

EDJ 2005/108929

Tribunal Supremo Sala 4ª, S 2-6-2005, rec. 1708/2004
Pte: Cachón Villar, Pablo Manuel

Resumen

El TS desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado por el demandante frente a sentencia que denegó la pensión de jubilación solicitada. La Sala manifiesta que las cotizaciones del INEM por la contingencia de jubilación durante el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, tienen en la legislación española -disp. adic. 28ª LGSS -, plena virtualidad y eficacia "para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquélla", mas no para el acceso al derecho a la pensión -cómputo de carencia-.

NORMATIVA ESTUDIADA

RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social
art.161.1 , dad.28

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	2
FUNDAMENTOS DE DERECHO	3
FALLO	6

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

CONTRATO DE TRABAJO

TRABAJADOR

Trabajadores en el extranjero

Emigrantes

Seguridad Social

Cómputo de cotizaciones

Determinación de la base reguladora y de la cuantía

JUBILACIÓN

COTIZACIÓN, PERIODO DE CARENCIA Y BASE REGULADORA

Cálculo de la base reguladora

Cotizaciones efectuadas en el extranjero

En la UE

En especial

Subsidio especial de desempleo

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación para la unificación de doctrina

Legislación

Aplica art.161.1, dad.28 de RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social

Cita Ley 50/1998 de 30 diciembre 1998. Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

Cita art.224.2, art.233.1 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

Cita art.215.1, art.218.2 de RDLeg. 1/1994 de 20 junio 1994. TR Ley General de la Seguridad Social

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre JUBILACIÓN - COTIZACIÓN, PERIODO DE CARENCIA Y BASE REGULADORA -
En especial - Subsidio especial de desempleo STS Sala 4ª de 3 diciembre 2004 (J2004/234944)

Cita en el mismo sentido sobre JUBILACIÓN - COTIZACIÓN, PERIODO DE CARENCIA Y BASE REGULADORA -
En especial - Subsidio especial de desempleo STS Sala 4ª de 10 febrero 2004 (J2004/14542)

Cita en el mismo sentido sobre JUBILACIÓN - COTIZACIÓN, PERIODO DE CARENCIA Y BASE REGULADORA -
En especial - Subsidio especial de desempleo STS Sala 4ª de 16 octubre 2003 (J2003/127745)

En la Villa de Madrid, a dos de junio de dos mil cinco.

Vistos los presentes autos, pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Abelardo Vázquez Conde, en nombre y representación de D^a Elvira, contra la sentencia dictada el 26 de marzo de 2004 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso de suplicación núm. 4112/2001, formalizado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense, de fecha 21 de mayo de 2001, recaída en los autos núm. 222/2001, seguidos a instancia de la recurrente contra el INSS, la TGSS y el Instituto Nacional de empleo (INEM), sobre pensión de jubilación.

Ha comparecido como recurrido el INSS, representado y defendido por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Pablo Cachón Villar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 15 de marzo de 2001 el Letrado D. Abelardo Vázquez Conde, en nombre y representación de D^a Elvira, presentó demanda contra las entidades INSS, TGSS y el INEM, en reclamación sobre pensión de jubilación, formulando la siguiente súplica:

" (...) venga a dictar sentencia por la que se condene al Instituto demandado a abonar, a la demandante, la pensión contributiva de jubilación con fecha de efectos del 19.11.2000 y en cuantía básica inicial mensual de al menos 10.945,82 pesetas, equivalente al 94% (porcentaje según la cotización acreditada), del 60% (porcentaje según la edad), del 27,71% (prorratio con cargo a España) de su base reguladora mensual de al menos 70.037,84 pesetas y, en cualquier caso, en cuantía mensual de 53.825 pesetas mensuales para cada mes del año 2000 y 54.905 ptas. para cada mes del año 2001, equivalente a la cuantía establecida como mínima para los pensionistas mayores de 60 años y menores de 65 años sin cónyuge a cargo, con aplicación de las revalorizaciones y mejoras legales habidas y catorce veces al año, condenando a los codemandados a estar y pasar por lo así declarado y a cumplirlo".

El Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense, al que correspondió conocer de dicha demanda, dictó sentencia en fecha 21 de mayo de 2001, cuya parte dispositiva dice lo siguiente:

"Que estimando la demanda interpuesta por D^a Elvira, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debo declarar y declaro el derecho de la actora a percibir la pensión de jubilación solicitada, en cuantía resultante de aplicar a una base reguladora mensual que reglamentariamente corresponda, los porcentajes por edad 60%, por años de cotización del 94%, un factor prorata temporis con cargo a España del 27,71%, con efectos económicos del 19-11-2000, y con aplicación de las mejoras, complementos y revalorizaciones a mínimo que correspondan, y, en consecuencia, condeno a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a absolver a la actora de la prestación indicada.

Asimismo debo absolver y absuelvo al Instituto Nacional de Empleo de las pretensiones en su contra esgrimidas".

SEGUNDO.- La Letrada de la Administración de la Seguridad Social formalizó recurso de suplicación contra la expresada sentencia del Juzgado. La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia dictó sentencia el día 26 de marzo de 2004, que estimó el recurso, siendo su parte dispositiva del tenor literal siguiente:

"Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense, con fecha 21-5-01, debemos revocar y revocamos dicha resolución y con desestimación de la demanda inicial formulada por D^a Elvira, debemos absolver y absolvemos libremente de la misma a las Entidades Gestoras demandadas Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social e Instituto Nacional de Empleo".

El relato de hechos probados de la sentencia de instancia, no modificado por la sentencia de suplicación, dice lo siguiente:

"Primero.- La actora D^a Elvira, nacida el 18-11-1940, figura afiliada a la Seguridad Social con el núm. 000.

Segundo.- En fecha 17-11-00 la actora solicitó pensión de jubilación anticipada, al amparo de los RRCC, prestación que fue denegada por Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 09-01-01, por no alcanzar el periodo mínimo de cotización para causar derecho a la pensión de jubilación, al no serle de aplicación el art. 46.2 del Reglamento 1408/71, de 14 de junio de la CEE sobre totalización de periodos de seguro, por reunir en España un periodo inferior a 1 año. Interpuesta reclamación previa fue desestimada por Resolución de 19-02-01.

Tercero.- La actora acredita las siguientes cotizaciones a la Seguridad Social Española: Del 11-04-91 al 10-10-91: 183 días Régimen General. Del 11-10-91 al 10-01-92: 92 días al Régimen General. Del 19-11-92 al 18-11-00: 2922 días; periodo durante el cual fue perceptora de subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

Cuarto.- La actora acredita igualmente 278 meses cotizados a la Seguridad Social Alemana comprendidos entre el 14-03-62 al 06-04-85".

TERCERO.- El Letrado D. Abelardo Vázquez Conde, en nombre y representación de D^a Elvira, preparó y luego interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina contra la expresada sentencia de suplicación de fecha 26 de marzo de 2004. En el recurso se

invoca como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de enero de 2004 (recurso de suplicación núm. 2789/2001). Asimismo se alega la infracción, por indebida aplicación, de la Disposición Adicional 28ª de la Ley General de la Seguridad Social EDL 1994/16443 , en relación con la errónea interpretación de los arts. 1.º, 45 y 48 del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971, de 14 de junio.

Igualmente solicita que se plantee cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre las siguientes cuestiones:

a)"Se oponen los artículos 12 y 39 a 42 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, así como el art. 45 del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, a una disposición de Derecho interno, con arreglo a la cual las cotizaciones por jubilación, que el Organismo Gestor del Seguro de Desempleo ingresó a nombre de un trabajador por el período en el que éste estuvo percibiendo determinadas prestaciones asistenciales por desempleo, no son computables a efectos de cubrir los diferentes períodos carenciales establecidos en la legislación nacional y causar derecho a la prestación de vejez, cuando se da la circunstancia de que, por la prolongada situación de desempleo que se pretende proteger, resulta para ese trabajador materialmente imposible acreditar otras cotizaciones por jubilación, de tal forma que sólo los trabajadores que hicieron uso del derecho de libre circulación son los que se ven afectados por dicha norma nacional y sin poder causar derecho a la pensión nacional de jubilación a pesar de que, por aplicación de lo dispuesto en el art. 45 del citado Reglamento (CEE), habrían de considerarse cubiertos aquellos períodos carenciales".

b)"Se oponen los artículos 12 y 39 a 42 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, así como el art. 48, apartado 1, del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, a disposiciones de Derecho interno, con arreglo a las cuales las cotizaciones por jubilación, que el Organismo Gestor del Seguro de Desempleo ingresó a nombre de un trabajador por el período en el que éste estuvo percibiendo determinadas prestaciones asistenciales por desempleo, no son computables a los efectos de considerar que la duración total de los períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de dicho Estado miembro llegue a ser de un año, cuando, a consecuencia de la prolongada situación de desempleo que se pretende proteger, resulta para ese trabajador materialmente imposible acreditar otras cotizaciones por jubilación que las devengadas y pagadas durante el desempleo, de forma que sólo los trabajadores que hicieron uso del derecho de libre circulación son los que se ven afectados por dicha norma nacional y sin poder causar derecho a la pensión nacional de jubilación a pesar de que, por aplicación de lo dispuesto en el art. 48.1 del citado Reglamento (CEE), no podría quedar liberado el Organismo Gestor nacional de la obligación de conceder prestaciones nacionales".

CUARTO.- Por providencia de 18 de enero de 2005 se admitió a trámite el recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de lo actuado al recurrido INSS, a fin de que en el plazo de diez días impugnase el recurso. En fecha 11 de febrero de 2005 dicha parte recurrida presentó el escrito de impugnación, solicitando la desestimación del recurso. Por diligencia de ordenación de 15 de febrero de 2005 se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal por el plazo y a los efectos que establece el art. 224.2 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689 , el cual presentó informe en el sentido de interesar la desestimación del recurso.

QUINTO.- Por providencia de 14 de abril de 2005 se hizo el oportuno señalamiento para el día 26 de mayo de 2005, en el que se produjo la votación y fallo del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se somete a debate es, en primer lugar, establecer qué valor deba darse a las cotizaciones que el Instituto Nacional de Empleo (INEM) haya abonado por la contingencia de jubilación durante la percepción por la demandante del subsidio de desempleo para mayores de 52 años, cuando ésta -que ha sido trabajadora emigrante- solicita la pensión de jubilación con posterioridad a la entrada en vigor de la Disposición Adicional 28ª de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS EDL 1994/16443), incorporada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre EDL 1998/46308 .

En concreto se cuestiona el valor de dichas cotizaciones a los efectos de estimar o no cumplido el período de arraigo de un año de cotización, al que se refiere el art. 48.1 del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971, de 14 de junio. En segundo lugar, y subsidiariamente a la cuestión anterior, se trata de determinar si concurren los requisitos legalmente exigidos para que la demandante y recurrente pueda acceder a la pensión de jubilación.

La precitada Disposición Adicional EDL 1994/16443 establece lo siguiente:

"Las cotizaciones efectuadas por la Entidad Gestora (INEM) por la contingencia de jubilación, conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 218 de esta Ley EDL 1994/16443 , tendrán efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquélla. En ningún caso dichas cotizaciones tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido en el artículo 161.1.b) de esta Ley EDL 1994/16443 que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215.1.3 EDL 1994/16443 , ha debido quedar acreditado en el momento de la solicitud del subsidio por desempleo para mayores de 52 años".

El art. 48.1 del expresado Reglamento Comunitario, bajo el epígrafe "períodos de seguro o de residencia inferiores a un año", prescribe lo siguiente:

"No obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 46, la institución de un Estado miembro no estará obligada a conceder prestaciones en virtud de períodos cumplidos con arreglo a la legislación que aplique y que deban tomarse en consideración en el momento del hecho causante, cuando:

- la duración de dichos períodos sea inferior a un año, y

- una vez computados dichos períodos, no se adquiriera ningún derecho con arreglo a lo dispuesto en dicha legislación".

SEGUNDO.- A los fines del presente recurso interesa hacer constar los datos que a continuación se relacionan, que constan como hechos ciertos y probados. La demandante solicitó la pensión anticipada de jubilación el 17 de noviembre de 2000. Acredita 278 meses cotizados a la Seguridad Social de Alemania entre el 14 de marzo de 1962 y el 6 de abril de 1985. Acredita igualmente las siguientes cotizaciones a la Seguridad Social española:

a) 183 días al Régimen General, entre el 11 de abril y el 10 de octubre de 1991.

b) 92 días al Régimen General, entre el 11 de octubre de 1991 y el 10 de enero de 1992.

c) 2922 días cotizados por el INEM, durante el período comprendido entre el 19 de noviembre de 1992 y el 18 de noviembre de 2000, en que fue perceptora del subsidio de desempleo para mayores de 52 años.

La Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), mediante resolución de 9 de enero de 2001, denegó la concesión de dicha pensión "por no alcanzar el período mínimo de cotización exigido para causar derecho a pensión de jubilación, al no ser de aplicación el artículo 46.2 del Reglamento 1408/1971, de 14 de junio, de la CEE, sobre totalización de períodos de seguro con los cumplidos en otros Estados miembros, por reunir en España un período inferior a un año, según lo establecido en el art. 48.1 del mismo Reglamento Comunitario". La reclamación previa interpuesta contra dicha resolución fue desestimada por resolución de 9 de febrero de 2001, que, además de reiterar la expresada argumentación, transcribe en lo sustancial el texto de la Disposición Adicional 28ª LGSS EDL 1994/16443 .

Formulada demanda por la trabajadora, fue estimada por la sentencia de instancia, dictada el 21 de mayo de 2001 por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Orense. Entendía esta sentencia que la Disposición Adicional 28ª LGSS EDL 1994/16443 no era aplicable al supuesto de autos ya que, habiendo entrado en vigor el 1 de enero de 1999, sólo había de aplicarse a las cotizaciones efectuadas durante su vigencia y no, cual es el caso, a las anteriores.

El INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) formularon recurso de suplicación, que fue estimado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 26 de marzo de 2004, con revocación de la sentencia de instancia y desestimación de la demanda. Esta sentencia de suplicación aplicó la expresada Disposición Adicional EDL 1994/16443 , en cuanto vigente a la fecha del hecho causante, 17 de noviembre de 2000.

TERCERO.- El actor interpone el presente recurso de casación para la unificación de doctrina contra la expresada sentencia de suplicación, invocando al efecto, como sentencia contradictoria o de contraste la dictada el 26 de enero de 2004 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

En el caso conocido por la sentencia de contraste la actora, que solicitó la pensión de jubilación el 3 de julio de 2000, había sido perceptora del subsidio de desempleo para mayores de 52 años, entre los meses de febrero de 1990 y julio de 2000, período durante el cual el INEM había ingresado cotizaciones por las contingencias de jubilación y asistencia sanitaria, y asimismo acreditaba cotizaciones en Alemania durante 226 meses, desde mayo de 1969 hasta julio de 1988. El INSS denegó la concesión de dicha pensión ya que la interesada no acreditaba a su favor cotizaciones a ninguno de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social.

La solicitante de la pensión formuló la correspondiente demanda, que fue estimada por la sentencia de instancia, la cual, a su vez, fue confirmada en trámite de suplicación por la expresada sentencia de contraste. Afirma esta sentencia que la no operatividad de las cuotas satisfechas por el subsidio de desempleo para mayores de 52 años se limita a los estrictos términos que establece la Disposición Adicional 28ª EDL 1994/16443 (acreditar el período mínimo de cotización que exige el art. 161.1.b) LGSS EDL 1994/16443), de modo que "no hay razón alguna para sostener que no son válidas a los restantes efectos, incluido el de habilitar la intercomunicación cotizatoria con otros Estados miembros de la CE, pues (...) se trata de cotizaciones comprendidas en el ámbito del Sistema español de la Seguridad Social, y tienen plena validez y eficacia en lo que concierne a la obtención de la correspondiente pensión de jubilación; sin que ni los preceptos mencionados ni ninguno otro establezcan reducción ni merma alguna a tal eficacia (...)".

La exposición anterior pone de manifiesto la existencia de contradicción entre las sentencias que se comparan. En efecto, atribuyen distinto valor a las cotizaciones efectuadas por la entidad gestora -en razón a la percepción del subsidio de desempleo de mayores de 52 años- a los efectos de su cómputo para entender cumplido el período de un año de arraigo de cotización, referido en el art. 48.1 del Reglamento (CEE) núm. 1408/1971, de 14 de junio, y, como consecuencia del tal diferente apreciación, dichas sentencias, ante situaciones de hecho y pretensiones sustancialmente iguales, llegan a conclusiones contradictorias entre sí, pues la sentencia recurrida rechaza la pretensión, que, en cambio, es acogida por la sentencia de contraste.

CUARTO.- Acreditada la contradicción, se está en el caso de establecer cuál sea la doctrina correcta, lo cual comporta, a su vez, el examen de las infracciones denunciadas por la parte recurrente.

En primer lugar se alega en el escrito de recurso la indebida aplicación de la Disposición Adicional 28ª LGSS EDL 1994/16443 , en relación con la errónea interpretación de los arts. 1.r), 45 y 48 del Reglamento (CE) núm. 1408/1971, de 14 de junio. En segundo lugar se afirma por la recurrente que la expresada Disposición Adicional "es una norma legal que impone un trato discriminatorio solamente a aquellos trabajadores que han hecho uso del derecho de libre circulación de los trabajadores en el ámbito geográfico de la Unión Europea, frente a los demás trabajadores españoles que nunca hicieron uso de dicho derecho", de modo que "infringe el Derecho Primario de la

U.E. (arts. 12 y 39 a 42 del Tratado de la Unión Europea (Ámsterdam)). Por todo ello solicita de la Sala el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

QUINTO.- Es doctrina de este Tribunal que la Disposición Adicional 28ª LGSS EDL 1994/16443 es aplicable cuando el hecho causante se ha producido durante su vigencia, con independencia de cuándo se hubieran producido las cotizaciones. Así se estableció en nuestra sentencia de 16 de octubre de 2003 (rec. núm. 981/2003) EDJ 2003/127745 , a la que siguieron las sentencias de 10 de febrero de 2004 (rec. núm. 2880/2003) EDJ 2004/14542 y 3 de diciembre de 2004 (rec. núm. 138/2004) EDJ 2004/234944 .

Dijimos en la primera de dichas sentencias que "en materia de prestaciones de Seguridad Social la legislación aplicable es la vigente en el momento de producirse el hecho causante de la prestación", de modo que, formulada la petición de pensión de jubilación tras la entrada en vigor de dicha norma, las cotizaciones efectuadas por el INEM durante el período de percepción del subsidio de desempleo para mayores de 52 años "carecen, por imperio de la mentada Disposición Adicional EDL 1994/16443 , de validez y eficacia jurídica para acreditar tanto la carencia genérica de 15 años de cotización como la específica de 2 años dentro de los 15 inmediatamente anteriores al hecho causante que exige el art. 161.1.b) EDL 1994/16443 ". Y añadíamos asimismo lo siguiente:

" (...) en la fecha en que el INEM efectuó las cotizaciones que se cuestionan no existía ninguna norma legal que concediera validez a las mismas a los efectos de carencia que aquí se discuten. La única previsión al respecto se contenía en el art. 218.2 LGSS EDL 1994/16443 que obligaba a la Entidad Gestora a cotizar por la contingencia de jubilación, pero sin especificar sus ámbito de eficacia. No obstante dicho ámbito podía inferirse del contenido del art. 215.1.3 de la propia Ley EDL 1994/16443 . Pues si éste exige, y exigía ya entonces, para tener derecho al subsidio de desempleo, reunir en la fecha de la solicitud todos los requisitos, salvo la edad para acceder a la pensión contributiva de jubilación, es claro que las cotizaciones efectuadas durante la percepción del subsidio de desempleo no podían servir para completar una carencia que era necesario acreditar antes de comenzar a percibirlo".

SEXTO.- Hemos de examinar a continuación si se ha producido, como alega la parte recurrente, una indebida aplicación de la Disposición Adicional 28ª LGSS EDL 1994/16443 en relación con los preceptos ya citados del Reglamento Comunitario núm. 1408/1971. Ya se han transcrito en el primero de los fundamentos de derecho de esta sentencia los respectivos textos de dicha Disposición Adicional y del art. 48.1 del expresado Reglamento. Por su parte, el art. 1.r) de dicho Reglamento establece que "la expresión períodos de seguro designa los períodos de cotización empleo, o de actividad por cuenta propia, tales como se definen o admiten como períodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideran como cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de seguro".

Por su parte el art. 45 se refiere al "cómputo de los períodos de seguro o de residencia cumplidos con arreglo a las legislaciones a que haya estado sujeto el trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia para la adquisición, la conservación o la recuperación del derecho a prestaciones". No se ha producido la infracción de los expresados preceptos, según se razona a continuación.

Los "períodos cumplidos", a que se refiere el art. 48.1, son los "períodos de seguro", que define el art. 1.r), los cuales son "períodos de cotización", como dice este último precepto, "tales como se definen o admiten como períodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos". Pues bien, las cotizaciones del INEM por la contingencia de jubilación durante el subsidio de desempleo para mayores de 52 años tienen en la legislación española (Disposición adicional 28ª LGSS EDL 1994/16443) plena virtualidad y eficacia "para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquélla", mas no para el acceso al derecho a la pensión (cómputo de carencia).

En consecuencia, a la vista del texto transcrito del mencionado art. 1.r) del Reglamento, el período cubierto por dichas cotizaciones ha de entenderse en los mismos términos como "período de seguro" a los efectos del Reglamento Comunitario. Ello comporta el que dichas cotizaciones no puedan ser eficaces para entender cubierto el período de un año que menciona el art. 48.1 del Reglamento, período que tiene los caracteres de un requisito de acceso a la pensión.

SÉPTIMO.- La recurrente, como ya se ha señalado, alega la supuesta infracción de normas comunitarias, con referencia al trato discriminatorio de los trabajadores emigrantes y a la limitación del derecho de libre circulación entre los países de la Unión Europea, y solicita el planteamiento de la cuestión prejudicial. Todo ello lo hace en similares términos a los formulados por la entonces parte recurrente en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2880/2003, resuelto por nuestra sentencia de 10 de febrero de 2004 EDJ 2004/14542 , ya citada. Los razonamientos expuestos en dicha sentencia son también aplicables al presente caso.

Sobre el particular dijimos lo siguiente en la sentencia de 10 de febrero de 2004 EDJ 2004/14542 :

"A este respecto, debe decirse en primer término que es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que los Estados miembros siguen siendo competentes para definir los requisitos necesarios para la concesión de las prestaciones de la Seguridad Social, aunque los hagan más rigurosos, siempre que los requisitos establecidos no impliquen ninguna discriminación manifiesta o encubierta entre los trabajadores comunitarios (sentencia de 20 de noviembre de 1994, Drake, C-12/93, Rec. p. I-4337, apartado 27).- Una vez que se ha reflejado el contenido y alcance en el Derecho español de la Adicional Vigésimo Octava LGSS EDL 1994/16443 , debe decirse que no supone su aplicación un trato discriminatorio para el trabajador emigrante, desde el momento en que sus previsiones en orden al efecto de las cotizaciones efectuadas por la Entidad Gestora durante el percibo del subsidio se aplican a todos los trabajadores, no solo a los que han hecho uso del derecho de libre circulación en los países de la Comunidad.

Por otra parte, el sistema previsto en la norma tampoco supone una limitación a la libre circulación de trabajadores cuando excluye que las cotizaciones efectuadas no por el interesado, sino por la Gestora, no se tengan en cuenta a efectos de acumular períodos mínimos para el acceso a la prestación de jubilación, aunque sí para otros, como la cuantía de la misma, pues nada impide que al trabajador

emigrante se le aplique, en igualdad de condiciones con los demás, el sistema de Seguridad Social establecido en el Reglamento 1408/71 de la CEE, en su caso, con 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 éstas.

No hay colisión por tanto entre la norma española repetidamente aludida y las del Tratado de la Unión a que se ha hecho referencia, por lo que no procede el planteamiento de la cuestión prejudicial que en el recurso de casación para la unificación de doctrina se solicitada por el recurrente".

OCTAVO.- Por los razonamientos anteriores, y de conformidad con lo interesado por el Ministerio Fiscal, procede la desestimación del presente recurso. Sin costas (art. 233.1 LPL EDL 1995/13689).

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

FALLO

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Abelardo Vázquez Conde, en nombre y representación de D^a Elvira, contra la sentencia dictada el 26 de marzo de 2004 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en el recurso de suplicación núm. 4112/2001, formalizado por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de instancia, de fecha 21 de mayo de 2001, del Juzgado de lo Social núm. 2 de Orense, recaída en autos núm. 122/2001. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Órgano Jurisdiccional de procedencia, 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. Pablo Manuel Cachón Villar.- Juan Francisco García Sánchez.- Milagros Calvo Ibarlucea.- Manuel Iglesias Cabero.- José María Botana López.

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079140012005100571