

[TS][Social] 17-9-2010 CASO GRANADA. Servicio militar. No computa para la jubilación.

La cuestión debatida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, resuelta ya con reiteración por esta Sala, consiste en determinar si el período de servicio **militar que superó los 9 primeros meses (el actor, de quien no consta que hubiera ostentado la condición de personal profesional de las fuerzas armadas o haber sido funcionario o empleado público,** desempeñó un tiempo de servicio de 1 año, 11 meses y 18 días entre el 9 de junio de 1967 y el 26 de mayo de 1969: folio 54 de los autos, al que se remite el hecho probado 4º), puede ser computado como cotizado en el Régimen de Clases Pasivas y, en consecuencia, si aquél concreto período que excedió de 9 meses puede alcanzar efectos (cómputo recíproco) sobre la pensión de jubilación que el INSS le reconoció a partir del 21 de octubre de 2005.

En la sentencia recurrida consta que el demandante, nacido el 12 de abril de 1945 , reúne un total de 1.712 días de cotización en España y 12.111 días en otros países, y que, solicitada la pensión de jubilación el 20 de octubre de 2005, le fue reconocida por resolución del INSS del 11 de febrero de 2008, con efectos económicos desde el 21 de octubre de 2005, la pensión teórica de 268,88 euros y el 13,40 de porcentaje con cargo a España.

El 13 de marzo de 2008, el demandante solicitó del INSS la revisión de dicha pensión por entender, en lo que al presente recurso interesa, que se debería tener en cuenta, como período cotizado, el tiempo de servicio militar por encima de 9 meses y que, en consecuencia, el porcentaje a cargo de España debió alcanzar el 16,68%.

La sentencia de instancia, confirmando la resolución administrativa que denegó la pretensión revisora del pensionista, desestimó la demanda en su integridad, pero la Sala de Andalucía/Granada, en la sentencia de 28 de octubre de 2009 (R. 1597/09) que es ahora objeto del recurso de casación unificadora, estimó en parte el recurso de suplicación del demandante al llegar a la conclusión -- también en lo que aquí interesa--, **en síntesis, "que ha de computarse como cotizado el tiempo que exceda de nueve meses de servicio Militar obligatorio"**.

El Supremo estima el recurso de la Seguridad Social.

(Sentencia 17 de septiembre de 2010)

TEXTO COMPLETO

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Septiembre de dos mil diez.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto en nombre y representación de INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra sentencia de fecha 28 de octubre de 2009, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en el recurso nº 1597/09, por la que se resuelve el recurso de suplicación interpuesto por D. Saturnino , contra la sentencia de fecha 27 de febrero de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Granada, en autos nº 613/08 seguidos por D. Saturnino frente a INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (INSS), y TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (TGSS), sobre reclamación de cotizaciones.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Luis Gilolmo Lopez,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-Con fecha 27 de febrero de 2009 el Juzgado de lo Social nº 3 de Granada dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por Don Saturnino contra INSS y TGSS, absolviendo a la parte demandada de lo pretendido en su contra."

SEGUNDO.-En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

" 1. Solicitada -en 20/10/05- por el actor, Saturnino , con DNI nº NUM000 , nacido en fecha 12/04/1945, afiliado al REA de la Seguridad Social, con el nº NUM001 , pensión de jubilación, la misma le fue reconocida por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha 11/02/08, en los siguientes términos:

-Efectos económicos 21/10/05

-Base Reguladora 478,13

-Porcentaje por años de cotización 100,00

-Coeficiente reductor por edad	0,60
-Porcentaje aplicable a la base reguladora	60,00
-Pensión teórica	286,88
-S. Barreira: 250 Bonif. 1462 Reales	
-Días de cotización en España	1712
-Días de cotización en otros países	12111
-Porcentaje a cargo de España	13,40
-Límite de días	12775
-Pensión básica	38,44

2.

Solicitada por el actor, en 13/03/08, revisión de su pensión de jubilación, en los términos que resultan de su escrito que se reproduce (folios 57 y 58 de autos), la misma fue desestimada por Resolución de 17/03/08, que asimismo se da por reproducida (folio 52 de autos).

3.

Planteada por el actor Reclamación Previa, en 5/05/08 (folios 5 y 6 de autos), la misma fue desestimada por Resolución de 15/05/08, que se reproduce (folios 75 y 76 de autos). La demanda fue presentada en fecha 02/07/08.

4.

El actor prestó servicio militar obligatorio en los términos que se detallan en el Certificado de la Dirección de Personal del Ministerio de Defensa, de fecha 1/04/08, que se da por reproducido (folio 54 de autos), habiendo desempeñado un tiempo de servicio de 1 año, 11 meses y 18 días.

5.

La vida laboral del actor en España es la que se refleja en el Informe obrante a folio 29 de autos, que se da por reproducido. "

TERCERO.-La citada sentencia fue recurrida en suplicación por D. Saturnino ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, la cual dictó sentencia en fecha 28 de octubre de 2009 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por Saturnino contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de los de Granada en fecha veintisiete de febrero de dos mil nueve , en Autos seguidos a instancia de Saturnino en reclamación sobre SEGURIDAD SOCIAL contra INSS y TGSS, debemos revocar y revocamos la sentencia Recurrida y declaramos que:

- a) La prorrata de la pensión del actor a cargo de España debe ser del 16,68%, consecuencia de incluir 420 días de Servicio Militar en el periodo cotizado.*
 - b) Que la base Reguladora de la pensión debe ser de 1041,22 euros, base media.*
 - c) Que la actualización que se efectúe tendrá efectividad económica desde tres meses anteriores a la solicitud de Revisión efectuada en 13.3.2008.*
- Condenamos a las Gestoras demandadas a estar y pasar por ello y realizar lo necesario para su efectividad."*

CUARTO.-Por D^a María Alonso Gómez, Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, se preparó recurso de casación para unificación de doctrina. En su formalización se invocó como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Granada, de 28 de noviembre de 2007 , recurso nº 1264/07.

QUINTO.-Por providencia de esta Sala de fecha 28 de abril de 2010 se procedió a admitir a trámite el citado recurso; pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 14 de septiembre de 2010, en el que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .-La cuestión debatida en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, resuelta ya con reiteración por esta Sala, consiste en determinar si el período de servicio militar que superó los 9 primeros meses (el actor, de quien no consta que hubiera ostentado la condición de personal profesional de las fuerzas armadas o haber sido funcionario o empleado público, desempeñó un tiempo de servicio de 1 año, 11 meses y 18 días entre el 9 de junio de 1967 y el 26 de mayo de 1969: folio 54 de los autos, al que se remite el hecho probado 4º), puede ser computado como cotizado en el Régimen de Clases Pasivas y, en consecuencia, si aquél concreto período que excedió de 9 meses puede alcanzar efectos (cómputo recíproco) sobre la pensión de jubilación que el INSS le reconoció a partir del 21 de octubre de 2005.

En la sentencia recurrida consta que el demandante, nacido el 12 de abril de 1945 , reúne un total de 1.712 días de cotización en España y 12.111 días en otros países, y que, solicitada la pensión de jubilación el 20 de octubre de 2005, le fue reconocida por resolución del INSS del 11 de febrero de 2008, con efectos económicos desde el 21 de octubre de 2005, la pensión teórica de 268,88 euros y el 13,40 de porcentaje con cargo a España.

El 13 de marzo de 2008, el demandante solicitó del INSS la revisión de dicha pensión por entender, en lo que al presente recurso interesa, que se debería tener en cuenta, como período cotizado, el tiempo de servicio militar por encima de 9 meses y que, en consecuencia, el porcentaje a cargo de España debió alcanzar el 16,68%.

La sentencia de instancia, confirmando la resolución administrativa que denegó la pretensión revisora del pensionista, desestimó la demanda en su integridad, pero la Sala de Andalucía/Granada, en la sentencia de 28 de octubre de 2009 (R. 1597/09) que es ahora objeto del recurso de casación unificadora, estimó en parte el recurso de suplicación del demandante al llegar a la conclusión --también en lo que aquí interesa--, en síntesis, "que ha de computarse como cotizado el tiempo que exceda de nueve meses de servicio Militar obligatorio".

SEGUNDO .-Ha recurrido en casación para la unificación de doctrina el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del INSS, invocando como sentencia de contraste la dictada por el propio Tribunal y Sala de Andalucía/Granada de 28 de noviembre de 2007 (R. 1264/07) y

denunciando la infracción de los 1 y 4 del RD 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre Regímenes de Seguridad Social, en relación a lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, especialmente de lo dispuestos en sus artículos 32.3, 2 y 3.

En la sentencia invocada de contraste, en un asunto que, como seguidamente se verá, guarda identidad con el tratado en la recurrida, estaba en discusión si un trabajador que había cotizado a la Seguridad Social de los Países Bajos entre los años 1966 y 2000, ambos inclusive, pese a no acreditar un año de cotización en España, porque aquí sólo reunía 245 días entre el 1 de marzo y el 31 de octubre de 1966 en nuestro Régimen Especial Agrario, podía generar o no pensión de muerte y supervivencia en favor de su viuda en razón a que, después de haber cumplido el servicio militar obligatorio, prestó otros 335 días como militar no profesional entre el 1 de diciembre de 1964 y el 31 de octubre de 1965, sin que este período figurara con cotizaciones efectivas por parte del Ministerio de Defensa. La sentencia de instancia desestimó la demanda de la viuda y esa decisión fue confirmada en suplicación por la sentencia referencial con el argumento de que los artículos 3.d) y 32.3 del Texto Refundido de Clases Pasivas del Estado (RD-Leg. 670/2007, de 30 de abril), aunque establecen que el servicio militar obligatorio no computará como período cotizado pero sí el tiempo que exceda de dicho período y se continúe prestando el servicio militar, sin embargo, como este último efecto se prevé en las referidas normas para el personal que estuviera cumpliendo el servicio militar después del 31 de diciembre de 1984, y el causante, como vimos, lo había hecho casi veinte años antes, la Sala llega a la conclusión de que no puede computarse el mencionado período de servicio militar.

Es verdad que las prestaciones discutidas en una y otra sentencia no son las mismas (jubilación en la recurrida y viudedad en la de contraste), como tampoco es el mismo el efecto que sobre ellas se persigue (un mayor porcentaje en la jubilación y la propia pensión en la viudedad). Pero al margen de ello, la contradicción existe porque, estando en discusión en ambos procesos la validez o eficacia prestacional, como período cotizado o asimilado a cotización, del tiempo del servicio militar calificado como "voluntario" prestado en una misma época, en la que resultaba de aplicación idéntica normativa (fundamentalmente la Ley de 8 de agosto de 1940), una (la sentencia recurrida) lo computa y otra (la de contraste) no.

TERCERO .-De conformidad con el acertado informe del Ministerio Fiscal, el recurso merece favorable acogida, tal como, en asuntos prácticamente iguales al presente, hemos decidido en nuestras sentencia de 9 y 23 de noviembre de 2009 (R. 1099/09 y 1152/09) y 3 de febrero de 2010 (R. 1444/09), porque aquí tampoco existía ninguna disposición que asimilara a período cotizado el del servicio militar, ni que estableciera la obligación de cotizar durante el mismo, tanto si se prestaba durante el correspondiente reemplazo como si se hiciera en otras fechas bajo la denominación de "voluntario", pero sin que el demandante llegara a ostentar en ninguno de ambos supuestos la condición de militar profesional ni la de funcionario o empleado público.

En efecto, ni la ya derogada Ley de 8 de agosto de 1940 (BOE 22/8/1940), de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército, ni su Reglamento provisional aprobado por Decreto de 6 de abril de 1943 (suplemento al BOE de 3-7-1943), normas conforme a las cuales hubo de prestar el demandante el servicio militar durante casi dos años, asimilaron tal período al trabajo por cuenta de los Institutos armados ni contemplaron obligación alguna de las autoridades militares en orden a una supuesta afiliación, alta o cotización de los soldados a cualquier sistema de cobertura social pública o privada. En los artículos 338 a 358 del referido Reglamento se regula en detalle, y de manera ciertamente compleja, la institución de los "voluntarios" y en tales preceptos puede advertirse la absoluta identidad, en lo referente a la innecesariedad de alta y/o cotización en cualquier sistema de previsión social pública, entre quienes prestaban el servicio militar "obligatorio" y los voluntarios "sin premio", ninguno de los cuales tuvo nunca carácter o naturaleza profesional.

Como puso de relieve desde antiguo la doctrina científica de la época, "según la Ley de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército de 8 de agosto de 1940 (art. 10), los voluntarios convienen con la Administración un contrato que no pueden rescindir hasta pasar y transcurrir el tiempo pactado; no se olvide, sin embargo, que en nuestro sistema no hay verdaderos voluntarios, por la sencilla razón de que la prestación del servicio militar es una prestación obligatoria; el voluntario lo único que decide libremente es el comienzo adelantado de la prestación y quizá el lugar en que se realiza ésta".

La distinción que en aquella vieja normativa se hacía entre el servicio militar voluntario y el obligatorio no excluía la obligatoriedad real, en todo caso, de la totalidad de la prestación militar pues la "voluntariedad" sólo hacía referencia a la posibilidad de prestar el servicio antes de las fechas propias del reemplazo normal del soldado, dándole la oportunidad de obtener condiciones menos gravosas, como, por ejemplo, la elección de destino o incluso el recorte en la duración de la prestación efectiva, pero sin que ello supusiera en absoluto la alternativa de incorporarse o no a filas (verdadera voluntariedad), ni mucho menos que la denominada prestación "voluntaria" adquiriera alguna connotación funcional que pudiera determinar cualquier tipo de cotización.

El artículo 3º de la Ley de 8 de agosto de 1940 estableció una duración de 24 años del servicio militar, distribuidos en un primer plazo variable ("reclutas de Caja"), otro de 2 años de "Servicio en filas" y un tercero ("Reserva") hasta completar los 24 de servicio. El artículo 10º contemplaba el "voluntariado" con la previsión de que "se admitirán soldados voluntarios, sin premio, como actualmente, si bien por el plazo mínimo de tres años, no pudiendo, hasta cumplirlo, rescindir por causa alguna el compromiso contraído". De forma muy parecida o, mejor, con la misma filosofía, la posterior regulación de la Ley 55/1968, de 27 de julio, General del Servicio Militar, dispuso que el servicio militar de cada reemplazo tendría la duración normal de 18 años, distribuidos en tres períodos denominados de "disponibilidad", "actividad" y "reserva". El primero, el de "disponibilidad", no tenía asignada una duración fija, pero el segundo, el de "actividad", igual que el anteriormente denominado "servicio en filas", debía durar 2 años divididos a su vez en otros dos períodos denominados "servicio en filas" y "servicio eventual". La duración del "servicio en filas" pues, según el art. 59 de la Ley 55/1968, sería la fijada por el Gobierno a propuesta de cada Ejército entre los quince y los veinticuatro meses para el voluntariado normal y entre los quince y los dieciocho meses para el personal procedente del reclutamiento obligatorio. En el período denominado "de servicio eventual", cualquier soldado citado anteriormente habría de completar los dos años en situación de actividad. Parece claro pues que, pese a la complejidad de la regulación, en todo caso, la situación de actividad o de "servicio en filas" tenía prevista una duración normal de dos años, tanto para los soldados que prestaban el servicio militar obligatoriamente con su reemplazo como para quienes lo hacían "sin premio", es decir, sin cualquier tipo de compensación económica, en otra época de manera limitadamente voluntaria.

Tanto entonces como después, incluso tras la aprobación de la Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar , y al menos hasta la promulgación de la Ley Orgánica 13/1991, vigente hasta el 8 de diciembre de 2005 , fecha ésta de entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional , quienes cumplían el servicio militar, con su reemplazo o antes o después de éste, estaban vinculados a las Fuerzas Armadas por una relación de servicios de carácter no profesional que ni puede asimilarse al trabajo por cuenta ajena ni tenía normativamente prevista cualquier obligación cotizatoria o de afiliación social pública.

Es claro, pues, que durante todo el período en el que el demandante realizó su servicio militar nunca estuvo comprendido en el ámbito de cobertura de cualquier sistema público de previsión social y, precisamente por las fechas en las que sirvió en el Ejército, anteriores con mucho al 31 de diciembre de 1984, tampoco le resultaba de aplicación (art. 3.1 .d) el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril .

Es más, al margen de los derechos de protección a la salud o a la asistencia sanitaria durante la prestación militar que pudieran derivarse de la Ley 28/1975 sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y, por supuesto, sin perjuicio igualmente de los derechos que pueda llegar a reconocer en su día la futura regulación reglamentaria a la que alude el artículo 125.3 de la vigente Ley General de la Seguridad Social , lo que resulta meridianamente patente es que, ni siquiera en cumplimiento del Texto Refundido de Clases Pasivas se podría incluir al actor en su ámbito de aplicación porque, conforme dispone su artículo 32.3 , ni el servicio militar obligatorio ni el tiempo equivalente a éste (es decir, el mal llamado "voluntario"), "no se entenderá como de servicios al Estado" a los efectos de la cobertura en dicho sistema.

Y si no hubo cotización, ni la más mínima obligación de efectuarla, mal puede reconocerse el cómputo recíproco que se estableció en 1973 "entre aquellos Regímenes Especiales de la Seguridad Social que, sin haberlo reconocido expresamente entre sí en sus respectivas normas particulares, coincidan en tenerlo establecido con el Régimen General" (art. Único.1 del Real Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre), y que permite tal efecto desde 1991 respecto de quienes acrediten cotizaciones en el Régimen de Clases Pasivas del Estado y

en el Régimen General y regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social o sustitutorios de aquéllos (art. 1º.1 Real Decreto 691/1991, de 12 de abril).

Tampoco resulta aquí de aplicación, en fin, la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a la letra a) del punto 4 de la Sección J del Anexo VI del Reglamento (CEE) nº 1408/71 , esto es, la sentencia de 13 de noviembre de 1997 (TJCE1997238), no sólo porque, como vimos, la normativa interna española no equipara el servicio militar a períodos de trabajo por cuenta ajena o a períodos asimilados, pues la nuestra se trataba de una relación de servicios de naturaleza no profesional, sino también, y fundamentalmente, porque la Sección D del referido Anexo IV del Reglamento 1408/71 , es decir, el relativo a España, contiene una regulación por completo diferente a la que contempla la mencionada Sección J para los Países Bajos, y es a éstos a los que se refiere la citada sentencia del Tribunal europeo.

Las consideraciones expuestas, que no son sino reiteración prácticamente literal de la arriba mencionada doctrina de esta propia Sala, como se adelantó, y de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, determinan la estimación del recurso de casación unificadora interpuesto por el INSS y, resolviendo el debate planteado en suplicación (art. 226.2 LPL) respecto a la única cuestión objeto del presente [es decir, la prorrata de la pensión con cargo a España, porque ni el importe de la base reguladora ni la fecha de efectos económicos de la revisión han sido cuestionados en casación unificadora], procede la desestimación en ese extremo del de tal clase articulado en su día por el actor y la consecuente confirmación de la sentencia de instancia respecto a la referida prorrata, declarándose la firmeza del resto de los pronunciamientos de suplicación que no han sido impugnados en esta sede.

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 Letrada de la Administración de la Seguridad Social Dña. M^a JOSE ALONSO GÓMEZ, en nombre y representación del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada en fecha 28 de octubre de 2009 por la Sala de lo Social del

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía , con sede en Granada, en el recurso de Suplicación núm. 1597/09, interpuesto por la D. Saturnino contra la sentencia dictada en 27 de febrero de 2009 por el Juzgado de lo Social nº 3 de Granada en los autos núm. 613/2008 seguidos a su instancia sobre seguridad social (jubilación). Casamos y anulamos en parte la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación en relación con la única cuestión impugnada en casación unificadora, desestimamos en ese extremo el recurso de suplicación interpuesto por el expresado actor contra la sentencia de instancia, y confirmamos la misma respecto al porcentaje a cargo de España, declarando la firmeza del resto de los pronunciamientos de suplicación que no han sido combatidos en esta sede. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organo 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.

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

[ACTUALIDAD DIARIA]

Revista electrónica para profesionales del Derecho
