

STSJ de Andalucía de 4 de noviembre de 2019, recurso 1465/2018

Administración que no cotizó por sus empleados conforme a la base de cotización congelada en diciembre de 2010: efectos de los Reales Decretos-ley 8/2010 y 20/2012 en la pensión de jubilación (acceso al texto de la sentencia)

Una empleada pública, **al solicitar la pensión de jubilación al INSS, constató que la cuantía a percibir era menor de la prevista, ya que la Administración no cotizó adecuadamente durante sus últimos años de prestación de servicio** (desde 2012 a 2016). Conforme a lo previsto en la LGSS y en la jurisprudencia, **en estos casos surge la responsabilidad parcial de la empresa o Administración en el pago de la pensión**, al haber incumplido parcialmente la obligación de cotizar (infracotización).

El TSJ considera que la Administración no incurre en responsabilidad en cuanto al pago de la pensión de jubilación, por varios motivos:

- Conforme a lo previsto en la DA 7ª del *Real Decreto-ley 8/2010* y otras normas posteriores (*Ley 2/2012*, art. 5 del *Real Decreto-ley 20/2012* y *Ley 17/2012*), **el personal de las administraciones públicas tenía derecho a mantener las cotizaciones a la Seguridad Social con las que contaban "en el mes de diciembre de 2010**, salvo que por razón de las retribuciones que percibieran pudiera corresponder una de mayor cuantía, en cuyo caso será esta por la que se efectuará la cotización mensual".
- Sin embargo, junto a tales normas también cabía tener en cuenta lo previsto por la DF 4ª del *Real Decreto-ley 20/2012*, que fue modificada posteriormente por la *Ley 17/2012*.

Esas normas, de confusos términos, implicaban, no obstante, que el mantenimiento de la base de cotización del mes de diciembre de 2010 no solo afectase al personal de la Administración General del Estado sino a todo el personal del sector público.

- Pero, **¿qué ocurre cuando una administración** -en este caso el Servicio Andaluz de Salud- **no mantiene esa cotización de diciembre de 2010 y cotiza por menos**, lo que implica, de hecho, incurrir en una infracotización? Resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 167.2 LGSS, cuyo desarrollo reglamentario se encuentra en el art. 94 y siguientes de la *Ley de Seguridad Social de 1966*. Y en relación con dicha normativa cabe tener presente que la jurisprudencia ha interpretado que: "... **salvo supuestos excepcionales no cabe moderar la responsabilidad en los casos de infracotización empresarial**, habida cuenta de la posible moderación de la responsabilidad de que trata el art. 126 LGSS (actualmente art. 167.2 LGSS de 2015) se limita en el art. 95.4 LASS a la falta de ingreso de las cotizaciones...". Por tanto, la regla general es que, en el caso de infracotización -cotización por una cuantía inferior a la debida durante un período de tiempo menor o mayor-, la empresa o administración resulta responsable directa del pago al empleado de la diferencia de pensión que deriva de dicha infracotización, sin perjuicio de que el sistema de Seguridad Social realice el correspondiente anticipo. Y en supuestos excepcionales esa responsabilidad puede moderarse.
- **Precisamente este caso es uno de esos supuestos excepcionales**, ya que el Servicio Andaluz de Salud cotizó, a partir de la entrada en vigor del *Real Decreto-ley*

20/2012, conforme a lo dispuesto en el art. 109.1 LGSS (actual art. 147.1), que establece la correspondencia entre el salario real de los trabajadores y las cotizaciones a la Seguridad Social. A pesar de que la competencia exclusiva para fijar las cotizaciones a la Seguridad Social es del Estado, **lo cierto es que la redacción de las normas de ese Real Decreto-ley, con sucesivas redacciones aparentemente contradictorias**, por las que parecía que lo dispuesto en su art. 5 se aplicaba en principio a todos los empleados públicos, después a solo los de la Administración General del Estado y, por último, de forma definitiva, a todos ellos, **introdujeron una dificultad en la determinación de cuáles eran las cotizaciones que se debían realizar por los empleados públicos no adscritos a la Administración General del Estado**. Todo ello dio lugar a que el Servicio Andaluz de Salud las efectuara incorrectamente, error que debe calificarse como excusable en atención a esa confusa y compleja regulación, que aleja cualquier atisbo de que efectuara las cotizaciones con ánimo incumplidor de sus obligaciones para con la Seguridad Social.

En definitiva, aunque **el Servicio Andaluz de Salud** desde la entrada en vigor del *Real Decreto-ley 20/2012* y hasta la fecha de la jubilación -2016- cotizó por una cuantía inferior a la que correspondía si se hubiera mantenido la cotización de diciembre de 2010, **no debe asumir el pago de la diferencia de la pensión de jubilación** derivada de esa infracotización, al considerarse que se trata de un error excusable. Pero **para el cálculo de la pensión de jubilación de la trabajadora sí se tendrán en cuenta las cantidades por las que no se cotizó**, regularizándose las bases de cotización y **asumiendo la diferencia el INSS**, es decir, el sistema de Seguridad Social.

Lógicamente, **el Servicio Andaluz de Salud, deberá abonar a la Tesorería General de la Seguridad Social la diferencia en las cotizaciones que no hubieran prescrito.**