

RECURSO N°: Suplicación / E_Suplicación
1821/2016

SENTENCIA N°: 1950/2016

N.I.G. P.V. 20.05.4-15/003739

N.I.G. CGPJ 20069.34.4-2015/0003739

**SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO**

En la Villa de Bilbao, a 11 de octubre de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los/as Ilmos/as. Sres/as. D. MANUEL DÍAZ DE RÁBAGO VILLAR, Presidente en funciones, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D.EMILIO PALOMO BALDA, Magistrados/as, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el Recurso de Suplicación interpuesto por INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social num. 2 de los de DONOSTIA / SAN SEBASTIAN de fecha 28 de abril de 2016, dictada en proceso sobre OSS, y entablado por frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Es Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. MANUEL DIAZ DE RABAGO VILLAR, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

"PRIMERO.- , con DNI y NASS
nacida el 5 de abril de 1954, cotizó 11.021 días al Régimen General de la

Seguridad Social en diversos periodos: desde el 1 de octubre de 1972 hasta el 1 de enero de 1973 (90 días), desde el 16 de junio de 1975 hasta el 19 de mayo de 2003 (10.200 días), y desde el 27 de mayo de 2003 hasta el 26 de mayo de 2005 (731 días). (Folios 41 y 53).

SEGUNDO.- El 27 de julio de 2015 la actora solicitó la jubilación anticipada al INSS, la cual denegó la misma por no tener la demandante cumplida la edad de 65 años a la fecha del hecho causante.

Frente a ello se formuló reclamación administrativa en fecha de 9 de septiembre de 2015, la cual fue desestimada el 16 de octubre del mismo año por entender el INSS que faltaban 19 días de cotización, no computando el periodo alegado como Servicio Social de la Sección Femenina al considerar que no tenía cabida en el art. 161 bis 2c) LGSS. (Folios 4, 5 y 6).

Frente a ello se presentó la demanda que nos ocupa.

TERCERO.- La base reguladora es de 907,62 €, aplicándose un porcentaje o coeficiente del 61,20 %, por lo que la pensión inicial será de 555,46 €, con efectos desde el 28 de julio de 2015, tal y como manifestó el INSS sin protesta por la demandante y de acuerdo al expediente administrativo (folio 52)."

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:

"Que estimo la demanda formulada por _____ frente al
INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TGSS, y en su virtud:

1.- Declaro el derecho de la actora a la obtención de la pensión de jubilación anticipada, con una base reguladora de 907,62 €, en un porcentaje del 61,20 %, y con efectos económicos desde el 28 de julio de 2015."

TERCERO.- Frente a dicha resolución se interpuso el Recurso de Suplicación, por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL que fue impugnado por el demandante

CUARTO.- El 23 de septiembre de 2016 se recibieron las actuaciones en esta Sala, deliberándose el recurso el 11 de octubre siguiente, interviniendo el magistrado Sr. Palomo en vez del Sr. Iturri por la ausencia justificada de éste.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El INSS recurre en suplicación, ante esta Sala, la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Donostia/San Sebastián, de 28 de abril del año en curso, que estimando la demanda interpuesta por D^o el 24 de noviembre de 2015, ha declarado su derecho a cobrar pensión de jubilación anticipada desde el 28 de julio de ese año, en cuantía inicial del 61,20% de 907,62 euros/mes, con cargo a dicho Instituto, dejando sin efectos la resolución de éste que confirmó la denegación de la pensión por faltarla 19 días para reunir el período de cotización mínima exigido para tener derecho a ella (1950 días), al no ser computables a estos efectos el período, alegado por ella, de noventa días de prestación del servicio social obligatorio de la sección femenina efectuado en el último trimestre del año 1972.

El Juzgado sustenta su decisión en considerarlo equiparable a la prestación social sustitutoria del servicio militar contemplada en el art. 161 bis.2.c) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por R. Decreto legislativo 1/1994 (LGSS), en su redacción dada por el art. 3.tres de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, evitando con ello una situación de discriminación por razón de sexo, prohibida por el art. 14 de nuestra Constitución (CE), en línea con lo resuelto por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en sentencia de 9 de septiembre de 2014 (rec. 338/2014).

El recurso del INSS quiere cambiar ese pronunciamiento por otro que desestime la demanda, a cuyo fin articula un primer motivo destinado a revisar los hechos probados en

dos extremos y otro en el que denuncia la infracción jurídica cometida por la sentencia recurrida en la resolución del litigio.

Recurso impugnado por la demandante, que asume las razones del Juzgado.

SEGUNDO.- A) Se denuncia, en primer lugar, que el Juzgado no debió declarar probado lo que consta en el hecho probado primero sino únicamente que la demandante tiene cotizados 10.931 días en el régimen general de la seguridad social.

Lo sustenta en el informe de vida laboral que aportó en juicio y en su resolución denegatoria de la reclamación previa (folios 53 y 19 de los autos, respectivamente).

B) La Sala lo desestima por diversas razones.

En primer lugar, el primero de esos documentos es un informe de vida laboral que no sólo carece de firma y de sello de autoría, sino que expresamente dice que es de uso “exclusivamente interno de la Administración” y que, a mayor abundamiento, nada dice sobre los días cotizados por la demandante sino únicamente los días en que estuvo en alta en el sistema de Seguridad Social.

En cuanto al segundo, porque lo único que acredita es la razón que el INSS da para denegar la reclamación previa de la demandante, en términos que el Juzgado ya recoge en el hecho probado segundo, pero no que la misma se ajuste a la realidad.

Se propone, además, eliminar del relato la fecha de nacimiento de la demandante, cuando es la que consta en ese informe de vida laboral.

En fin, como razón última, por su carácter superfluo, ya que resulta pacífico entre las partes que los noventa días que el Juzgado considera como cotizados entre el 1 de octubre de 1972 y el 1 de enero de 1973 no lo fueron, recogiendo así el Juzgado sólo como fruto de la conclusión jurídica a la que llega, considerándolos como días

computables por aplicación de lo dispuesto en el art. 161 bis.2.c) LGSS, lo que no altera su auténtica naturaleza jurídica y hace innecesario que se ataque por la vía de revisión de los hechos probados, ya que no es tal su naturaleza.

Conviene resaltar, no obstante, que el Juzgado parte, para ello, de considerar acreditado que la demandante inició la prestación del servicio social de la Sección Femenina el 1 de octubre de 1972 en San Sebastián con base en el certificado extendido el 3 de julio de 2015 por el subdirector general de asuntos generales y coordinación del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, extraído de los datos que constaban en el Archivo General de la Administración, considerándolo base suficiente para deducir que por lo menos los prestó durante los 90 días mínimos de trabajo efectivo previstos en su legislación reguladora y teniendo en cuenta el deber de colaboración entre Administraciones Públicas contemplado en el art. 141 LRJSP.

TERCERO.- A) La segunda revisión afecta al ordinal segundo de los hechos probados, en su primer párrafo, que quiere sustituir por un texto expresivo de que la solicitud formulada el 27 de julio de 2015 fue denegada por no tener 1950 días (30 años) efectivos cotizados, el período mínimo de cotización exigido para acceder a la prestación solicitada,

Revisión que ampara en la misma documental que en el caso anterior.

B) Tampoco tiene éxito por varias razones.

Así, ninguno de los documentos desembocan revelan la respuesta del INSS a la inicial petición de jubilación anticipada.

Además, obra en autos la resolución denegatoria y en ella se argumenta precisamente en los términos recogidos por el Juzgado.

Parte del texto propuesto no es de naturaleza fáctica sino jurídica (los días de cotización que precisaba la demandante para tener derecho a la pensión)

Finalmente, se ataca un hecho probado anodino para alterar la suerte del litigio, ya que el Juzgado no sustenta su pronunciamiento en esa respuesta inicial del INSS.

CUARTO.- A) Desde la vertiente jurídica se reprocha a la sentencia que aplica indebidamente el art. 161.bis.2.c) LGSS, dado que contempla exclusivamente el cómputo del servicio militar obligatorio y de la prestación social sustitutoria, recalcando además que indique “a estos exclusivos efectos”, lo que lee como expresión de que no cabe extenderlo a otros supuestos análogos. Por otra parte, afirma que el certificado presentado sólo acredita el día que la demandante inició el servicio social de la Sección Femenina, sin que tampoco conste que lo hiciera al menos en los diecinueve días que precisaba para completar el período de cotización mínima.

B) Vulneración no cometida por el Juzgado en su muy fundada sentencia, según explicamos.

Con carácter previo, hemos de descartar el segundo punto de su denuncia, ya que ataca una conclusión fáctica del Juzgado que éste extrae, aunque sea por presunción humana, sin que el certificado que se alega se oponga a ello. En cualquier caso, la conclusión del Juzgado se refuerza desde el momento en que según el art. 4 del Decreto de creación del Servicio Social, aunque podía cumplirse fraccionadamente, el período mínimo era de un mes de servicio continuado, con lo que D^a hubo de cumplir, al menos, ese mes.

Por lo demás, hemos de partir de que el art. 161 bis.2.c) LGSS, en la redacción de aplicación al caso, exige treinta años de cotización efectiva para poder acceder a la pensión de jubilación anticipada, que D^a en principio no cumple por faltarle diecinueve días.

Ahora bien, ese mismo precepto nos dice, en su segundo inciso: *“A estos exclusivos efectos, se computará como cotizado a la Seguridad Social, el período de*

prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el máximo de un año.”

Lo primero a señalar, es que la expresión “a estos exclusivos efectos” no tiene el sentido que el INSS le da, sino únicamente el de indicar que los períodos que, aún sin cotización, se van a computar como cotizados, lo son únicamente a efectos de reunir ese período mínimo de cotización de treinta años, sin incidir en otros elementos de esa prestación (concretamente, para fijar el porcentaje de la misma por años cotizados).

Se trata, no obstante de una norma que, al contemplar una excepción a la regla general, no puede tener interpretaciones extensivas.

Ahora bien, un canon prioritario de interpretación normativa es el de leer la norma en términos compatibles con nuestra Constitución, desechando comprensiones de la misma que la vulneren, según ordena a los jueces el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Por lo demás, el art. 3.1 del Código Civil (CC) nos dice que *“las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”*.

El examen de la tramitación parlamentaria de la Ley 40/2007 revela que el proyecto inicial no incluía ese inciso segundo del art. 161 bis.2.c), que sólo aparece a consecuencia del informe de la ponencia en el Congreso, sin que conste indicación alguna de que bajo la expresión “prestación social sustitutoria” quisiera acotarla a la contemplada entonces en el ordenamiento jurídico, en desarrollo del art. 30.2 CE.

La Sala entiende que bajo esa expresión cabe entender incluido, igualmente, el período de trabajo obligatorio efectuado por las mujeres al amparo del Servicio Social creado por Decreto de 7 de octubre de 1937 y reglamentado por Decreto de 28 de noviembre de 1937, con sus modificaciones aprobadas por Decretos de 31 de mayo de 1940 y 9 de febrero de 1944, vigente hasta el 1 de septiembre de 1978, en que entró en vigor el R. Decreto 1914/1978, de 19 de mayo, que lo suprimió, toda vez que se configuró como un deber nacional de las mujeres españolas de 17 a 35 años, que mientras lo cumplían se consideraban empleadas en el servicio inmediato a España (art. 2 del Reglamento), con un régimen jurídico equiparable en parte al de los varones al servicio de

las armas (arts. 4 y 5 del Reglamento), viniendo a cumplir, por tanto, para las mujeres, una función sustitutoria del servicio militar obligatorio de los varones.

Por otra parte, la lectura de la norma de forma compatible con la prohibición constitucional de la discriminación por razón de sexo refuerza esa misma comprensión.

En fin, la razón de la equiparación como días cotizados, a efectos del cumplimiento del período mínimo de cotización, se advierte fácilmente: se trata de un período de trabajo activo prestado al Estado, en beneficio y por orden de éste, excluido legalmente de cotización. La similitud de situación es patente y, por ello, debe operar la finalidad protectora que se pretende con ese cómputo como días cotizados.

El recurso, por lo expuesto, se desestima, en línea con lo resuelto por la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura.

QUINTO.- No cabe condena en costas, al disponer el INSS del beneficio de justicia gratuita por su condición de entidad gestora de la Seguridad Social (art. 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita), que impide la aplicación del art. 235.1 LJS.

FALLAMOS

Se desestima el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal del INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Donostia/San Sebastián, de 28 de abril de 2016, dictada en sus autos nº 725/2015, seguidos a instancias de D^a , frente al hoy recurrente y la TGSS, sobre pensión de jubilación anticipada, confirmando lo resuelto en la misma. Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina en

los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen para el oportuno cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por **Letrado** dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los **10 días hábiles** siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al preparar el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala. -

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los **ingresos** a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000-66-1821/16.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-1821/16.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del regimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.