



Roj: STS 3409/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3409  
Id Cendoj: 28079140012016100511  
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Social  
Sede: Madrid  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 395/2015  
Nº de Resolución: 562/2016  
Procedimiento: Auto de aclaración  
Ponente: MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN  
Tipo de Resolución: Sentencia

### **SENTENCIA**

En Madrid, a 23 de junio de 2016

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), representados y asistidos por la letrada Dña. Ana Álvarez Moreno contra la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2014 por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación nº 2374/2014 interpuesto contra la sentencia de fecha 2 de julio de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Oviedo en los autos núm. 718/2013, seguidos a instancias de D. Edemiro contra los ahora recurrentes, Kopex SA, y Mecanizaciones Carboníferas y Servicios SA.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Maria Lourdes Arastey Sahun.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 2 de julio de 2014 el Juzgado de lo Social nº 4 de Oviedo dictó sentencia en la que se declararon probados los siguientes hechos: « **1º**.- D. Edemiro , nacido el NUM000 de 1955, con número de afiliación NUM001 , ha prestado servicios en España en las siguientes empresas y períodos, y con las siguientes categorías:

1º KOPEX,

Categoría alta baja

Interior Régimen General 10-10-1995 31-12-1995

Entibador RE Minería Carbón 1-1-1996 29-6-1997

Ayudante Minero REMC 24-7-1997 14-1-2000

Ayudante Minero Aux P REMC 1-4-2003 24-12-2003

Ayudante Minero 25-12-2003 15-4-2003

Según certificado de la empresa, los archivos personales del actor no contienen especificación del tipo de trabajos ejecutados por él durante su empleo en la sucursal de KOPEX SA en España en las minas de carbón, dentro de los contratos concluidos por KOPEX con el contratante español CARBOMECE.

2º El actor presto servicios para la entidad AUXILIAR DE PERFORACIONES del 4-7-2001 a 31-8-2001 como Ayudante Minero.

3º MECANIZACIONES CARBONIFERAS y SERVICIOS

Categoría Alta Baja

Oficial oficio 2º Int REMC 4-5-2004 12-8-2004

Ayudante Mecánico Int. arranq REMC 13-8-2004 31-3-2012

Maquinista de arranque REMC 1-4-2012 5-4-2013

Según certificado de la empresa CARBOMECH de 5 de abril de 2013 el actor prestó sus servicios en la empresa en interior de mina en los Pozos Carrio, María Luisa y Santiago de HUNOSA, en las labores directas de arranque en tajos mecanizado, recogiendo las categorías que aparecen en el Informe de cotización.

**2º.-** El 5 de octubre de 2012 el actor presentó solicitud de pensión de jubilación ante el INSS. por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 29 de mayo de 2013 se reconoce al actor una pensión de jubilación equivalente al 100% de una base reguladora de 2.054,38 euros mes, sobre un porcentaje a cargo de España del 43,67%, con fecha de efectos del 6 de abril de 2013, reconociéndole una pensión mensual del 897,15 €/mensuales. Con días de cotización en España de 5.660. Días de cotización en otros países de 8.119. Límite de días 12.958.

**3º.-** Frente a esta resolución se interpuso Reclamación Previa que fue desestimada por resolución de la dirección Provincial del INSS en fecha 25 de junio de 2013.

**4º.-** El actor acredita cotizados 13.779 días, de los que 8.119 corresponden a Polonia y 5.660 a España. La bonificación tomada en cuenta para determinar su fecha de nacimiento ficticia en función de los trabajos efectuados en minas en uno y otro país equivale 4.979 días, de los que corresponden 1.787 a España y 3.192 a Polonia.

**5º.-** Examinados coeficientes reductores de bonificación por edad, se comprueba que se aplica 0,50 al periodo trabajado en Polonia, al periodo trabajado en KOPEX del 1-4-03 a 24-12-03 y en CARBOMECH del 1-4-2012 a 5-4-2013; el 0,40 al periodo trabajado en CARBOMECH del 13-8-2004 a 31-3-2012; el 0,30 al periodo trabajado para KOPEX del 1-1-96 a 29-6-97; y el 0,20 a los restantes periodos trabajados en España.

**6º.-** La cuestión objeto de proceso afecta a un gran número de beneficiarios de la Seguridad Social ».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: «Que estimando parcialmente la demanda formulada por DON Edemiro contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra MECANIZACIONES CARBONÍFERAS Y SERVICIOS y contra KOPEX SA, debo declarar y declaro el derecho del actor a una prorrata temporis a cargo de la Seguridad Social española del 57,47% sobre una base reguladora de 2.054,38 euros y, en consecuencia, a una pensión inicial bruta mensual de 1.108,65 €, sin perjuicio de las mejoras y revalorizaciones legales, condenando al INSS y a la TGSS a que abonen al actor la pensión correspondiente, así como también las diferencias debidas entre lo percibido y lo debido de percibir desde el 6 de abril de 2013; absolviendo a los restantes codemandados de las pretensiones frente a ellos formulados».

Con fecha 16 de julio de 2014 se dictó Auto de aclaración de la anterior sentencia cuya parte dispositiva acuerda: 1.- Estimar la solicitud de aclarar el FALLO de la sentencia dictada en este procedimiento con fecha 02 de julio de 2014, declarando el derecho del actor a una prorrata temporis a cargo de la Seguridad Social española del 57,47% sobre una base reguladora de 2.054,38 euros y, en consecuencia, a una pensión inicial bruta mensual de 1.180,65 €/mensuales. 2.- No ha lugar al resto de aclaración solicitada, toda vez que comprobadas las operaciones realizadas para fijar el porcentaje de prorrata las mismas son correctas.

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por INSS y D. Edemiro, ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, la cual dictó sentencia en fecha, 12 de diciembre de 2014 en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y estimamos en parte el formulado por la representación letrada de D. Edemiro contra la sentencia de fecha 2 de julio de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social num.4 de Oviedo en los autos 718/2013 seguidos en materia de pensión de jubilación a instancias de D. Edemiro contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la empresa MECANIZACIONES CARBONÍFERAS Y SERVICIOS SA, y la empresa KOPEX SA, y revocamos dicha sentencia en el único aspecto del extremo relativo al porcentaje de prorrata temporis a cargo de España que se fija en el 60,25%, confirmándose los restantes pronunciamientos de la sentencia de instancia, y todo ello sin que haya expresa condena en costas».

**TERCERO.-** Por la representación del INSS y la TGSS se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación el 29 de enero de 2015.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), los recurrentes proponen, como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 25 de enero de 2002 (rollo 2104/2000).

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 11 de junio de 2015 se admitió a trámite el presente recurso.

Y, no habiéndose impugnado el recurso, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, el cual emitió informe en el sentido de considerar el recurso improcedente.

**QUINTO.-** Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 21 de junio de 2016, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. El demandante inicial obtuvo el reconocimiento de su derecho a lucrar pensión de jubilación del 100% de la base reguladora de 2054,38 €, de la cual el 43,65% corría a cargo de España, con efectos del 6 de abril de 2013. Disconforme con el porcentaje que correspondía al sistema español de Seguridad Social, interpuso demandada que fue estimada en parte por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Oviedo, cuya sentencia fijó en un 57,47% el citado porcentaje.

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias desestimó el recurso de suplicación del INSS y estimó en parte el del demandante, incrementando hasta el 60,25% el porcentaje de la pensión a cargo de España.

2. El INSS recurre ahora en casación para unificación de doctrina afirmando la contradicción entre la sentencia recurrida y la dictada por la misma Sala de Asturias el 25 de enero de 2002 (rollo 2104/2000 ).

El análisis comparativo de ambas sentencias revela la concurrencia de los requisitos del art. 219.1 LRJS para la admisibilidad del recurso.

Así, en la sentencia recurrida nos encontramos con la necesidad de examinar si la aplicabilidad al caso de los coeficientes de edad ficticia para la jubilación propios de los trabajos en el interior de las minas deben tenerse en cuenta, no solo a los indudables efectos de reducir la edad de jubilación, sino también para determinar el periodo de tiempo que ha de considerarse cotizado en España cuando se trata de trabajadores que reúnen periodos de cotización en otro Estado Miembros de la Unión Europea -Polonia, en este caso-. Consideraba el INSS que tales bonificaciones de edad son cotizaciones ficticias que no pueden tenerse en cuenta para fijar dicha prorrata, pero la Sala de suplicación se muestra favorable a la aplicación de las mismas para determinar la parte de pensión a cargo de España.

En la sentencia de contraste se daba respuesta a un supuesto semejante, afectante a un trabajador que también acreditaba trabajos de minería y sumaba cotizaciones en España y en otro Estado Miembro (Bélgica).

Negaba igualmente el INSS que pudiera aceptarse un incremento de la prorrata a cargo de España en atención a los periodos de bonificación de edad y tal criterio es el acogido por la sentencia referencial que afirma que el porcentaje se calcula únicamente con las cotizaciones reales efectuadas en cada país.

**SEGUNDO.-** 1. El recurso del INSS denuncia la infracción, por interpretación errónea, de los arts. 51.1 b) ii) y 56.1 del Reglamento 883/2004 , así como del art. 46.2 del Reglamento 1408/71 , en relación con el art. 21.1 de la OM de 3 de abril de 1973 -que desarrolla el Decreto 8-2-1973 , sobre régimen especial de Seguridad Social para la minería del carbón-.

2. El último de los preceptos invocados regula la bonificación de la edad de jubilación de los trabajadores del Régimen Especial de la Minería del Carbón. Sostiene el INSS que a la cuestión aquí controvertida le es aplicable el apartado 4 del citado art. 21, cuyo tenor literal es el siguiente: "El período de tiempo en que resulte rebajada la edad de jubilación del trabajador, de conformidad con lo establecido en los números anteriores del presente artículo, se computará como cotizado al exclusivo efecto de determinar el porcentaje aplicable para calcular el importe de la pensión de jubilación a que tenga derecho el trabajador". La Entidad Gestora mantiene que tal norma impide la aplicación de la eficacia de las cotizaciones ficticias a la fijación de la parte de pensión a cargo de la Seguridad Social española.

El debate gira en torno a la determinación de si los periodos obtenidos por la bonificación han de considerarse anteriores o posteriores al hecho causante, por cuanto, en relación con las pensiones de vejez y supervivencia, la dicción del art. 52 del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 , sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, parte del cálculo de un importe real de la prestación que tiene en cuenta "...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".

2. La cuestión del efecto de las bonificaciones o cotizaciones ficticias que las normas de Seguridad Social contienen en determinados casos, como en el supuesto de la prestación de servicios en determinadas circunstancias de especial penosidad, o en aquellos otros en que el legislador ha querido equiparar situaciones provocadas por el Derecho transitorio, ha de resolverse acudiendo a los criterios sentados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Recordemos que la Sala IV del Tribunal Supremo, superando una anterior postura reacia al cómputo de las cotizaciones ficticias ( STS/4ª de 7 diciembre 1999 y 1 junio 2000), consideró que las cotizaciones ficticias eran asimilables a las efectivamente realizadas, "...por lo que deben ser computadas a los efectos del cálculo de la prestación española conforme a las reglas del artículo 46.2 del Reglamento 1408/1971 . La única objeción para el cómputo surgiría de una peculiaridad de la regulación española, que consiste en que la asimilación de las cotizaciones reconocidas por aplicación de la escala de abono por la edad a 1 de agosto de 1970 se limita al cálculo del porcentaje y no se extiende al cumplimiento del período de carencia. Pero ello no debe afectar en principio al cálculo de la pensión española" (STS/4ª de 26 junio, 5 julio 2001 y 15 noviembre 2001).

También fue reticente esta Sala a extender este criterio a los casos de bonificaciones que obedecieran a razones distintas de las de la edad; habiendo sostenido que esa especial bonificación de cotizaciones por razón de la actividad desarrollada -como en el caso del 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" ( STS/4ª de 9 octubre 2001 -rcud. 3629/2000 -, 21 octubre 2002 -rcud. 276/2002-, 25 junio 2003 -rcud. 3838/2002- y 22 diciembre 2004 -rcud. 6079/2003-, entre otras muchas).

Pero en la STS/4ª/Pleno de 17 julio 2007 (rcud. 3650/2005 ) -con criterio posteriormente reiterado en la STS/4ª de 6 noviembre 2007 (rcud. 4239/2005 ), 30 septiembre 2008 (rcud. 1044/2007), 29 abril 2009 (rcud. 4519/2007) y 29 febrero 2012 (rcud. 1510/2011)-, se acogía y extendía al caso de los trabajadores del mar la tesis plasmada en la STJCE de 3 octubre 2002 (Asunto Barreira Pérez, C-347/00 ), que da respuesta a la cuestión prejudicial del juez nacional español en relación a la Disp. Trans. 2ª de la OM de 1 enero 1967 que otorga una cotización ficticia en atención a la edad del trabajador y a los efectos del porcentaje de la pensión de jubilación.

En ese tipo de supuesto, igual que sucede en el que aquí nos ocupa, si bien dichos períodos de bonificación no se tienen en cuenta a la hora de calcular el período de carencia necesario para el nacimiento del derecho a la pensión de jubilación, sí que se añaden a los períodos de seguro real para el cálculo del importe de la pensión, en la medida de tales períodos configuran el importe del porcentaje de la base reguladora de la pensión a reconocer.

La doctrina del TJUE -acorde con la STJCE de 18 febrero 1992, *Asunto Di Prinzio*, C-5/91 - es plenamente aplicable aquí. Si, como sucede en este caso, la ficción tiene por objeto compensar la penosidad de los trabajos, es evidente que los períodos son necesariamente anteriores al cumplimiento de la edad de jubilación, pues la bonificación surge únicamente para aquellos períodos en que el trabajador desarrolló determinadas actividades.

No estamos aquí ante un período ficticio posterior al hecho causante, como ocurría en el caso de la STJCE de 26 junio 1980 ( *Asunto Menzies* , C-793/79 ), sino que, al igual que se señala en la citada sentencia del asunto Barreiro, "...el hecho de que los períodos de bonificación controvertidos en el litigio principal no puedan ser situados cronológicamente, de modo que podrían superponerse a los períodos de seguro cumplidos con arreglo a la legislación de otro Estado miembro, no puede impedir que se tomen en consideración para el cálculo de la pensión".

3. A esta conclusión, en relación con la bonificación ficticia de la minería del carbón y para la fijación de la prorrata correspondiente a España, hemos llegado también en las STS/4ª de 11 febrero y 27 mayo 2015 (rcud. 1780/2014 y 2829/2014 , respectivamente).

**TERCERO.-** 1. Consecuentemente con lo expuesto, procede la desestimación del recurso del INSS, como también propone el Ministerio Fiscal en su informe.

2. Con arreglo al art. 235.1 LRJS , no procede hacer especial pronunciamiento sobre costas.



## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Instituto Nacional de la Seguridad Social, (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) contra la sentencia dictada el 12 de diciembre de 2014 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en recurso de suplicación nº 2374/2014 , seguido frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Oviedo, dictada en los autos núm. 718/2013, seguidos a instancias de D. Edemiro . Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahun hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ