



Roj: STSJ EXT 1376/2014 - ECLI:ES:TSJEXT:2014:1376
Id Cendoj: 10037340012014100437
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Cáceres
Sección: 1
Nº de Recurso: 338/2014
Nº de Resolución: 438/2014
Procedimiento: RECURSO SUPPLICACION
Ponente: ALICIA CANO MURILLO
Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIAL

CACERES

SENTENCIA: 00438/2014

T.S.J.EXTREMADURA SALA SOCIALCACERES

C/PEÑA S/Nº (TFNº 927 620 236 FAX 927 620 246)CACERES

Tfno: 927 62 02 36-37-42

Fax:927 62 02 46

NIG: 10037 34 4 2013 0100448

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: 338/14

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA Nº 167/13 JDO. DE LO SOCIAL nº 4 de BADAJOZ..

Recurrente/s: Sandra .

Abogado/a: DIEGO ANGEL BALLESTEROS MARTÍNEZ

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Recurrido/s: JUNTA DE EXTREMADURA, INNS, TGSS.

Abogado/a:

Procurador/a:

Graduado/a Social:

Ilmos. Sres.

D. PEDRO BRAVO GUTIÉRREZ

Dª ALICIA CANO MURILLO D. JOSÉ GARCÍA RUBIO

En CÁCERES, a nueve de Septiembre de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la SALA DE LO SOCIAL DEL T.S.J. DE EXTREMADURA, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 438/14

En el RECURSO SUPPLICACIÓN Nº 338/14, interpuesto por el Sr. LETRADO D. DIEGO ÁNGEL BALLESTEROS MARTÍNEZ en nombre y representación de D.^a Sandra , contra la sentencia número 124/14 dictada por JDO. DE LO SOCIAL Nº 4 de BADAJOZ en el procedimiento DEMANDA 167/13, seguido a instancia de la recurrente , frente a la JUNATA DE EXTREMADURA parte representada por el SR. LETRADO DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL, el **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL siendo Magistrado-Ponente la Ilma Sra. D. ALICIA CANO MURILLO .

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D.^a Sandra presentó demanda contra la JUNTA DE EXTREMADURA , **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** , siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 124/14., de fecha Treinta y uno de Marzo de dos mil trece.

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados: "PRIMERO. D Sandra , nacida el día NUM000 de 1951, ha cotizado a la Seguridad Social, a los efectos de la prestación de **jubilación** solicitada, diez mil seiscientos cincuenta y ocho días. SEGUNDO. La demandante presentó una solicitud de pensión de **jubilación** ante el INSS el día 21 de noviembre de 2012.La Dirección Provincial de Badajoz del **Instituto Nacional de la Seguridad Social** dictó una resolución denegando la pensión solicitada basándose en los siguientes motivos: porque en la fecha del hecho causante, 15 de octubre de 2012, reúne 10.446 días de cotización efectiva en lugar de 10.950 días exigidos legalmente para acceder a la **jubilación** anticipada, según lo establecido en el artículo 161 bis 2. C) de la LGSS . TERCERO. Interpuesta reclamación administrativa previa frente a aquella resolución, fue desestimada por medio de resolución de la Dirección Provincial de Badajoz del **Instituto Nacional de la Seguridad Social** de fecha 22 de enero de 2013."

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva: "Desestimo la demanda presentada por D Sandra contra el INSSI laTGSS y la Junta de Extremadura. Por ello, absuelvo a los demandados de todas las pretensiones contenidas en la misma."

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por D^a Sandra interponiéndolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos a esta Sala, tuvieron entrada en fecha Trece de Junio de 2014.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día para los actos de deliberación, votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: La sentencia de instancia desestima la demanda deducida por la actora por entender que carece del derecho a la pensión de **jubilación** anticipada interesada ante el INSS el 21 de noviembre de 2012 porque a la fecha del hecho causante, el 15 de octubre de 2012, reúne un total de 10.658 días, precisando para causar derecho a la pensión 10.950 días, incluyendo en dicho periodo el que no tuvo en cuenta la Entidad Gestora trabajados para la Junta de Extremadura. Frente a dicha resolución se alza la vencida en la instancia, interponiendo el presente recurso de suplicación. Y en un primer motivo de recurso, con amparo procesal en el apartado a) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), denuncia la infracción por la resolución de instancia de los artículos 24 y 25 de la Constitución Española , en relación con el artículo 218 de la LEC y 248 de la LOPJ porque entiende que la sentencia de instancia carece de hechos probados que sustenten el fallo, hasta el punto de que no se constata los hechos que motivan la desestimación de la pensión de **jubilación**, sin mayores razonamientos al respecto. Y dicho alegato no puede prosperar por cuanto que lo que mantiene el recurrente no es acorde con la realidad fáctica de la resolución de instancia, pues en la misma se incluyen los hechos que el órgano de instancia considera probados, que motiva suficientemente en la fundamentación jurídica, en estricto cumplimiento del artículo 97.2 de la LRJS , que ni siquiera se cita como infringido, sin causar indefensión de clase alguna, haciendo constar los días cotizados a la Seguridad Social, la fecha de la solicitud de la pensión el tenor de la resolución del INSS denegatoria de la misma, y el agotamiento de la vía previa administrativa. Lo que no consta, que suponemos es a lo que se

refiere el recurrente, son los periodo que considera el recurrente han de tenerse en cuenta como cotizados, y que por cierto desglosa la resolución de instancia en el fundamento de derecho segundo, por la sencilla razón de que considera y razona que no pueden tenerse en consideración a los efectos de la carencia necesaria para lucrar la pensión solicitada.

Y en segundo lugar, inadecuadamente, sostiene que la sentencia vulnera las garantías procesales porque infringe el artículo 14 de la Constitución, alegato que no tiene cabida en este motivo de recurso, que tiene por objeto "Reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión", pues evidentemente no cita precepto adjetivo alguno infringido.

SEGUNDO: En el segundo motivo de recurso, con amparo procesal en el apartado b) del artículo 193 de la LRJS, el recurrente solicita la revisión del relato fáctico declarado probado, interesando en primer lugar la adición de un nuevo hecho probado del siguiente tenor, identificado como ordinal cuarto "Que la actora prestó servicios para la Junta de Extremadura durante el mes de agosto de 1985, existiendo obligación de cotizar por la misma durante un periodo de 31 días". Y a tal pretensión podemos acceder pero de forma parcial, pues responde a la prueba que obra en el expediente administrativo, folios 89 y 90, en lo que atañe a la prestación de servicios y así lo reconoció la Administración Autonómica en el acto de juicio al tiempo de contestar a la demanda frente a ella deducida, tal y como se extrae del soporte informático que lo documenta ex artículo 89 de la LRJS, pero no a la valoración jurídica que pretende introducir, pues, como nos recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2014, R 242/2013, y las que en ellas se citan, las valoraciones jurídicas están excluidas del relato fáctico declarado probado.

En segundo lugar, interesa la inclusión de un hecho probado quinto del siguiente tenor "Que la actora realizó el Servicio Social Obligatorio de la Mujer según Decreto de 7/10/1937 durante todo el año 1971, durante un total de **365 días**", a lo que podemos acceder en lo que atañe al periodo del servicio, no la regulación por lo anteriormente razonado, por responder a los documentos en que se apoya, obrantes a los folios 86, 87 y 88 de los autos, consistentes en la certificación de la Autoridad competente y por resultar un hecho indiscutido, tal y como se extrae de la fundamentación jurídica de la resolución de instancia.

En tercer lugar interesa la adición de un hecho probado sexto del siguiente tenor "Que la actora estuvo dada de alta en el RETA entre los días 1/7/1982 a 28/2/1983, si bien las cotizaciones de dicho periodo se abonaron por reclamación de la Entidad Gestora pero antes de producirse el hecho causante que motiva la prestación de **jubilación**, un total de 243 días de cotización". Y a tal pretensión no hemos de acceder por dos motivos. El primero que lo que respecta al periodo que pretende añadir ya consta en fundamento de derecho segundo de la resolución de instancia, si bien el periodo indicado no lo tiene en cuenta el órgano de instancia por las razones que expone. En segundo lugar porque del documento obrante al folio 41 de los autos en que se sustenta no se extrae lo que pretende añadir, pues es una consulta general de informe de cotización en el que en modo alguno consta cuando se abonaron las cotizaciones de forma extemporánea ni la razón de dicho abono.

Y finalmente solicita la adición de un hecho declarado probado séptimo con el siguiente tenor "Que la actora acredita a los efectos de la prestación de **jubilación** solicitada un total de 11.299 días", que pretende sustentar en los documentos citados para las precedentes pretensiones revisorías. Y a ello, es obvio, no podemos acceder, por cuanto que lo que pretende añadir constituye una conclusión jurídica, que, como hemos visto, queda extramuros del relato fáctico. Es un evidente concepto jurídico predeterminante del fallo, como nos ilustra la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 19 de junio de 1989, una cosa es las valoraciones del juzgador al sentar el relato fáctico y otra la calificación jurídica de los datos subsumidos en la norma, y sólo cuando la valoración entraña calificación, como es el caso, estaremos ante el supuesto en que se prejuzgue el fallo y entonces el resultado será tener por no puesta la afirmación predeterminante del fallo, que aplicado al supuesto contemplado, sería no acceder a adicionar las mismas en el relato de hechos probados. Y es que no es admisible el intento de introducir en la relación fáctica conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, ni cualquier valoración jurídica, respecto de los hechos, que en este tipo de motivos es por completo inoperante (la STS de 8 de febrero de 2010, rec. 107/2009, y de 11 de noviembre de 2010, rec. 153/2009, que se remite a la anterior), tal y como ya hemos adelantado.

SEGUNDO: En el segundo motivo de recurso, con adecuado cobijo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, el recurrente denuncia en primer lugar la infracción de los artículos 103 y 104 de la LGSS, denuncia que ha de prosperar en tanto en cuanto la Entidad Gestora no ha tenido en consideración como cotizado el mes de agosto de 1985 en el que la demandante prestó servicios para la Junta de Extremadura, teniendo en cuenta la revisión fáctica a la que hemos dado lugar, y sin olvidar que en el acto de

la vista, en fase de conclusiones, la representación letrada del INSS y TGSS admitió los periodos cotizados que obran en los boletines de cotización, TC1 y TC2 por el periodo de enero a agosto de 1985, quitando junio de 1985.

En segundo término el recurrente considera que se ha de tener en consideración el periodo de Prestación Social Obligatoria de la Mujer, realizado por la actora en el año 1971, al entender que su no cómputo vulnera el artículo 14 de la Constitución Española en relación con el artículo 9 del propio Texto Legal, a la vista de lo dispuesto en el artículo 161.bis 2 c) de la Ley General de la Seguridad Social, en tanto en cuanto establece, al enumerar los requisitos que se han de cumplir para tener acceso a la pensión solicitada, además del periodo de cotización exigible, que "A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año". En este punto hemos de dar la razón al recurrente pues efectivamente la demandante acredita el cumplimiento del Servicio Social instaurado por Decreto de 7 de octubre de 1937 que se conceptuaba como prestación de carácter obligatorio para todas las mujeres solteras y útiles que no estuvieran empleadas en otros servicios públicos, que surge al calor del conflicto civil español. El indicado decreto, promulgado antes del Fuero del Trabajo- (BOE, número 379 de 11 de octubre) obligaba a la mujer a la prestación del Servicio Social: "La imposición del "Servicio Social" a la mujer española ha de servir para aplicar las aptitudes femeninas en alivio de los dolores producidos en la presente lucha y de las angustias sociales de la post-guerra, a la vez que valerse de la capacidad de la mujer para afirmar el nuevo clima de hermandad que propugnan los veintiséis puntos programáticos", siendo necesario justificar el haber cumplido con el Servicio Social para el ejercicio de funciones públicas o la obtención de títulos profesionales. Precisamente se justificaba en el Preámbulo del citado Decreto de la siguiente forma: "Hasta hoy el servicio militar obligatorio cumplía esos fines mediante la movilización de todos los hombres aptos para el manejo de las armas. Futuras medidas de gobierno ensancharán en España la extensión e intensidad de esta prestación varonil a los designios del Estado. Respecto de la mujer nada había sido establecido hasta el día. Quedaba, pues, apartada del servicio inmediato de la Patria y del Estado, los cuales no recibían el caudal de colaboraciones y esfuerzos que la mujer española puede proporcionarles en abundancia y rectitud". Y con ello queremos significar que, siendo obligatorio hasta que es derogado el Decreto por Real Decreto de 19 de mayo de 1978, no discutiendo las partes el periodo de dicho Servicio Social, ha de asimilarse, teniendo en cuenta el Decreto que lo instaura, y teniendo en cuenta que su no consideración sería discriminatoria por razón de sexo (artículo 14 de la Constitución Española) al servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria, debiendo por ello tener en cuenta a los efectos de periodo cotizado los **365 días** que se invocan.

Finalmente en lo que respecta al periodo de 1 de julio de 1982 al 28 de febrero de 1982, que no se computa porque las cotizaciones se efectuaron después de formalizar el alta en el RETA de la Seguridad Social, el recurrente cita como preceptos infringidos el artículo 28.2 y 3.c) del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto. En cuanto a ello, teniendo en cuenta que el hecho causante se produce el 15 de octubre de 2012, cuestión sobre la que no se ha planteado debate, hemos de estar a la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia para desestimar la pretensión deducida por el recurrente. Ello es así, pues como nos enseña la sentencia del Alto Tribunal de 21 de mayo de 2001, RCU 3850/2000, en aplicación de la Disposición Adicional Novena de la LGSS en la redacción dada por la Ley 66/1997, 30 diciembre («B.O.E.» 31 diciembre), de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la validez, a efectos de las prestaciones, de las cuotas anteriores al alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, únicamente se aplicará con respecto a las altas que se hayan formalizado a partir de 1 de enero de 1994, razonando:

<<La solución jurídicamente correcta es la contenida en la sentencia recurrida por los argumentos que a continuación se indicarán, asumiendo la doctrina de esta Sala, recaía en un supuesto análogo al ahora enjuiciado, contenida en la STS/IV 27-III- 2000 (recurso...), en la que se establecía que "en la fecha en que se produjo el hecho causante ya estaba en vigor la modificación que la Ley 66/1997 hizo de la Disposición Adicional Novena de la LGSS a la que añadió un párrafo según el cual las previsiones realizadas en los párrafos anteriores, respecto de la eficacia de las cotizaciones efectuadas fuera de plazo en el RETA, "únicamente será de aplicación con respecto a las altas que se hayan formalizado a partir de 1-enero-1994". Por tanto, el supuesto de autos, perfectamente incardinable en esta previsión legal, no podía beneficiarse del reconocimiento que había efectuado la Ley 22/1993, con efectos de 1-enero-1994 y que había dado lugar a una copiosa jurisprudencia de ésta Sala (sentencias, entre otras, de 18 de marzo, 20 de marzo, 22 de abril, 5 de mayo EDJ, 7 de julio de 1997 y 22 de julio de 1998)".

TERCERO: De lo hasta aquí expuesto se concluye que al periodo cotizado reconocido por la resolución de instancia, 10.658 días, hemos de adicionar 31 días de agosto de 1985 y **365 días** del Servicio Social

obligatorio prestado en el año 1971, que hacen un total de 11.054 días cotizados, superiores a los treinta años o 10.950 días exigidos por el artículo 161 bis 2.c) de la LGSS en la versión vigente a la fecha del hecho causante, razón por la que hemos de estimar el recurso interpuesto, declarando el derecho de la actora a lucrar la pensión de **jubilación** anticipada interesada.

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

ESTIMANDO el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA Sandra contra la sentencia de 31 de marzo de 2013, dictada en autos número 167/2013, seguidos ante el Juzgado de lo Social número 4 de los de Badajoz por la recurrente frente al **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL**, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la JUNTA DE EXTREMADURA, REVOCAMOS la citada resolución, para, estimando la demanda interpuesta, declarar el derecho de la actora al percibo de la pensión de **jubilación** anticipada, condenando a las demandadas a estar y pasar por la precedente declaración, y a las Entidades Gestoras al pago de la prestación en la cuantía y forma que legalmente correspondan.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta sala.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o beneficio de asistencia jurídica gratuita, deberá consignar la cantidad de 600 euros, en concepto de depósito para recurrir, en la cuenta expediente de este Tribunal en SANTANDER Nº 1131 0000 66 0338/14, debiendo indicar en el campo concepto, la palabra "recurso", seguida del código "35 Social-Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta genérica proporcionada para este fin por la entidad ES55 0049 3569 92 0005001274, en el campo "observaciones o concepto" en bloque los 16 dígitos de la cuenta expediente, y separado por un espacio "recurso 35 Social-Casación". La Consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá ingresarse en la misma cuenta. Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sala.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN

En el día de su fecha fue publicada la anterior sentencia. Doy fe.