

BASE DE DATOS NORMACEF SOCIO-LABORAL**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia de 11 de febrero de 2015

Sala de lo Social

Rec. n.º 1780/2014

SUMARIO:

Pensión de jubilación. Ciudadano polaco que ha desarrollado actividades laborales en el sector de la minería, tanto en su país como en España. Determinación de la prorrata temporis que ha de abonar la Seguridad Social Española. Traslación de la Jurisprudencia sobre tema similar en el Régimen especial del Mar. Recurso de casación para la unificación de doctrina. En el cálculo de la pensión se han de incluir no solo los días realmente cotizados sino también las cotizaciones ficticias por razón de edad en virtud de la aplicación de los coeficientes reductores propios de la actividad minera, llevada a cabo tanto en Polonia como en España. De igual forma, la institución competente española ha de totalizar únicamente los períodos de cotización foráneos necesarios hasta alcanzar la duración máxima exigida por la LGSS para obtener una prestación completa, esto es, los precisos para alcanzar los 35 años que dan derecho a una pensión del 100 %. De esta forma, los efectos beneficiosos de este límite a la totalización se manifiestan al determinar la prorrata temporis, pues al reducir el denominador de la fracción y mantenerse constante el numerador, el porcentaje de prorrata que le corresponde al trabajador migrante es superior, sin perjudicarle por haber trabajado más años en el extranjero.

PRECEPTOS:

Reglamento (CEE) núm. 1408/71 (Seguridad Social), arts. 45.2, 46 y 47.

Reglamento (CE) núm. 883/2004 (Coordinación de los sistemas de Seguridad Social), art. 5 b).

PONENTE:

Don Antonio Vicente Sempere Navarro.

Magistrados:

Don ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO

Don JORDI AGUSTI JULIA

Doña MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN

Doña MARIA LUISA SEGOVIANO ASTABURUAGA

Doña ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Febrero de dos mil quince.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado y defendido por la Letrada Sra. Leva Esteban, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, de 21 de marzo de 2014, en el recurso de suplicación n.º 374/2014, interpuesto frente a la sentencia dictada el 23 de octubre de 2013 por el Juzgado de lo Social n.º 5 de Oviedo, en los autos n.º 128/2013, seguidos a instancia de D. Arturo contra dicho demandado y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre pensión de jubilación.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

Con fecha 23 de octubre de 2013, el Juzgado de lo Social núm. 5 de Oviedo, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Que, estimando parcialmente la demanda formulada por la representación legal de D. Arturo frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro el derecho del actor a percibir pensión de jubilación inicial por importe mensual de 1.193,44 euros, en aplicación del 68,41% como porcentaje de pensión con cargo a España prorratea temporis condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y a la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a su abono así como también a las diferencias debidas desde el reconocimiento de la prestación, revocando parcialmente la resolución de la Dirección Provincial del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de fecha 22 de octubre de 2012".

Los hechos probados a tener en cuenta para resolución del presente recurso son los formulados como tales por la sentencia del Juzgado, que se reproducen acto seguido:

1.º- D. Arturo, nació el día NUM000 de 1959, con NIE NUM001 con número de afiliación NUM002 .

2.º- Por resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 22 de octubre de 2012 se reconoce al actor una pensión de jubilación equivalente al 100% de una base reguladora de 1.744,54 euros mensuales, sobre un porcentaje a cargo de España del 49,17 euros con fecha de efectos del 1 de mayo de 2012, reconociéndole una pensión mensual del 857,79 euros mensuales. Sobre unos días de cotización en España de 6.162, y los días cotizados en otros países son de 6.368.

3.º- Frente a esta resolución se interpuso reclamación previa que fue desestimada por resolución de la Dirección Provincial del INSS en fecha 31 de enero de 2013. Frente a esta resolución se interpuso la presente demanda en fecha 14 de febrero de 2013.

4.º- Los trabajos justificados son los siguientes:

Empresa Categoría Fecha Alta Fecha Baja Días Cohef. Bonific.
MINAS POLONIA INTERIOR 5484 0,50 2.742
MINAL POLONIA EXTERIOR 164 0,50 8
R. GRAL-KOPEX MECÁNICO ARRANQUE 20-7-1994 31-10-1994 104 0,40 42
R. GRAL-REMAG MECÁNICO ARRANQUE 1-11-1994 30-6-2003 2852 0,40 1.141
DESEMPLEO CONT. 1-7-2003 30-9-2003 92 0 0
R. GRAL-REMAG MECÁNICO ARRANQUE 1-10-2003 29-2-2004 152 0,40 61
CARBON-REMAG OFICIAL MEC. 2 INT ARRANQUE 1-3-2004 30-4-2004 61 0,40 24
TERUEL-REMAG ELECTROD. Y OF. MEC. 2 ARRANQUE 3-5-2004 31-7-2004 90 0,40 36
CARBON-REMAG OFICIAL MEC. 2 INT. ARRANQUE 1-8-2004 30-4-2006 638 0,40 255
DESEMPLEO CONTRIB 1-5-2006 20-11-2006 173 0 0
R. GRAL-INFRAEBRO 21-11-2006 17-1-2007 58 0 0
DESEMPLEO CONTRIB. 18-1-2007 11-3-2007 53 0 0
R. GRAL-ACC INFRAES 12-3-2007 2-6-2009 814 0 0
VACACIONES RETRIB. 3-6-2009 8-6-2009 6 0 0
DESEMPLEO CONTRIB. 9-6-2009 21-10-2009 135 0 0
CARBON-REMAG OFICIAL MEC. 2 INT. ARRANQUE 22-10-2009 31-3-2011 526 0,40 210
MINADORES, GALER. OFICIAL MECÁNICO 2, ARRANQUE 1-4-2011 30-4-2012 396 0,40 158
VACACIONES RETR. 1-5-2012 10-5-2012 10 0 0

5.º- MINADORES, GALERÍAS Y TÚNELES, S.L. y REMAG, S.A., certifica que el actor en los periodos especificados trabaja a tiempo completo en frente de arranque perforando las galerías en minas de carbón desempeñando labores directas de arranque como especialista-minero, realizado labores mineras de fortificación de frentes, barrenando, y en menor medida colaborando en trabajos de avance de los sistemas de electricidad, agua y aire en los frentes, así como mecánico desempeñando labores de mantenimiento y reparaciones de minador AM50".

Segundo.

Interpuestos recursos de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, dictó sentencia con fecha 21 de marzo de 2014, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debemos desestimar el recurso de suplicación formulado por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y estimar el articulado por Arturo frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 5 de Oviedo en los autos seguidos a instancia de Arturo contra dicha recurrente, sobre pensión de jubilación, la que se revoca, declarando el derecho de dicho interesado a percibir pensión de jubilación en cuantía de 1.343,29 euros mensuales, equivalente al 77% de una base reguladora de 1.744,54 euros. Se

condena a la Entidad Gestora a estar y pasar por esta declaración y a abonar la referida pensión en la cuantía inicial indicada, con efectos económicos al 1 de mayo de 2012, sin perjuicio de las revalorizaciones, mejoras reglamentarias y de las procedentes compensaciones, de legal aplicación".

Tercero.

Contra la sentencia dictada en suplicación, la Letrada Sra. Leva Esteban en representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, mediante escrito de 14 de mayo de 2014, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, de 4 de marzo de 2011. SEGUNDO- Se alega la infracción del art. 163 de la LGSS, del art. 21 de la Orden de 3 de abril de 1973, que desarrolla el Decreto 8/2/1973, sobre Régimen Especial de Seguridad Social para la Minería del Carbón y el art. 2.4 del R.D. 2366/1984, de 26 de diciembre sobre la edad de jubilación de determinados grupos profesionales incluidos en el ámbito del Estatuto del Minero.

Cuarto.

Por providencia de esta Sala de 30 de octubre de 2014 se admitió a trámite el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, y por diligencia de ordenación se dio traslado del mismo a la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Quinto.

No habiéndose personado las partes recurridas, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso.

Sexto.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 5 de febrero actual, en cuya fecha tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Términos del debate casacional.

A) La cuestión debatida.

Un ciudadano polaco que ha desarrollado actividades laborales en el sector de la minería, tanto en su país como en España, interesa que se le abone pensión de jubilación. Como queda reflejado en los antecedentes de hecho, discrepa con el INSS respecto del importe de aquélla, siendo pacífico el monto de su base reguladora (1740,54 euros). Las posiciones mantenidas a lo largo del procedimiento administrativo y judicial se resumen en los siguientes hitos:

a) Por Resolución de 22/10/12, el INSS reconoció al actor -Don Arturo, nacido en NUM000 /59- prestación de Jubilación al amparo de los Reglamentos Comunitarios, con derecho al 100 por 100 de una base reguladora de 1.744, 54. Pensión de la que el 49,17% [857, 79 euros/mes] sería a cargo de la Seguridad Social española, conforme a cálculo que la EG efectúa sin computar -en lo que a la prorrata se refiere- las cotizaciones ficticias por razón de edad que al trabajador le correspondían por aplicación de los coeficientes reductores propios de la actividad minera, llevada a cabo tanto en Polonia como en España.

b) El beneficiario presenta demanda solicitando: Con carácter principal, el reconocimiento de su derecho a percibir la pensión exclusivamente a cargo de la Seguridad Social de España, por importe de 1.343,29 euros, que es el resultado de aplicar a la misma base reguladora de 1.744,54, el 77% de la pensión que le correspondería en este reconocimiento por las exclusivas cuotas españolas. Subsidiariamente, que se declare su derecho a pensión prorrateada entre España y Polonia, pero con el 68,47% a cargo de España, esto es, de 1.194,48 euros iniciales, por computar -en la prorrata- las cuotas ficticias atribuibles a la bonificación por trabajos en el sector de la minería.

c) Por sentencia de 23/10/13, el Juzgado acogió parcialmente la demanda, y atendiendo a la petición subsidiaria fijó a cargo de España el 68,41% de la pensión [1.193,44 euros/mes], por considerar que en el cálculo de la «prorrata temporis» debían computarse los días de bonificación que correspondían a los trabajos realizados en la actividad minera tanto en España como en Polonia, siguiendo así doctrina jurisprudencial que data de la STS

17/07/07, rec. 3650/05 - y que posteriormente fue muy reiterada [SSTS 23/10/07, rec. 5224/05 ; 06/11/07, rec. 4004/05 ; 11/12/07, rec. 3010/05 ; 03/06/08, rec. 687/07 ; 26/06/08, rec. 683/06 ; 14/05/08, rec. 2514/06 ; 18/07/08, rec. 1192/07 ; 30/09/08, rec. 1044/07 ; 05/11/08, rec. 3902/07 ; 16/09/11, rec. 58/11 ; y 29/02/12, rec. 1510/11], y que realmente había sido aplicada a beneficiarios del RETM, pero que también parece extensible a otros sectores productivos, entre ellos el que ahora tratamos -la minería-, máxime cuando a este último se referían expresamente las SSTJ CE "Di Prinzio", de 18 de Febrero de 1992, "Di Crescenzo y Casagrande", de 11 de Junio de 1992 y "Fabrizii y otros", de 15 de Diciembre de 1993, que precisamente sirvieron de base a la doctrina unificada.

B) La sentencia recurrida.

La sentencia recurrida, del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 21/03/2014 (rec. 374/2014), revoca la de instancia reconociendo al actor el derecho a lucrar pensión de jubilación de 1.343,29 euros, equivalente al 77% de la base reguladora.

En efecto, formulado recurso de suplicación por ambas partes, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 21/03/14, rec. 374/14, rechazó el interpuesto por el INSS y admitió el articulado por la representación del beneficiario, reconociendo la pensión exclusivamente con las cotizaciones españolas, pero -a efectos de alcanzar la edad mínima para jubilarse- computando también las bonificaciones de edad correspondientes a los trabajos llevados a cabo tanto en las minas españolas como en las polacas. Para ello se basa en el art. 45.2 del Reglamento CEE 1408/1971 [relativo al cómputo recíproco de cotizaciones entre los Estados miembros de la UE] y en el art. 5.b) del Reglamento CEE 883/2004, referido a la eficacia jurídica en un Estado de «hechos o acontecimientos» que «hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio».

C) La sentencia de contraste.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 04/03/11, rec. 2487/10 aborda supuesto de completa identidad con el de autos. Un trabajador con nacionalidad polaca y sucesiva prestación de servicios en el sector de la minería tanto en España como en Polonia, rechaza que en el reconocimiento de la pensión a exclusivo cargo de España puedan tenerse en cuenta -para alcanzar el mínimo de edad- las bonificaciones correspondientes al trabajo llevado a cabo en Polonia.

El argumento que al efecto utiliza -y que entiende aplicable tanto al Reglamento 1408/1971 como al Reglamento 883/2004- es que «el reconocimiento de la pensión de jubilación nacional autónoma está supeditado antes y ahora a que las condiciones para el derecho se cumplan con arreglo sólo a la legislación nacional. La normativa interna española, comenzando por la que determina la extensión del campo de aplicación del sistema de Seguridad Social (art. 7 de la LGSS), no establece o permite bonificaciones por edad por los trabajos mineros no realizados en España, sino en Polonia y por un nacional polaco, que por tanto no reportaron cotizaciones a la Seguridad Social española... La pretensión del demandante supone en realidad dar entrada al Derecho Comunitario, en concreto al indicado principio de asimilación de ... hechos o acontecimientos, para conseguir una prestación -la pensión de jubilación nacional- que sólo puede obtenerse dejando fuera las normas comunitarias y con sólo el derecho nacional interno. La aplicación exclusiva del derecho español no permite el reconocimiento de la pensión de jubilación reclamada en la demanda, ya que atendiendo a los periodos de trabajo en España, con las bonificaciones para reducir la edad de jubilación acordes a ellos», en la fecha de solicitud de Jubilación «el actor estaba lejos de cumplir la edad ficticia de 65 años...».

D) La contradicción y el recurso.

Tal y como pone de relieve el Informe del Ministerio Fiscal, la contradicción es palmaria, por lo que procede admitir el recurso interpuesto por el INSS, denunciando interpretación errónea de los arts. 163 LGSS, 21 Orden de 3 de Abril de 1973 y 2.4 RD 2366/1984, de 26 de Diciembre .

Entre los supuestos a contrastar media la exigida discordancia en su parte dispositiva, pese a tratarse de sentencias que resuelven supuestos con identidad de presupuestos de hecho, pretensiones y fundamentos, tal como requiere el art. 219 LRJS (entre las últimas, SSTS 23/06/14, rec. 1360/13 ; 24/06/14, rec. 1200/13 ; y 16/07/14, rec. 2205/13).

Nótese que la única diferencia apreciable entre los hechos de las opuestas sentencias que se comparan es que -con absoluta intrascendencia- en la decisión de contraste sería invocable -por razones estrictamente temporales- el Reglamento Comunitario 1408/1971, mientras que en la recurrida lo sería ya el Reglamento 883/2004, diferencia que no solamente es irrelevante a los efectos de que tratamos, en tanto que no proporciona apoyo alguno a la cuestión suscitada, como razona con acierto la decisión de contraste, sino que en todo caso esa aplicación de la normativa comunitaria sería precisamente la que excluiría la pretensión de que la pensión fuese

reconocida a cargo exclusivo de la Seguridad Social española y obligaría a su reconocimiento ex Reglamento UE, determinando así el rechazo que hizo la decisión referencial.

Segundo. Jurisprudencia aplicable al caso.

Aunque no aparece mencionado en el recurso de casación interpuesto por la Administración de la Seguridad Social, es evidente que el supuesto planteado guarda total similitud con el que esta Sala ha resuelto al hilo de los periodos de embarque en buques de bandera no española (pero sí comunitaria) cuando se trata de calcular el importe de la pensión de jubilación en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar. No solo hemos de mantener la doctrina sentada en esos casos, sino que la jurisprudencia comunitaria que sirvió para sentarla estaba construida sobre la base de asuntos en que se trataba de trabajos de minería.

La doctrina está formulada en SSTs de 17 de julio de 2007 (rec. 3650/2005, Pleno); 23 de octubre de 2007 (rec. 5224/2005); 6 de noviembre de 2007 (rec. 4239/2005); 11 de diciembre de 2007 (rec. 3010/2005); 14 de mayo de 2008 (rec. 2514/2006); 3, 26 de junio de 2008 (rec. 687/2007 y 683/2006); 18 de julio de 2008 (rec. 1192/2007); 30 de septiembre de 2008 (rec. 1044/2007); 29 de abril de 2009 (rec. 4519/2007) y 29 de febrero de 2012 (rec. 1510/2011). En palabras de la penúltima de ellas, se trata de lo siguiente:

"Sobre esta cuestión se ha pronunciado el Pleno de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 17 de julio de 2007 (rec. 3650/2005), en la que se ha procedido por este Tribunal a revisar la línea jurisprudencial seguida hasta ahora en cuanto a la bonificación de cotizaciones por embarque a los efectos de determinar la prorrata temporis que ha de abonar la Seguridad Social Española. En esta sentencia, tras recordar dicha línea jurisprudencial -en la cual se venía a decir que esa especial bonificación de cotizaciones por razón de la actividad desarrollada en este régimen del mar, a diferencia de las tradicionales por edad o históricas, tiene naturaleza jurídica muy distinta pues éstas últimas son realmente "cotizaciones completamente ficticias, que no obedecen a ninguna presunción de realidad como las anteriores, y ni siquiera son anteriores al hecho causante, pues se abonan exclusivamente para el reconocimiento de la prestación y para el cálculo del porcentaje de pensión a percibir" (sentencias de 9 de octubre de 2.001 (recurso 3629/2000), 21 de octubre de 2.002 (recurso 276/2002), 25 de junio de 2.003 (recurso 3838/02) y 22 de diciembre de 2004 (recurso 6079/2003), entre otras muchas)-, razona así :

<<Sin embargo, esa línea de doctrina de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha sometido nuevamente a discusión en reunión Plenaria, a la vista de lo que ya pudiera considerarse como doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) en esta materia, en la que se interpreta específicamente el artículo 46 b) del Reglamento 1408/71 en relación con el artículo 1. r) del mismo Reglamento, sobre la manera que han de tenerse en cuenta para el cálculo de la prorrata las denominadas cotizaciones ficticias y en la que se afirma con carácter general la necesidad de que tales cotizaciones hayan de tenerse en cuenta a tales efectos y en todo caso, no sólo para el cálculo del importe de la pensión, siempre que sean anteriores al hecho causante.

Así se dice con claridad en la sentencia TJCE de 3 de octubre de 2.002, n.º C-347/2000, dictada en el "caso Barreira". Para llevar a cabo ese análisis, la referida sentencia parte del artículo 1 letra r), del Reglamento n.º 1408/71, en el que se incluye la siguiente definición: "la expresión periodos de seguro designa los periodos de cotización, empleo o de actividad por cuenta propia, tales como se definen o admiten como periodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideran como cubiertos, así como todos los periodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los periodos de seguro".

Por otra parte, el artículo 46 del mismo Reglamento establece las normas relativas a la liquidación de las pensiones. Para el caso de que en un Estado miembro el derecho a las prestaciones sólo se genere mediante la totalización de los periodos de seguro o de residencia cumplidos en dos o más Estados miembros, el apartado 2 de dicho precepto prevé:

"a) la institución competente calculará la cuantía teórica de la prestación que el interesado podría obtener en el supuesto de que todos los periodos de seguro y/o de residencia cumplidos de acuerdo con las diversas legislaciones de los Estados miembros a que haya estado sometido el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia hubieran sido cumplidos en el Estado miembro en que radique la institución de que se trate y de acuerdo con la legislación que ésta aplique en la fecha en que se liquide la prestación. Cuando, con arreglo a dicha legislación, la cuantía de la prestación sea independiente de la duración de los periodos 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 periodos de seguro o de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con la legislación que ésta aplica, en relación con la duración

total de los períodos de seguro y de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados".

En la sentencia "Barreira" se interpretan tales preceptos para resolver la cuestión prejudicial planteada por un Juzgado de Orense sobre la incidencia, en general, de las cotizaciones ficticias de la normativa de Seguridad Social Española en el cálculo de la prorrata y el Tribunal de Justicia afirma, empezando por la argumentación de cierre o final, que "si no se tuvieran en cuenta los períodos de bonificación controvertidos en el litigio principal a la hora de calcular el importe efectivo se perjudicaría al trabajador que, al igual que el Sr. Gonzalo, ha ejercido su derecho a la libre circulación y que, para la liquidación de sus derechos a pensión, ha de ver totalizados períodos de seguro cumplidos en dos o más Estados miembros. En efecto, el interesado quedaría así privado de la bonificación que se le reconocería de haber efectuado toda su carrera al amparo de la legislación del Estado miembro competente" (punto 40 de la sentencia). Este argumento se vincula, como ha señalado la doctrina científica, con la razón de ser de la compleja normativa de coordinación comunitaria de Seguridad Social que es el Reglamento 1408/71, que es la de suprimir los obstáculos que en este ámbito pudieran encontrar los trabajadores que ejercitaron su derecho a la libre circulación.

Además, la referida sentencia argumenta que para la aplicación del artículo 46, apartado 2, del Reglamento n. 1408/71, es necesario remitirse a la definición del concepto de período de seguro contenida en el artículo 1, letra r), del mismo Reglamento, de manera que si los ficticios se han tenido en cuenta para el cálculo de la pensión, es evidente que tienen naturaleza de "períodos de seguro".

Así, en el apartado 38 de la sentencia se dice que "En consecuencia, procede considerar que, en un caso como el del asunto principal, en que los períodos de bonificación reconocidos por la legislación nacional aplicable son anteriores al hecho causante, estos períodos deben incluirse no sólo en el cálculo de la cuantía teórica, conforme al artículo 46, apartado 2, letra a), del Reglamento n. 1408/71, sino también en el cálculo del importe efectivo de la prestación, como indica expresamente, por otra parte, la expresión 'períodos de seguro (...) cumplidos antes de la fecha del hecho causante' que aparece en el artículo 46, apartado 2, letra b), del mismo Reglamento (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de febrero de 1992, Di Prinzio, C-5/91, Rec. p. I-897, apartado 54)".

La referencia que se contiene en este punto del asunto o caso Di Prinzio es relevante en este caso, pues complementa el sentido de lo que se consideran por el TJCE "cotizaciones ficticias". Se trataba en ella de una pensión jubilación (solicitada por la viuda) en la que la cuestión se refería a la determinación de la naturaleza de las bonificaciones que la legislación belga disponía para el trabajador que hubiese estado ocupado habitualmente y con carácter principal como minero durante 20 años por lo menos. En ese caso podía conseguir una pensión de jubilación de 1/30 por año civil de ocupación como minero y tenía derecho a una pensión completa (30/30) si había trabajado como minero durante 30 años. Si no reunía 30 años de trabajo en calidad de tal, pero sí 25 por lo menos, disfrutaría de un número de años complementarios ficticios igual a la diferencia entre 30 y el número de años de actividad efectiva.

Pues bien, esas cotizaciones evidentemente ficticias, muy similares a las de nuestro régimen del mar, tienen para el TJCE la condición de computables para el cálculo de la cuantía teórica de la prestación, y se dice al respecto en el apartado 54 de la sentencia que "en un caso como el del asunto principal, en que los períodos ficticios reconocidos por la legislación nacional aplicable son anteriores al hecho causante, estos períodos deben incluirse en el cálculo de la cuantía efectiva de la prestación, como se dice expresamente, por otra parte, en las palabras 'períodos de seguro cubiertos antes de producirse el hecho causante' que aparecen en la letra b) del apartado 2 del artículo 46 del Reglamento núm. 1408/71".

Y se añade en el punto 56 que "Por consiguiente, la cuantía efectiva a prorrata debe calcularse teniendo en cuenta todos los períodos ficticios anteriores a la producción del hecho causante, añadidos a los años de ocupación efectiva o asimilada por la legislación que aplique la institución competente".

Con base en esos puntos de la sentencia "Di Prinzio", se dictan después las sentencias de 11 de junio de 1.992 -asunto "Di Crescenzo y Casagrande" - y la de 15 de diciembre de 1.993, asunto "Fabrizii y otros", en cuyo punto 29 en el caso de la primera y 36 en el de la segunda se afirma que "... la cuantía efectiva prorrateada de la pensión debe calcularse teniendo en cuenta todos los períodos ficticios anteriores a la producción del hecho causante, añadidos a los años de ocupación efectiva o asimilada por la legislación del Estado miembro de la institución competente (véase la sentencia Di Prinzio, antes citada, apartados 54 a 56)".

En suma, de la jurisprudencia comunitaria a la que se acaba de hacer referencia, aunque nunca abordó específicamente la cuestión tan concreta de la normativa de Seguridad Social Española que hoy analizamos en este punto del recurso, podría desprenderse que las cotizaciones ficticias en nuestro Régimen Especial del Mar a que nos venimos refiriendo son realmente computables para el cálculo de la prorrata temporis como períodos de seguro.

No obstante, como surgieran inicialmente algunas dudas sobre la aplicabilidad de la sentencia "Barreira" al concreto supuesto analizado y también sobre la imputación en el tiempo de esos períodos ficticios y la consiguiente dificultad de situarlas en un momento determinado y, por ello, de afirmar que fuesen anteriores al hecho causante, esta Sala valoró la procedencia de plantear ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades

Europeas una cuestión prejudicial en relación la naturaleza de esos coeficientes, tal y como se expresó en nuestra providencia de 14 de marzo pasado, en la que se delimitaba el contenido de la eventual cuestión prejudicial de la forma siguiente: 1) Si los coeficientes reductores de la edad de jubilación establecidos en la actualidad en el Real Decreto 2390/2004, de 30 de diciembre a favor de determinados Trabajadores del Mar, (al igual que los antes recogidos en las Ordenes Ministeriales de 22 de noviembre de 1974 y 17 de noviembre de 1983, dictada en desarrollo del Decreto 2309/1970, de 23 de julio), cuyos periodos se dispone que se computarán como cotizados "al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión", -y no para determinar el periodo de carencia ni la base reguladora de la prestación-, deben calificarse como "periodos de seguro" o equivalentes a los efectos previstos en el art. 1ª r) del Reglamento (CEE) n.º 1408/71" y 2) "Si dichos coeficientes reductores, tomados en consideración para el cálculo de la base teórica de una pensión de jubilación por la Institución competente en España, deben considerarse o no 'periodos de seguro y de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante' a los efectos de efectuar el cálculo de la prorrata en una pensión de jubilación reconocida a partir de las previsiones contenidas en el art. 46.2 del indicado Reglamento, o sea, totalizando los cumplidos en España y en otro país de la Unión Europea".

Una vez que las partes contestaron lo que tuvieron por conveniente sobre la conveniencia de plantear la referida cuestión, esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo reunida en Pleno ha llegado a la conclusión de que no procede llevarla a cabo, pues aun cuando la problemática aquí planteada, como se ha dicho, no es la misma que se realizó en la sentencia "Barreira" ni en las anteriormente citadas por tratarse del cómputo de cotizaciones realmente "ficticias" se trata de cotizaciones que se toman en consideración para el cálculo de la pensión de los trabajadores del mar que no han emigrado, y, siendo ello así, de acuerdo con las previsiones de igualdad de trato que se contienen dentro del principio de libre circulación que viene recogido como uno de los que rigen en derecho comunitario y en concreto para el cálculo de las prestaciones conforme a lo previsto en el artículo 40 a) del Tratado CE vigente, la duda acerca de si aquellas cotizaciones ficticias deben calificarse o no como periodo asimilado a seguro los efectos previstos en los artículos 1 r) y 46.2 del Reglamento (CEE) 1408/81, considera la Sala que debe resolverla en favor de una interpretación favorable a tal consideración, aunque desde la mera literalidad de los términos en que se hallan regulados en el derecho interno pudiera merecer la distinta consideración que hasta hora se le ha dado; todo ello en aplicación del principio de "primacía" que, conforme a reiterada doctrina del Tribunal de Justicia Comunitario preside la relación entre el ordenamiento europeo y los nacionales, y sin necesidad de plantear la cuestión prejudicial anunciada>>.

2- Igualmente ha de recordarse (Fundamento de derecho cuarto de la repetida sentencia de 2008) que a efecto del cálculo de la prorrata han de tenerse en cuenta, únicamente, el número máximo de días de cotización precisos para acceder a la prestación en España, esto es, 35 años. En este sentido se afirma que:

<<El Reglamento (CEE) n° 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, contiene un precepto, el artículo 46.2, que había sido aplicado reiteradamente por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo para resolver este problema de distribución de la prorrata entre los países en los que había cotizado el pensionista. En tal precepto se contiene la norma básica o general de distribución de porcentajes a prorratear entre los estados afectados, en la que se dice que "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 periodos de seguro y/o de residencia cumplidos de acuerdo con las diversas legislaciones de los Estados miembros a que haya estado sometido el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia hubieran sido cumplidos en el Estado miembro en que radique la institución de que se trate y de acuerdo con la legislación que ésta aplique en la fecha en que se liquide la prestación. Cuando, con arreglo a dicha legislación, la cuantía de la prestación sea independiente de la duración de los periodos 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 periodos de seguro o de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con la legislación que ésta aplica, en relación con la duración total de los periodos de seguro y de residencia cumplidos antes de la fecha del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados."

Pero esa regla general de distribución fue matizada o ampliada por la entrada en vigor del Reglamento (CEE) núm. 1248/92 del Consejo, de 30 de abril de 1992, por el que se modifica el Reglamento (CEE) núm. 1408/71 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 desplacen dentro de la Comunidad, y el Reglamento (CEE) núm. 574/72 por el que se fijan las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71.

El nuevo artículo 47 del Reglamento, vigente desde entonces, contiene las "Disposiciones complementarias para el cálculo de las prestaciones", como norma específica para los supuestos que ahora se verá y así, se dice en el precepto que

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

a) si la duración total de los períodos de seguro y de residencia cumplidos antes del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados es superior a la duración máxima exigida por la legislación de uno de esos Estados para obtener una prestación completa, la institución competente de este Estado tomará en consideración dicha duración máxima en vez de la duración total de dichos períodos. Este método de cálculo no podrá tener como efecto imponer a dicha institución la carga de una prestación de una cuantía superior a la de la prestación completa establecida en su legislación. Esta disposición no será válida para las prestaciones cuya cuantía no está en función de la duración de los períodos de seguro".

Es manifiesto que la interpretación del precepto ha de conducir, dada su claridad, al acogimiento de la pretensión del recurrente, en cuanto que no cabe aplicar a este caso el principio general de distribución ordinaria, sino que deberá serlo el específico, de manera que en aplicación de la misma, tal y como viene sosteniéndose por la doctrina científica, la institución competente española ha de totalizar únicamente los períodos de cotización foráneos necesarios hasta alcanzar la duración máxima exigida por la LGSS para obtener una prestación completa, esto es, los precisos para alcanzar los 35 años que dan derecho a una pensión completa o del 100%. De esta forma, los efectos beneficiosos de este límite a la totalización se manifiestan al determinar la prorrata temporis, pues al reducir el denominador de la fracción y mantenerse constante el numerador, el porcentaje de prorrata que le corresponde al trabajador migrante es superior, sin perjudicarlo por haber trabajado más años en el extranjero.

Con ello la Sala es consciente de que está modificando la doctrina unificada que para resolver este problema se había establecido en nuestras sentencias de 9 de octubre de 2.001 (recurso 3629/2000), 20 de abril de 2.004 (recurso 2932/20039), 6 de julio 2006 (recurso 24/2005) y 11 de julio 2.006 (recurso 1991/95), sentencias en las que no se entendió aplicable el artículo 47 del Reglamento 1408/71 para el cálculo de la prorrata en las pensiones de jubilación de trabajadores migrantes en situaciones similares a la presente>>.

Tercero. Resolución del caso.

La cuestión suscitada se ha centrado en la determinación de si para fijar el porcentaje de pensión que corresponde abonar a España han de tenerse en cuenta no solo los días realmente cotizados sino también los bonificados por la realización de trabajos en la minería, aplicados para determinar la edad ficticia del beneficiario a fin de acceder a la pensión.

De cuanto se ha expuesto luce con claridad que la sentencia del Juzgado de lo Social aplicó con acierto la interpretación que venimos sosteniendo, sin que sea atendible la argumentación del INSS respecto de que se calcule la pensión tomando en consideración únicamente las cotizaciones sufragadas a la Seguridad Social española.

Asimismo, la recién transcrita doctrina explica que ha de procederse a la totalización de periodos de cotización solo en la medida necesaria para alcanzar el máximo de pensión nacional, sin que sea admisible sumar etapas de aportación cotizante innecesarias, que arrastrarían el efecto de minorar el fragmento o prorrateo a cargo del sistema español de Seguridad Social.

Como desde antiguo venimos diciendo, una vez superado el requisito de la contradicción, esta Sala no está obligada a optar por una de las dos soluciones enfrentadas, sino que ha de construir la respuesta adecuada al ordenamiento jurídico. En consecuencia, a fin de mantener la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley, ni podemos aceptar en su integridad el recurso del INSS, ni validar por completo los términos en que se pronuncia la sentencia de suplicación.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1) Estimamos en parte el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representado y defendido por la Letrada Sra. Leva Esteban.

2) Casamos y anulamos la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, de 21 de marzo de 2014, en el recurso de suplicación n.º 374/2014 .

3) Resolviendo el debate de suplicación, desestimamos los recursos de tal índole presentados y confirmamos la sentencia dictada el 23 de octubre de 2013 por el Juzgado de lo Social n.º 5 de Oviedo, en los autos n.º 128/2013, seguidos a instancia de D. Arturo contra dicho demandado y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre pensión de jubilación.

4) No ha lugar a la imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Antonio V. Sempere Navarro hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.