entre las legislaciones de los Estados miembros».[47]

43 Sentencia de 4 de julio de 2013, Gardella (C-233/12, EU:C:2013:449), apartado 34.

44 Puede prescindirse del artículo 5 del Reglamento n.º 883/2004 a efectos del litigio principal. El motivo es que su considerando 10 afirma que los principios reflejados en el artículo 5 «no debe[n] interferir con el principio de la totalización de los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cumplidos con arreglo a la legislación de otro Estado miembro con aquellos cumplidos con arreglo a la legislación del Estado miembro competente». Véase el análisis de Fuchs, M., y Cornelissen, R., (eds) *EU Social Security Law*, Nomos, 2015, p. 123. Véanse también las conclusiones del Abogado General Hogan presentadas en los asuntos acumulados Bocero Torrico y Bode (C-398/18 y C-428/18, EU:C:2019:596), punto 44.

45 Véanse los ejemplos expuestos en el punto 34 de las presentes conclusiones.

46 Punto 42 de las presentes conclusiones.

47 Reichel-Albert (C-522/10, EU:C:2012:114), punto 45. Véase, más recientemente, la sentencia de 19 de marzo de 2019, Vester (C-134/18, EU:C:2019:212), apartado 32 y jurisprudencia citada.

52. Más concretamente, se escoge la opción b) planteada por el órgano jurisdiccional remitente sobre la base de los criterios jurisprudenciales establecidos en el marco de la disposición predecesora del artículo 52, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004, es decir, el artículo 46, apartado 2, del Reglamento n.º 1408/71; del tenor de los incisos i) y ii) del artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 883/2004, de las finalidades y objetivos respectivos de estas dos últimas disposiciones, y de su contexto. [48]

53. Como expuso el Abogado General Jacobs en las conclusiones presentadas en el asunto Koschitzki, [49] el cálculo del importe teórico a efectos del artículo 46, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1408/71, actualmente artículo 52, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento n.º 883/2004, es, en realidad, un supuesto de totalización. El Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 46, apartado 2, del Reglamento n.º 1408/71 y, por tanto, el artículo 52, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004 «deben interpretarse a la luz del objetivo fijado por el artículo 48 TFUE, que implica concretamente que los trabajadores migrantes no deben sufrir una reducción de la cuantía de las prestaciones de seguridad social por el hecho de haber ejercitado su derecho a la libre circulación». [50] Es decir, la cuantía teórica «debe calcularse como si el asegurado hubiera ejercido toda su actividad profesional exclusivamente en el Estado miembro de que se trata». [51] Esto significa, por lo que respecta al litigio principal, que deben tenerse en cuenta los períodos de cotización contributivos cubiertos en los Países Bajos, junto con los cubiertos en Polonia, al calcular el límite del tercio de los períodos de cotización no contributivos a efectos de determinar la cuantía teórica con arreglo al artículo 52, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento n.º 883/2004.

54. El artículo 52, apartado 1, letra b), refleja una opción legislativa que entra en juego cuando, con arreglo a la normativa de un Estado miembro, para que una persona asegurada tenga derecho a las prestaciones, es preciso tener en cuenta los períodos de seguro cumplidos en otro Estado miembro, [52] lo cual ocurre en el litigio principal (véase el punto 15 de las presentes conclusiones). Como ya se ha señalado, la primera fase del proceso, es decir, el cálculo del importe teórico de la prestación con arreglo al artículo 52, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento n.º 883/2004, es la *totalización*. La segunda fase, prevista en el inciso ii) de la misma disposición, es el cálculo de la prestación prorrateada, que se denomina *prorrateo*. [53] El objetivo del ejercicio de totalización y prorrateo es garantizar que la prestación devengada refleje la duración del período de tiempo que la persona asegurada haya estado trabajando en el Estado miembro que paga esa parte de la pensión. [54] Como señala el organismo de pensiones en sus

[48] Véase, en líneas generales, el análisis de las normas de interpretación de las medidas de la Unión en mis conclusiones presentadas en el asunto Pinckernelle (C-535/15, EU:C:2016:996), puntos 35 a 70.

[49] C-30/04, EU:C:2005:272, punto 4. Véase también el apartado 23 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1998, Lustig (C-244/97, EU:C:1998:619): «[…] [el] Tratado CE prescribe la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales, no solo para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, sino también para el cálculo de estas.»

[50] Sentencia de 21 de febrero de 2013, Salgado González (C-282/11, EU:C:2013:86), apartado 43 y jurisprudencia citada. Véase también el apartado 50.

[51] Ibíd., apartado 41 y jurisprudencia citada.

[52] Véanse las conclusiones del Abogado General Jacobs, en relación con el artículo 46, apartado 2, del Reglamento n.º 1408/71, presentadas en el asunto Stinco y Panfilo (C-132/96, EU:C:1997:436), punto 4.

[53] Ibíd., punto 5. El Abogado General Jacobs ofrece el siguiente ejemplo. «Así, si una persona ha trabajado durante 10 años en un Estado miembro A y durante 20 años en un Estado miembro B, aun en el caso de que, con arreglo a la normativa del Estado miembro A, no tenga derecho a una pensión por un período de seguro de 10 años en el Estado miembro A (debido, por ejemplo, a que dicho Estado exige a los solicitantes haber trabajado en él durante 15 años), en virtud del artículo 46, apartado 2, tendrá derecho, en el Estado miembro A, a una tercera parte de la prestación que hubiera podido reclamar en caso de haber trabajado en dicho Estado durante 30 años.» Véanse, recientemente, las conclusiones del Abogado General Hogan presentadas en los asuntos acumulados Bocero Torrico y Bode (C-398/18 y C-428/18, EU:C:2019:596), punto 39.

[54] Ibíd., punto 49.

observaciones escritas, cada Estado miembro paga a prorrata el importe de la pensión de jubilación que se haya cubierto con arreglo a *su* legislación (el subrayado es mío). Por tanto, los Estados miembros sufragan únicamente los períodos de seguro cubiertos en su territorio, y no los cubiertos en otros Estados miembros. Tal como se alega en las observaciones escritas del Gobierno polaco, la cuantía de la prestación abonada debe reflejar, de forma realista, el importe de las aportaciones satisfechas a efectos de la pensión, y los períodos de seguro cubiertos en su propio Estado miembro.

55. Como señaló el Abogado General Fennelly, el importe efectivo de la prestación es la proporción de la cuantía teórica correspondiente a la proporción del período de seguro o de residencia total del jubilado *efectivamente cubierto* en el Estado miembro en cuestión.[55] Con arreglo a la regla prevista actualmente en el artículo 52, apartado 1, letra b), inciso ii), del Reglamento n.º 883/2004, el importe *real* de la pensión se establece sobre la base del importe teórico en proporción entre la duración de los períodos de seguro cumplidos en el Estado miembro en cuestión y la duración total de los períodos de seguro cumplidos en todos los Estados miembros.

56. La jurisprudencia, en general, maximiza los componentes que deben tenerse en cuenta en el cálculo del importe teórico,[56] y que define como un medio para garantizar que los trabajadores no pierdan ventajas de seguridad social como consecuencia del ejercicio de los derechos de libre circulación. Es jurisprudencia consolidada que «por lo que respecta a la cuantía teórica, de las disposiciones de la letra a) del apartado 2 del artículo 46 [del Reglamento n.º 1408/71] se deduce expresamente que la misma debe calcularse como si la persona asegurada hubiera ejercido toda su actividad profesional exclusivamente en el Estado miembro de que se trata».[57]

57. Sin embargo, la finalidad del artículo 46, apartado 2, letra b), del Reglamento n.º 1408/71 y, por tanto, del artículo 52, apartado 1, letra b), inciso ii), del Reglamento n.º 883/2004 es diferente. El Tribunal de Justicia ha declarado, en cuanto a la finalidad:

«Aunque el cálculo que debe realizarse con arreglo a la letra a) de dicha disposición tiene por objeto garantizar al trabajador la cuantía teórica máxima a la que tendría derecho si todos sus períodos de seguro se hubieran cubierto en el Estado de que se trata, la finalidad del cálculo previsto en la letra b) es diferente. Esta última disposición está destinada únicamente a repartir las cargas respectivas de la prestación entre las instituciones de los Estados miembros interesados en proporción a la duración de los períodos de seguro cumplidos en cada uno de dichos Estados miembros *antes* de producirse el hecho causante.»[58]

[55] Véase el punto 7 de las conclusiones del Abogado General Fennelly presentadas en el asunto Lustig (C-244/97, EU:C:1998:419), en relación con la disposición predecesora del artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 883/2004, es decir, el artículo 46, apartado 2, letra b), del Reglamento n.º 1408/71. El subrayado es mío.

[56] Por ejemplo, sentencias de 26 de junio de 1980, Menzies (793/79, EU:C:1980:172); de 23 de septiembre de 1982, Besem (274/81, EU:C:1982:315); de 18 de febrero de 1992, Di Prinzio (C-5/91, EU:C:1992:76); de 24 de septiembre de 1998, Stinco y Panfilo (C-132/96, EU:C:1998:427); de 21 de febrero de 2013, Salgado González (C-282/11, EU:C:2013:86). Cf. no obstante, sentencia de 21 de julio de 2005, Koschitzki (C-30/04, EU:C:2005:492). Véase, para más detalles sobre las reglas para el cálculo de los importes teóricos y reales de las prestaciones de jubilación, el artículo 43, apartado 1, del Reglamento n.º 987/2009 y la mención que en él se hace a su artículo 12, apartados 3, 4, 5 y 6, disposiciones que no parecen pertinentes para el litigio principal.

[57] Sentencia de 26 de junio de 1980, Menzies (793/79, EU:C:1980:172), apartado 10. Véanse más recientemente, por ejemplo, la sentencia de 3 de octubre de 2002, Barreira Pérez (C-347/00, EU:C:2002:560), apartado 28, y las conclusiones del Abogado General Wathelet presentadas en el asunto Zaniewicz-Dybeck (C-189/16, EU:C:2017:329), punto 51, en referencia a la sentencia de 21 de julio de 2005, Koschitzki (C-30/04, EU:C:2005:492), apartado 28.

[58] Sentencia de 26 de junio de 1980, Menzies (793/79, EU:C:1980:172), apartado 11. Cursiva original.

58. La finalidad del cálculo del prorrateo es preservar el equilibrio de la carga de las prestaciones entre los Estados miembros.[59] Tal y como se señala en una de las principales obras doctrinales en esta materia «lo *contrario* del principio de totalización es el principio de prorrateo. Según este principio, cada institución competente está obligada a pagar solo una parte de la prestación en relación con los períodos pertinentes cumplidos con arreglo a su legislación nacional en materia de seguridad social (véase, a modo de ejemplo, el artículo 52 del Reglamento n.º 883/2004)».[60]

59. Por lo tanto, no pueden aceptarse las alegaciones de la Comisión según las cuales la aplicación de este método penaliza a las personas aseguradas que han ejercido sus derechos a la libre circulación, tal y como reconoce la jurisprudencia. Dichas alegaciones prescinden de esta distinción clave entre los incisos i) y ii) de la letra b) del apartado 1 del artículo 52 del Reglamento n.º 883/2004.

60. Por ejemplo, la Comisión se remite a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Zaniewicz-Dybeck[61] para sustentar su planteamiento, aunque esta sentencia solo es pertinente para el litigio principal en la medida en que aclara que el principio de totalización se aplica al cálculo de la cuantía teórica; sin embargo, el Tribunal de Justicia no lo hace extensivo al importe real.

«En este caso, el artículo 46, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1408/71 prevé que la institución competente calculará la cuantía teórica de la prestación a la que tiene derecho el interesado como si todos los períodos de trabajo cubiertos en los distintos Estados miembros lo hubieran sido en el Estado miembro de la institución competente. La institución competente establecerá, a continuación, conforme al apartado 2, letra b), del mismo artículo, el importe efectivo de la prestación prorrateando la cuantía teórica entre la duración de los períodos de seguro o de residencia cumplidos en el Estado miembro de la institución competente, en relación con la duración total de los períodos de seguro o de residencia cumplidos en los diversos Estados miembros. Se trata del método de cálculo a prorrata.»[62]

61. La Comisión, en sus observaciones escritas, también invoca la sentencia pronunciada en el asunto Barreira Pérez,[63] para la inclusión de los períodos de cotización no contributivos calculados por referencia a los períodos de cotización contributivos de los Países Bajos y de Polonia sumados, a efectos del cálculo tanto del importe teórico previsto en el artículo 52, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento n.º 883/2004 como del importe real previsto en el inciso ii) de la misma disposición. En aquel asunto, la persona asegurada, de nacionalidad española, que había trabajado en España y en Alemania, solicitó una pensión a las autoridades

[59] Ibíd.

[60] Véase Fuchs, M., y Cornelissen, R., *op. cit*. p. 17. El subrayado es mío. Debe señalarse que no consta en los documentos obrantes en autos que la pensión de jubilación controvertida en el litigio principal forme parte de un «sistema de prestaciones definido» en el sentido del artículo 1, apartado 2, del Reglamento (UE) 2017/492 de la Comisión, de 21 de marzo de 2017, que modifica el Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.º 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) n.º 883/2004 (DO 2017, L 76, p. 13); disposición que prevé la renuncia o la no aplicación del cálculo prorrateado de las prestaciones. El anexo VIII había sido modificado previamente con respecto a Polonia 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. 43).

[61] Sentencia de 7 de diciembre de 2017 (C-189/16, EU:C:2017:946).

[62] Ibíd., apartado 42. Véanse también las conclusiones del Abogado General Wathelet presentadas en el asunto Zaniewicz-Dybeck (C-189/16, EU:C:2017:329), puntos 43 y 44. La República Checa invoca también el apartado 42 de la sentencia Zaniewicz-Dybeck en apoyo de su alegación según la cual el artículo 52, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004 exige a la autoridad competente en materia de pensiones tener en cuenta los períodos de seguro completados en otros Estados miembros para determinar tanto el importe teórico como el real de la pensión.

[63] Sentencia de 3 de octubre de 2002 (C-347/00, EU:C:2002:560).

españolas mediante la totalización de los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación alemana y a la española, dado que no tenía derecho a una pensión sobre la base únicamente de esta última.

62. Con arreglo al artículo 46, apartado 2, letra a), del Reglamento n.º 1408/71, la autoridad competente española calculó la cuantía teórica de la prestación añadiendo el número de días de cotización real cumplidos tanto en España como en Alemania y, a continuación, los días de «cotización ficticia» atribuidos al interesado conforme a la legislación española en razón de su edad en virtud de una disposición transitoria de una orden ministerial. [64] En cambio, la cotización ficticia no se tuvo en cuenta en el cálculo de la prestación prorrateada, o importe real, según lo dispuesto en el artículo 46, apartado 2, letra b), del Reglamento n.º 1408/71.

63. El Tribunal de Justicia, tras señalar en el apartado 25 de su sentencia que las cotizaciones ficticias «se añaden a los períodos de seguro real para el cálculo del importe de la pensión», de modo que correspondiesen a «períodos de seguro en el sentido del artículo 1, letra r), del Reglamento n.º 1408/71», [65] examinó si la cotización ficticia debía tenerse en cuenta en el cálculo del importe prorrateado de la pensión.

64. Pese a que el Gobierno español alegó que dar una respuesta afirmativa a esa cuestión podía «suponer un grave desequilibrio económico y transformar el régimen de seguridad social español en un polo de atracción para quienes busquen obtener un notable aumento de su pensión», [66] el Tribunal de Justicia declaró que las cotizaciones ficticias se habían cumplido antes —y no después— de la fecha del hecho causante (la edad de jubilación) conforme al artículo 46, apartado 2, letra b), del Reglamento n.º 1408/71. [67] Por tal motivo, todos los períodos de cotización ficticia debían incluirse en el cálculo del importe real prorrateado de la prestación, [68] además de que una interpretación en sentido contrario perjudicaría al trabajador que hubiera ejercido sus derechos de libre circulación. [69]

65. A este respecto, cabe hacer las siguientes observaciones.

66. En primer lugar, la sentencia Barreira Pérez parece anómala en el sentido de que la distinción entre la totalización, que aparece recogida actualmente en el artículo 52, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento n.º 883/2004, y el prorrateo, previsto en el inciso ii) de esa misma disposición, no fue un elemento esencial de la motivación del Tribunal de Justicia. Como ya se ha explicado, esta distinción se estableció en la jurisprudencia fundacional del Tribunal de Justicia sobre el cálculo de las prestaciones de seguridad social en virtud del Reglamento n.º 1408/71, la norma que antecede al Reglamento n.º 883/2004. [70] En cambio, en la sentencia Barreira Pérez se centró en el hecho de que las cotizaciones correspondientes se completaron antes, y no después, de la fecha del hecho causante. Por consiguiente, la sentencia Barreira Pérez debe interpretarse

[64] Artículo 3, apartado b), de la Orden Ministerial de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez (BOE n.º 22, de 26 de enero de 1967).

[65] Sentencia de 3 de octubre de 2002, Barreira Pérez (C-347/00, EU:C:2002:560), apartado 26. El artículo 1, letra r), del Reglamento n.º 1408/71 es el actual artículo 1, letra t), del Reglamento n.º 883/2004.

[66] Ibíd., apartado 33.

[67] Ibíd., apartado 34.

[68] Ibíd., apartados 38 y 39. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal de Justicia invocó la sentencia de 18 de febrero de 1992, Di Prinzio (C-5/91, EU:C:1992:76), apartado 54. Las únicas sentencias, además de la citada, a las que se refirió el Tribunal de Justicia, al pronunciarse sobre el fondo, fueron la sentencia de 26 de junio de 1980, Menzies (793/79, EU:C:1980:172), y la sentencia mencionada en la nota 69 de las presentes conclusiones.

[69] Ibíd., puntos 40 a 41, en referencia a la sentencia de 15 de octubre de 1991, Faux (C-302/90, EU:C:1991:385).

[70] Puntos 52 a 60 de las presentes conclusiones.

de forma restrictiva y teniendo en cuenta que el Reglamento n.º 883/2004 es una medida de coordinación y no de armonización. Como se señala en las observaciones escritas del organismo de pensiones, en virtud del Derecho de la Unión, en su estado actual, no existe un principio de solidaridad supranacional unificado en materia de seguridad social.

67. En segundo lugar, y quizá lo más importante, el asunto Barreira Pérez se refería a una situación sencilla en la que la legislación española, siendo España el Estado miembro en cuestión en ese asunto, añadía cotizaciones ficticias por referencia a la edad de la persona que solicitaba una pensión española. Por tanto, la orden ministerial que establecía las cotizaciones ficticias estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la expresión «de acuerdo con la legislación que esta aplica» del artículo 46, apartado 2, letra b), del Reglamento n.º 1408/71 [actualmente, «de acuerdo con la legislación que la institución aplique», que recoge el artículo 52, apartado 1, letra b), inciso ii), del Reglamento n.º 883/2004]. El asunto Barreira Pérez no se refería a una persona asegurada que solicitase interpretar la legislación española para incluir los períodos de seguro realizados fuera de España a efectos del cálculo previsto en el artículo 52, apartado 1, letra b), inciso ii).

68. Sin embargo, los períodos de cotización no contributivos controvertidos en el litigio principal no están comprendidos en la expresión «de acuerdo con la legislación que la institución aplique» del artículo 52, apartado 1, letra b), inciso ii), puesto que la legislación polaca permite únicamente los períodos de cotización no contributivos hasta el límite de los períodos de cotización contributivos cumplidos en Polonia. Es importante reiterar que, como expuso el Abogado General Jacobs en las conclusiones presentadas en el asunto Stinco Panfilo,[71] la fase de prorrateo está concebida para distribuir, de manera equitativa, la responsabilidad entre los Estados miembros en función de la duración de las cotizaciones, de modo que el pago refleje el período que la persona asegurada estuvo trabajando en el Estado miembro competente. En efecto, este equilibrio se vería alterado, en los hechos que se plantean en el litigio principal, si la ampliación, un tanto artificial, de los períodos de cotización no contributivos polacos, que era necesaria para el cálculo del importe teórico a fin de compensar las desventajas ocasionadas a la persona asegurada que ejerce derechos de libre circulación en los Países Bajos, se extendiera a la fase de prorrateo y de cálculo del importe real a prorrata en virtud del artículo 52, apartado 1, letra b), inciso ii), del Reglamento n.º 883/2004. Debe recordarse que la mayor parte de los períodos de cotización contributivos se completaron en los Países Bajos (véase el punto 13 de las presentes conclusiones), por lo que, en el litigio principal, tal distorsión sería considerable si se incluyesen en la fase de prorrateo a fin de determinar el importe de los períodos de cotización no contributivos que deben computarse.

69. En tercer lugar, sustituir los períodos de cotización cubiertos en Polonia por los períodos de cotización completados en Polonia y en los Países Bajos al referenciar el límite máximo de los períodos de cotización no contributivos de para el cálculo previsto en el artículo 52, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento n.º 883/2004, pero no respecto al previsto en su artículo 52, apartado 1, letra b), inciso ii), es del todo coherente si se tiene presente que la finalidad de uno y otro precepto son en gran medida divergentes. La expresión «de acuerdo con la legislación que dicha institución aplique» del artículo 52, apartado 1, letra b), inciso i) debe interpretarse a la luz

[71] Véase el punto 54 de las presentes conclusiones.

del objetivo del cálculo del importe teórico; esto es, que las personas aseguradas no deben sufrir una reducción de la cuantía de sus prestaciones de seguridad social por haber hecho uso de su derecho a la libre circulación. [72]

70. Sin embargo, como ya se ha explicado, la finalidad del artículo 52, apartado 1, letra b), inciso ii), del Reglamento n.º 883/2004 es garantizar un reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, basado en la duración de las cotizaciones en cada uno de ellos. Habida cuenta de tal objetivo, la expresión «de acuerdo con la legislación que la institución aplique» exige una interpretación literal. En otras palabras, la expresión «de acuerdo con la legislación que la institución aplique» tiene un contexto diferente en una y otra disposición. [73] La interpretación literal de la expresión excluye los períodos de cotización del Estado miembro de acogida del cálculo que establece el artículo 52, apartado 1, letra b), inciso ii), del Reglamento n.º 883/2004 en lo que respecta al límite del tercio de los períodos de cotización no contributivos que establece la legislación polaca, si se tiene en cuenta su contexto y su finalidad.

71. No puede aceptarse la alegación del Gobierno checo en el sentido de que el Derecho de la Unión se opone a que se tenga en cuenta una duración diferente de los períodos de seguro para el cálculo del importe teórico de una pensión con respecto al importe real. Disiento asimismo del argumento de la Comisión en el sentido de que la ficción jurídica que se refleja en el cálculo del importe teórico existe igualmente en el cálculo a prorrata del número total de períodos de seguro pertinentes en todos los Estados miembros de que se trate. Al contrario de lo que sostiene la Comisión, la sentencia Menzies [74] no se limita a las circunstancias específicas de aquel asunto. [75]

72. Por último, y en aras de la exhaustividad, aun cuando el cálculo que se indica en las presentes conclusiones restringiese los derechos de libre circulación de la persona asegurada que consagra el artículo 45 TFUE, [76] estaría justificado en virtud del principio de solidaridad social, que implica el objetivo de conexión con la sociedad polaca, y no parecería ir más allá de lo necesario para lograr ese fin, como alega el organismo de pensiones en sus observaciones escritas. [77]

73. Así pues, el cálculo indicado en los puntos 15 y 16 de las presentes conclusiones y que llevó a cabo el organismo de pensiones no refleja los requisitos de los incisos i) y ii) del artículo 52, apartado 1, letra b), del Reglamento n.º 883/2004 en cuanto a lo siguiente.

[72] Punto 34 de las presentes conclusiones. Como ha reiterado recientemente el Tribunal de Justicia en su sentencia de 28 de junio de 2018, Crespo Rey (C-2/17, EU:C:2018:511), apartados 70 a 72, debe inaplicarse la legislación de los Estados miembros cuando no pueda interpretarse de conformidad con el Reglamento n.º 883/2004.

[73] Véanse mis conclusiones presentadas en el asunto Pinckernelle (C-535/15, EU:C:2016:996), punto 40.

[74] Sentencia de 26 de junio de 1980, Menzies (793/79, EU:C:1980:172).

[75] Véanse, por ejemplo, las sentencias de 18 de febrero de 1992, Di Prinzio (C-5/91, EU:C:1992:76); de 24 de septiembre de 1998, Stinco y Panfilo (C-132/96, EU:C:1998:427); de 17 de diciembre de 1998, Lustig (C-244/97, EU:C:1998:619); de 19 de julio de 2012, Reichel-Albert (C-522/10, EU:C:2012:475); de 21 de febrero de 2013, Dumont de Chassart (C-619/11, EU:C:2013:92); de 21 de febrero de 2013, Salgado González (C-282/11, EU:C:2013:86). Cf. sentencia de 21 de julio de 2005, Koschitzki (C-30/04, EU:C:2005:492).

[76] Véase, en este sentido, la sentencia de 7 de marzo de 2013, van den Booren (C-127/11, EU:C:2013:140), apartados 38 a 46. El cumplimiento de las disposiciones del Derecho derivado de la Unión, como los Reglamentos n.º 1408/71 y n.º 883/2004, no excluye la existencia de obstáculos a la libre circulación, a lo que se opone el artículo 45 TFUE. Véase, en relación con el artículo 21 TFUE, la sentencia de 19 de julio de 2012, Reichel-Albert (C-522/10, EU:C:2012:475), apartado 38: «procede recordar que si bien los Estados miembros conservan su competencia para organizar sus sistemas de seguridad social, deben no obstante respetar el Derecho de la Unión al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de los ciudadanos garantizada por el artículo 21 TFUE [véanse, en este sentido, [las sentencias de 23 de noviembre de 2000, Elsen (C-135/99, EU:C:2000:647), apartado 33, y de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon (C-212/06, EU:C:2008:178), apartado 43]].»

[77] Sentencia de 26 de octubre de 2006, Tas-Hagen y Tas (C-192/05, EU:C:2006:676), apartados 34 y 35. Véanse, más recientemente, las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Staatssecretaris van Economische Zaken y Staatssecretaris van Financiën (C-133/13, EU:C:2014:2255), punto 38.

74. El importe teórico no debe calcularse por referencia a los períodos de cotización contributivos nacionales (104) + los períodos de cotización no contributivos nacionales (34) + los períodos de cotización contributivos extranjeros (269), sino por referencia al cálculo que maximiza el importe teórico (de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia), a saber, los períodos de cotización contributivos nacionales (104) + los períodos de cotización contributivos extranjeros (269) + los períodos de cotización no contributivos nacionales (124, que representa un tercio de ambas cifras sumadas). Esta formulación asciende a 497 meses de cotizaciones nacionales y es, en efecto, la que se recoge en la opción b) del órgano jurisdiccional remitente.

75. No obstante, el organismo de pensiones calculó correctamente el importe real (véase el punto 16 de las presentes conclusiones). El importe real de la prestación se calculó a prorrata de 138 meses de períodos de seguro polacos (104 meses de períodos de cotización contributivos polacos más 34 meses de períodos de cotización no contributivos limitados a un tercio de los períodos de cotización contributivos nacionales sobre un total de 407 meses de seguro en Polonia y los Países Bajos).

IV. Conclusión

76. En consecuencia, propongo la siguiente respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia):

«El artículo 52, apartado 1, letra b), 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, debe interpretarse en el sentido de que, en las circunstancias del litigio principal, la institución competente debe tomar en consideración, al calcular el importe de la prestación, los períodos de cotización no contributivos no superiores al tercio de la suma de los períodos de cotización contributivos cubiertos con arreglo al Derecho nacional y a la legislación de otros Estados miembros únicamente para determinar el importe teórico con arreglo al artículo 52, apartado 1, letra b), inciso i), del Reglamento n.º 883/2004, y no el importe real de la prestación previsto en el artículo 52, apartado 1, letra b), inciso ii), del Reglamento n.º 883/2004.»