

STSJ d'Andalusia de 4 de novembre de 2019, recurs 1465/2018

Administració que no va cotitzar pels seus empleats d'acord amb la base de cotització congelada el desembre de 2010: efectes del Real Decreto-ley 8/2010 i del Real Decreto-ley 20/2012 en la pensió de jubilació (accés al text de la sentència)

Una empleada pública, **en sol·licitar la pensió de jubilació a l'INSS, va constatar que la quantia a percebre era menor de la prevista, ja que l'Administració no va cotitzar adequadament durant els últims anys de prestació de servei** (des de 2012 a 2016). Conforme al que preveu la LGSS i la jurisprudència, **en aquests casos sorgeix la responsabilitat parcial de l'empresa o Administració en el pagament de la pensió**, en haver incomplert parcialment l'obligació de cotitzar (infracotització).

El TSJ considera que l'Administració no incorre en responsabilitat quant al pagament de la pensió de jubilació, per diversos motius:

- Conforme a allò previst a la DA 7a del *Real Decreto-ley 8/2020* i altres normes posteriors (*Ley 2/2012*, art. 5 del *Real Decreto-ley 20/2012* i *Ley 17/2012*), **el personal de les administracions públiques tenia dret a mantenir les cotitzacions a la Seguretat Social corresponents al "mes de desembre de 2010**, llevat que per raó de les retribucions que percebessin pogués correspondre una de major quantia, i en aquest cas és aquesta per la qual s'ha d'efectuar la cotització mensual".
- No obstant això, a banda d'aquestes normes també calia tenir en compte allò que disposa la DF 4a del *Real Decreto-ley 20/2012*, que va ser modificada posteriorment per la *Ley 17/2012*.

Aquestes normes, de confusos termes, implicaven, tanmateix, que el manteniment de la base de cotització del mes de desembre de 2010 no afectés únicament el personal de l'Administració General de l'Estat, sinó a tot el personal del sector públic.

- Però **què passa quan una Administració** -en aquest cas el Servei Andalus de Salut- **no manté aquesta cotització de desembre de 2010 i cotitza per menys**, incorrent en una infracotització? Cal aplicar l'art. 167.2 LGSS, el desenvolupament reglamentari del qual es troba en l'art. 94 i següents de la *Ley de Seguridad Social de 1966*. I en relació amb aquesta normativa cal tenir present que la jurisprudència ha interpretat que: "... **excepte supòsits excepcionals no cal moderar la responsabilitat en els casos d'infracotització empresarial**, tenint en compte que la possible moderació de la responsabilitat de què tracta l'art. 126 LGSS (actualment art. 167.2 LGSS de 2015) es limita en l'art. 95.4 LASS a la manca d'ingrés de les cotitzacions...". Per tant, la regla general és que, en el cas d'infracotització -cotització per una quantia inferior a la deguda durant un període de temps menor o major-, l'empresa o administració esdevé responsable directa del pagament a l'empleat de la diferència de pensió que deriva d'aquesta infracotització, sens perjudici que el sistema de Seguretat Social realitzi la corresponent bestreta. I en supòsits excepcionals aquesta responsabilitat es pot moderar.
- **Precisament, el present cas és un d'aquests supòsits excepcionals**, ja que el Servei Andalus de Salut va cotitzar, a partir de l'entrada en vigor del *Real Decreto-ley 20/2012*, conforme al que disposa l'art. 109.1 LGSS (actual art. 147.1),

que estableix la correspondència entre el salari real dels treballadors i les cotitzacions a la Seguretat Social. Malgrat que la competència exclusiva per fixar les cotitzacions a la Seguretat Social és de l'Estat, **la veritat és que la redacció de les normes d'aquest *Real Decreto-ley*, amb successives redaccions aparentment contradictòries**, per les quals semblava que el que disposa el seu art. 5 s'aplicava en principi a tots els empleats públics, després als de l'Administració General de l'Estat només i, finalment, de manera definitiva, a tots ells, **van introduir una dificultat en la determinació de quines eren les cotitzacions que s'havien de realitzar pels empleats públics no adscrits a l'Administració General de l'Estat**. Tot això va donar lloc a que el Servei Andalus de Salut les efectués incorrectament, error que ha de qualificar-se com a excusable en atenció a aquesta confusa i complexa regulació, que allunya qualsevol indici que efectués les cotitzacions amb ànim incomplidor de les seves obligacions envers la Seguretat Social.

En definitiva, encara que **el Servei Andalus de Salut** des de l'entrada en vigor del *Real Decreto-ley 20/2012* i fins a la data de la jubilació -2016- va cotitzar per una quantia inferior a la que corresponia si s'hagués mantingut la cotització de desembre de 2010, **no ha d'assumir el pagament de la diferència de la pensió de jubilació** derivada d'aquesta infracotització, en considerar-se que es tracta d'un error excusable. Però **per al càlcul de la pensió de jubilació de la treballadora sí que cal que es tinguin en compte les quantitats per les quals no es va cotitzar**, regularitzant-se les bases de cotització i **assumint la diferència l'INSS**, és a dir, el sistema de Seguretat Social.

Lògicament, **el Servei Andalus de Salut, haurà d'abonar a la Tresoreria General de la Seguretat Social la diferència en les cotitzacions que no haguessin prescrit.**