

Las "cotizaciones ficticias" -como son las asimiladas por cuidado de hijos- han de ser computadas en el cálculo del periodo de carencia exigido para tener derecho al subsidio de desempleo para mayores de 52 años.

La Sala analiza la jurisprudencia del TJCE en relación con las denominadas "cotizaciones ficticias" de los trabajadores del mar, las cuales sí son incluidas por el tribunal europeo en el cálculo del período de carencia exigido para el acceso a prestaciones como la solicitada en este caso. Y, aplicando esa jurisprudencia a este asunto, afirma que se puede considerar como una cuestión análoga la cotización asimilada por nacimiento de hijo, es decir, conciliación de la vida familiar y laboral, aplicándose en el referente doctrinal para el cálculo del porcentaje de la prestación de jubilación, siendo válido este período para alcanzar la carencia necesaria de subsidio de desempleo para mayores de 52 años, operando este razonamiento en favor de la trabajadora solicitante.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia de 20 de junio de 2012

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 1209/2011

Ponente Excmo. Sr. ROSA MARIA VIROLES PIÑOL

En la Villa de Madrid, a veinte de Junio de dos mil doce.

Vistos los 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 DOÑA Gregoria, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 22 de diciembre de 2010, recaída en el recurso de suplicación n.º 2717/2007, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Orense, dictada el 16 de marzo de 2007, en los autos de juicio n.º 89/2007, iniciados en virtud de demanda presentada por D.ª Gregoria contra INEM, sobre Reclamación de desempleo.

Es Ponente la Excmo. Sra. D.ª. Rosa Maria Viroles Piñol, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 16 de marzo de 2007, el Juzgado de lo Social n.º 2 de Orense, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando la demanda interpuesta por D.ª Gregoria contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (INEM) debo declarar y declaro el derecho de la actora a percibir el subsidio asistencial por desempleo para mayores de 52 años en cuantía del 80% de IPREM vigente en cada momento, con efectos económicos del 14- 7-2006 y hasta que procede legalmente acceder a la jubilación, y, en consecuencia, condeno al demandado a estar y pasar por dicha declaración y abonar a la actora la prestación indicada. Asimismo debo absolver y absuelvo al INSS de las pretensiones en su contra esgrimidas."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "PRIMERO.- La actora D.ª Gregoria, nacida el NUM000 -1947, figura afiliada a la S.S. con el n.º NUM001; SEGUNDO.- En fecha 13-7-2006, solicitó la concesión del subsidio asistencial por desempleo, para mayores de 52 años, prestación que fue denegada por Resolución de la D.P. del INEM de 7-11-2006, por no reunir el periodo de cotización genérico de 15 años para tener derecho a pensión contributiva de jubilación. Interpuesta reclamación previa fue desestimada por Resolución de 18-12-2006; TERCERO.- La actora acredita las siguientes cotizaciones a la S.S. Española:

- Del 1-9-1980 al 31-5-1981: 273 días
- Del 1-7-2004 al 30-6-2006: 730 días (Convenio especial).

CUARTO.- La actora acredita igualmente las siguientes cotizaciones a la S.S. Francesa:

- Del 1-1-1970 al 31-1-1973: 13 trimestres.
- Del 1-1-1975 al 31-3-1980: 21 trimestres.
- Del 1-1-1970 al 31-3-1980: 16 trimestres de cotización asimilada por nacimiento de hijo."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación letrada del Servicio Público de Empleo Estatal formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictó sentencia en fecha 22 de diciembre de 2010, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por el SPEE, contra la sentencia de 16 de marzo de 2007, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de los de Ourense, en proceso sobre subsidio para mayores de 52 años promovido por doña Gregoria recurrente frente al Instituto Nacional de Empleo e INSS, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida desestimando la demanda rectora de autos."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la representación letrada de Doña Gregoria, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 19 de octubre de 2009 (rec. suplicación 4114/2006).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar improcedente el recurso.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 13 de junio de 2012, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Consta en la sentencia recurrida, que la actora, nacida el NUM000 -1947, afiliada a la Seguridad Social, en fecha 13- 7-2006, solicitó la concesión del subsidio asistencial por desempleo, para mayores de 52 años, prestación que fue denegada por Resolución de la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) de 7-11-2006, por no reunir el periodo de cotización genérico de 15 años para tener derecho a pensión contributiva de jubilación. Interpuesta reclamación previa fue desestimada por Resolución de 18-12-2006.

La actora acredita las siguientes cotizaciones a la Seguridad Social española:

- Del 1-9-1980 al 31-5-1981: 273 días.
- Del 1-7-2004 al 30-6-2006: 730 (Convenio Especial).

La actora acredita igualmente las siguientes cotizaciones a la Seguridad Social Francesa:

- Del 1-1-1970 al 31-1-1973: 13 trimestres.
- Del 1-1-1975 al 31-3-1980: 21 trimestres.
- Del 1-1-1970 al 31-3-1980: 16 trimestres de cotización asimilada por nacimiento de hijo.

2.- Presentada demanda contra la referida Resolución, la sentencia de instancia reconoció el derecho de la actora a percibir el subsidio asistencial por desempleo para mayores de 52 años en cuantía del 80% de IPREM vigente en cada momento, con efectos económicos del 14-7-2008 y hasta que proceda legalmente acceder a la jubilación.

3.- Contra dicha sentencia se interpuso por el SPEE recurso de suplicación, que fue estimado por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sentencia de 22-11-2010 (rec. 2717/2007), revocándose la sentencia de instancia para desestimar la demanda. Al efecto la Sala entendió que no resulta acreditado que la actora cuente con la carencia de 15 años para acceder a la jubilación por los arts. 215.1.º.3.º y 161.1b) LGSS, que requiere el subsidio para mayores de 52 años, porque si bien la actora ha cotizado en España 273 días y 730 días al convenio especial; en Francia, de la cotización de 50 trimestres deben excluirse los 16 trimestres que se incluyen como asimilados por cuidado de hijos, "(...) dado que los mismos sólo tienen efectos o pueden ser tenidos en cuenta para la jubilación y no para la prestación que aquí se ha solicitado como expresamente se contiene en la certificación obrante al folio 47 y que ha sido aportada por la propia parte actora (...)" y, por ello, computados sólo 34 trimestres en Francia no se alcanza la carencia genérica exigida por la norma.

SEGUNDO.- 1.- Contra la sentencia dictada por la Sala de suplicación, interpone la actora recurso de casación para la unificación de doctrina, que tiene por objeto la determinación de la validez para el cumplimiento del requisito de la carencia genérica de 15 años, en el supuesto de subsidio de desempleo para mayores de 52 años, de las cotizaciones por jubilación reconocidas en otro Estado miembro de la Unión Europea (por nacimiento o cuidado de hijos).

2.- Se aporta como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19-10-2009 (rec. 4114/2006). En ella la actora, nacida el 24-8-1944, afiliada a la Seguridad Social, cotizó en Alemania del 15-7-

1973 al 24-6-1986, 147 meses, y en España en el Régimen General del 11-1-1982 al 16-6-2005, 1857 días. El INSS informó en fecha 30-12-05 que la actora no reunía el periodo de carencia genérico del art. 161.1b) LGSS y no acreditaba seis años de cotización al desempleo en España. La actora solicitó la concesión de subsidio de desempleo que fue denegada por el SPEE el 24-1-2006, por no reunir el periodo de cotización genérico de 15 años. Presentada la reclamación previa, fue desestimada el 28-3-06.

3.- Impugnada la resolución administrativa ante el Juzgado de lo Social, la sentencia, estimando en parte la demanda interpuesta por la actora, declaró su derecho a percibir el subsidio por desempleo para mayores de 52 años en cuantía del 80% del IPREM vigente en cada momento con efectos económicos del 25-6-2005 y duración hasta el 24-8-2009.

4.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por el SPEE. En sede de revisión fáctica, la recurrente interesa que el hecho probado primero de la sentencia, en la parte en la que literalmente dispone "...cotizó en Alemania del 15-7-1973 al 24-6-1986, 147 meses, y en España al Régimen General del 11-1-1982 al 16-6-2005, 1857 días" se redacte, del modo siguiente: "la parte actora cotizó a la Seguridad Social alemana 103 meses y en España 1857 días". Sin embargo, la Sala no accede por cuanto la cuestión relacionada con la adición de esos cuarenta y cuatro meses, que la Magistrada de instancia considera que deban formar parte del periodo cotizado en Alemania a los efectos de causar derecho a la pensión de jubilación en España, constituye la cuestión nuclear que se debate en este recurso, y más correctamente en el examen del derecho aplicado. Y en cuanto al derecho aplicado la Sala viene a indicar: "(...) partiendo de la resultancia fáctica contenida en la sentencia de instancia, del folio 44, se desprende con claridad (traduciendo del alemán el inciso final de la página) que efectivamente existen dos tipos de cotizaciones en Alemania: las primeras, a las que se identifica con el código 8.1.1, que ascienden a 103 meses, a los efectos del derecho a todo tipo de pensión y las segundas, identificadas con el código 8.1.2, que ascendiendo a 44 meses, sólo lo son a los fines del derecho a la jubilación anticipada para los asegurados "acreedores de largas carreras de seguro", de modo que dentro del periodo de seguro acreditado por la actora en Alemania, se integran, según la legislación alemana, los dos tipos de cotización (...)", entendiéndose que deben tomarse en consideración tales periodos bonificados por Alemania a efectos de la jubilación anticipada, en la cotización acreditada por la actora en dicho Estado.

5.- El recurrente centra el debate en la validez a efectos del reconocimiento del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, de las cotizaciones por jubilación reconocidas en otro Estado miembro de la Unión Europea por nacimiento o cuidado de hijos. La sentencia de contraste, pese a que el recurrente indica que también contempla este hecho, lo cierto es que, según se ha indicado, se refiere a dos tipos de cotizaciones efectuadas en Alemania: las primeras, a las que se identifica con el código 8.1.1, a los efectos del derecho a todo tipo de pensión y las segundas, identificadas con el código 8.1.2, que sólo lo son a los fines del derecho a la jubilación anticipada para los asegurados "acreedores de largas carreras de seguro" sin alusión al nacimiento o cuidado de hijos.

Ello no obstante, entre ambas resoluciones concurre la necesaria identidad sustancial en los hechos, fundamentos y pretensiones en los términos exigidos por el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral para establecer la preceptiva contradicción, por cuanto el debate de fondo en ambas sentencias es la validez para el cumplimiento del requisito de carencia genérica de 15 años, en el supuesto de subsidio por desempleo para mayores de 52 años, de las cotizaciones por jubilación reconocidas en otro Estado miembro de la Unión Europea por distintas causas, y las respuestas de los Tribunales Superiores de Justicia han sido distintas.

TERCERO.- 1.- En motivo único de censura jurídica, la parte recurrente alega la infracción del artículo 215.1.3 de la Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por el R.D.L 1/1994 de 20 de junio (LGSS) en relación con el artículo 161.1.b) de la misma norma y con el artículo 1.r) del Reglamento Comunitario 1408/1971 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad.

Como señala esta Sala IV del Tribunal Supremo, en sentencia de 16-09-2011 (rcud. 58/2011) resolviendo supuesto sustancialmente idéntico: "La línea esencial de discrepancia con la sentencia recurrida estriba en el cómputo por ésta de los trimestres que la legislación francesa reconoce a la trabajadora, como mejora de la pensión de jubilación. Considera la recurrente que dicho periodo de tiempo por tratarse de periodos ficticios no pueden servir para acreditar la carencia genérica necesaria para causar el subsidio de desempleo que se reclama, ya que dichos periodos deberían equipararse a los periodos también ficticios existentes en la legislación española, dado que no responden a ninguna actividad real, que en su día podrán servir para el cálculo de las cotizaciones en la pensión de vejez pero no en otras prestaciones diferentes, al igual que tampoco los periodos de cotización ficticia por razón de edad del trabajador al 1 de enero de 1967, previstos en la Disposición Transitoria Segunda de la Orden de 18 de enero de 1967, reguladora de la prestación de jubilación son computables a dichos efectos.

Se plantea por lo tanto la cuestión relativa al valor que deba atribuirse a efectos del cómputo de un periodo carencial, en este caso el genérico, a un periodo de tiempo, ficticio sin actividad ni cotización real, que en la legislación de otro país, comunitario, se reconoce con un efecto limitado a mejorar o posibilitar la pensión de jubilación.

Sostiene la recurrente que ninguna de las cotizaciones ficticias contempladas en nuestra legislación son utilizables fuera del marco concreto para el que fueron previstas, citando al respecto las atribuidas en función de la naturaleza tóxica, peligrosa o insalubre del trabajo, o bien en función de la edad, Disposición Transitoria Segunda de la Orden

Ministerial de 18 de enero de 1967 por lo que dichas cotizaciones sólo se computan para la carencia necesaria en la pensión de jubilación.

En primer lugar hemos de acudir a la norma comunitaria, artículo 45.1.º del Reglamento 1408/1971 en el que se ordena computar los periodos de seguro cubiertos bajo la legislación de cualquier otro estado miembro, como si se tratase de periodos cubiertos bajo la legislación aplicada por ella.

Ciertamente, en ningún momento el precepto analizado emplea los términos "cubiertos y equivalentes", en cuyo caso toda cotización ficticia del otro estado comunitario debería computarse, con independencia del cómputo de las cotizaciones ficticias que el ordenamiento español pudiera tener en consideración, por lo que al no incluir esa mención, deberían quedar fuera de cómputo.

Este fue el criterio observado en anteriores SSTS pudiendo citar como ejemplo las de 7 de diciembre de 1999 (RCUD. 1202/1999), de 13 de junio de 2000 (RCUD. 3238/1999) y de 16 de febrero de 2006 (RCUD. 1816/2005).

Sin embargo en STS de 17 de julio de 2007 (RCUD. 3650/2005), el Pleno de la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse acerca de otro supuesto de cotizaciones ficticias, en interpretación del artículo 46-b) del Reglamento 1408/1971 en relación con el artículo 1.r) del mismo Reglamento, acomodándola a la efectuada por el TJCE, Sentencia de 3 de octubre de 2.002, núm. C- 347/2000, cuyos razonamientos, en parte reproducimos a continuación: *"Desde una primera sentencia del Pleno de la Sala de 26 de junio de 2.001 (recurso 1156/2000) que dejó sin efecto la anterior doctrina en la que no se tenía en cuenta ninguna cotización que no fuese real para el cálculo de la prorrata (como ejemplo, la sentencia de 7 de diciembre de 1.999, recurso 1202/99) se llegó a la conclusión de que las cotizaciones ficticias de bonificación por edad debían computarse para el cálculo de la prorrata, partiendo de lo dispuesto en el artículo 46.2 b) del Reglamento 1408/71 y matizando que esas cuotas en realidad tenían la condición de "estimadas", más que ficticias.*

Posteriormente se siguió esa línea en la sentencia de 9 de octubre de 2.001 (recurso 3629/2000) y se ratificó en otras posteriores como las de 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. *En todas ellas 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".*

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. 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. Matías, 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 al 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 "Fabrizzii 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.

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.- Dirimiéndose en definitiva en el presente supuesto, una cuestión análoga a la resuelta por la anterior doctrina con las diferencias consistentes en la razón de ser de las cotizaciones ficticias, en la sentencia recurrida es la cotización asimilada por nacimiento de hijo, es decir, conciliación de la vida familiar y laboral y en la que constituye el precedente en las cotizaciones por embarque, aplicándose en el referente doctrinal para el cálculo del porcentaje de la prestación de jubilación y en la sentencia recurrida para alcanzar la carencia necesaria de subsidio de desempleo para mayores de 52 años, en favor de una trabajadora retornada, es de aplicación idéntico criterio. No empece a dicho tratamiento igual el contenido de la prestación que la actora solicita, subsidio de desempleo para mayores de 52 años, dado que la configuración de sus requisitos (como ha señalado la STS de 16-09-2011 -rec. 58/2011 -) adopta como esquema sustantivo el de la pensión de jubilación siendo los requisitos para su obtención, salvo la edad, los que, de existir, comportan la cualidad de beneficiario. Nótese que no se discute en el caso, ni la prorrata de la futura pensión de jubilación, ni cualquier otro requisito para causar derecho al subsidio cuestionado. Y sin que tal resolución entre en colisión con lo resuelto por esta Sala IV en la STS de 7-febrero-2012 (rcud. 1781/2011) -citada por el Ministerio Fiscal en su informe y por el Abogado del Estado en el escrito de impugnación-, al no coincidir la cuestión litigiosa, pues en ésta se discute la consideración o no como periodo de seguro a los efectos de desempleo del tiempo de suscripción de convenio especial de Seguridad Social, reiterando al respecto la doctrina contenida en la STS/IV de 24-enero-2012 (rcud 1054/2011), supuesto distinto al ahora enjuiciado.

TERCERO.- Por lo expuesto y visto el informe del Ministerio Fiscal procede la estimación del recurso al considerar que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia de contraste y que -en consecuencia- la recurrida ha de ser casada y anulada. Sin imposición de costas [art. 233.1 LPL].

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de Doña Gregoria y revocamos la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Galicia en fecha 22/Diciembre/2010 [recurso de Suplicación n.º 2717/07], que a su vez había revocado la resolución -estimatoria de la demanda- que en 16/Marzo/2007 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 2 de los de Ourense [autos 89/2007], seguidos a instancias de la recurrente contra INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO -SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL- y el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, sobre subsidio de desempleo; y resolviendo el debate en Suplicación desestimamos el recurso de tal clase formulado por el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, confirmando la sentencia recurrida. Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social 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.

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