nº 36 (3er Trimestre 2023)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

La cotización de la indemnización por despido en el exceso de la cuantía fijada por el Estatuto de los Trabajadores

The contribution of severance pay in excess of the amount set by the Workers' Statute

Carlota Ruiz González *Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Extremadura*
https://orcid.org/0000-0002-4128-6573

Cita Sugerida: RUIZ GONZÁLEZ, C.: «La cotización de la indemnización por despido en el exceso de la cuantía fijada por el Estatuto de los Trabajadores». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 36 (2023): 131-138.

Resumen

Este comentario tiene por objeto analizar la doctrina establecida pro nuestro Tribunal Supremo en cuanto a cómo debe interpretarse la referencia a "convenio, pacto o contrato" que se recoge en el párrafo tercero del art. 147.2.c) TRLGSS para, en su caso, incluir o no en la base de cotización de un trabajador, el exceso en la cuantía de la indemnización que percibirá por finalización de un contrato temporal (o por cese o despido) cuando esa mayor cuantía se establezca en un Convenio colectivo del sector afectado.

Palabras clave

Cotización; conceptos excluidos; indemnización por despido; convenio colectivo

Abstract

This commentary is intended to analyse the doctrine established by our Supreme Court as to how we should interpret the reference to "agreement, pact or contract" that is included in the third paragraph of art. 147.2.c) TRLGSS to, where appropriate, include or not in the contribution base of a worker, the excess in the amount of compensation that they will receive for the termination of a temporary contract (or for termination or dismissal) when that greater amount is established in a collective agreement of the affected sector.

Keywords

Contribution; excluded items; severance pay; collective agreement

1. CUESTIÓN CONTROVERTIDA: LA INTERPRETACIÓN DEL TÉRMINO CONVENIO

La STS/C-A de 24 octubre 2022 (R. Casación 5731/2020), de la que ha sido ponente la magistrada María Isabel Perello Domenech, aborda una cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, vinculada a la interpretación que debe realizarse en cuanto a si la referencia a "convenio, pacto o contrato" que se recoge en el párrafo tercero del art. 147.2.c) del TRLGSS[1], alude expresamente a los convenios colectivos. Y si, en cualquier caso, debe incluirse o no en la base de cotización de un trabajador, el exceso en la cuantía de la indemnización que percibirá por finalización de su contrato temporal (o por cese o despido) cuando esa mayor cuantía se establezca por Convenio colectivo aplicable.

Este interés jurisprudencial se fundamenta, conforme dispone el art. 88.2.c) de la LRJCA[2], en la susceptibilidad que tiene la decisión de afectar a un gran número de situaciones, en cuanto que, solo el colectivo de trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio colectivo de empresas auxiliares, en el que se enmarca la actividad del recurrente (superior a 3.000 trabajadores,

[1] Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

[2] Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE núm. 167, de 14 de julio de 1998).

Fecha Recepción: 22/4/2023 - Fecha Revisión: 11/5/2023 - Fecha Aceptación: 11/5/2023
Pags. 131-138

con centenares de contratos temporales que finalizan cada año), ya justifica la adopción de un criterio que resuelva el gran número de situaciones a las que afectaría la Sentencia dictada en apelación. Además, la situación enjuiciada, podrá ser extrapolable a cualquier otro Convenio colectivo incluso de ámbito estatal que, al amparo de lo previsto en el art. 49.1.c) del ET, disponga una indemnización por importe superior a la supletoria establecida en este artículo[3].

2. ANTECEDENTES PROCESALES

Una empresa viene abonando a sus trabajadores la indemnización del 12% de su salario anual, en caso de cese de contrato temporal, de conformidad con lo establecido con carácter indisponible en el art. 30 del Convenio colectivo de montaje y empresas auxiliares del de Asturias. Particularmente, se la da la circunstancia que dicha indemnización resulta superior a la estipulada, con carácter general, en el art. 49.1 del ET[4] que dispone una cuantía equivalente a doce días de salario por cada año de servicio.

Realizada la preceptiva inspección, se procede a incoar por la Inspección de Trabajo la correspondiente acta de liquidación, entendiendo la Administración que dicha indemnización, al superar la cuantía prevista en el Estatuto de los Trabajadores, debe ser objeto de cotización en la diferencia existente entre el importe que se viene abonando y lo previsto en la norma.

Mediante Resolución de 8 febrero 2019, confirmada en alzada (sentencia de 30 septiembre 2020), la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la Seguridad Social elevó a definitiva la liquidación girada a la empresa[5], considerando que la indemnización contemplada en el convenio colectivo no estaba exenta de cotización, al no constituir el supuesto controvertido una de las excepciones previstas en el art. 147 del TRLGSS.

Disconforme con la decisión anterior, la empresa interpone recurso de apelación que es resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, mediante sentencia desestimatoria de fecha 11 marzo 2020. En este sentido, la Sala razona que la interpretación del apartado segundo del art. 147 del TRLGSS conlleva que en los casos de despido (o cese) sólo la indemnización legal resulta excluida de la base de cotización no estando, por el contrario, aquella otra indemnización que superando la cuantía legal procedente, exceda de la fijada en el ET para el despido o cese.

Seguidamente, la empresa interpone recurso de casación identificando como vulnerados el artículo 147.2 del TRLGSS; el artículo 49.1.c) del ET; el artículo 23 del Real Decreto 2064/1995,

[3] La cuestión jurídica enunciada, entiende el Tribunal Supremo, presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, por concurrir la circunstancia contenida en la letra c) del at. 88.2 de la LJCA, al tratarse de una resolución que: *"c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso",* así como la presunción de la letra a) del art. 88.3 de la LJCA: *"a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia."*. ATS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 junio 2021 (R. Casación núm. 5731/2020), ECLI:ES:TS:2021:8616A

[4] Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015).

[5] La Resolución de la TGSS de 8 de octubre de 2018, elevaba a definitiva la liquidación girada a la empresa por importe de 358.207, 88 Euros.

de 22 de diciembre[6]; y los principios de buena fe y confianza legítima del artículo 3.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector Público[7].

Considera la recurrente que el problema interpretativo radica en que la indemnización estipulada con carácter obligatorio en el ET, para estos casos, no es sólo la de doce días por año de servicio, sino que podrá ser la establecida, en su caso, por la normativa específica que sea de aplicación.

Asimismo, y en relación a la estipulación contenida en la parte final del art. 147.2.c) del TRLGSS, entiende que ésta no hace referencia al convenio colectivo, en este caso sectorial (que no es unilateralmente negociado y acordado por la empresa), sino a convenios, pactos o contratos entre las partes de una relación laboral. Lo que nada tiene que ver con el supuesto controvertido.

Añade, igualmente, que el convenio colectivo no puede por sí sólo disponer y regular los conceptos y cuantías que están sujetas a cotización, y que lo que ocurre es que hay una habilitación legal expresa a que el convenio colectivo sectorial, como norma sectorial, disponga una indemnización por fin de contrato temporal que tendrá la condición de indemnización obligatoria del Estatuto, a efectos de estar exenta de cotización.

En último lugar concluye sus alegaciones la empresa, entendiendo razonable que si la habilitación legal es la misma en ambos casos (art. 147 del TRLGSS en relación con el art. 49 del ET), la respuesta debe ser la misma y, por tanto, al igual que se reconoce la exención de la indemnización superior por cese de contrato temporal estipulada en el sector de la construcción, debe aplicarse dicha regla al sector correspondiente a la actividad de la recurrente[8].

---

[6] La regulación contenida en el art. 147 del TRLGSS se completa con lo establecido en el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (BOE núm. 22, de 25 de enero de 1996), donde en su artículo 23 rubricado "Base de cotización" se establece que *"1. La base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, así como por los conceptos de recaudación conjunta con las cuotas de dicho régimen, estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que, con carácter mensual, tenga derecho a percibir el trabajador o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena."*. Excluyéndose, en su apartado segundo, del cómputo de la base entre otros conceptos: *"B) Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones, despidos y ceses, en los términos previstos en el artículo 109.2.c) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. De superar el importe de estas indemnizaciones los límites establecidos en el citado artículo, el exceso a incluir en la base de cotización se prorrateará a lo largo de los doce meses anteriores a aquel en que tenga lugar la circunstancia que las motive."*

[7] BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

[8] En relación a la aplicación analógica de lo dispuesto para el sector de la construcción, no acepta la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 11 marzo 2020, Recurso de apelación núm. 51/2019, ECLI:ES:AM:2020:882, la pretendida analogía alegada por la recurrente, pues el sistema particular establecido para dicho sector aborda *"cuestiones distintas y ajenas a la actual controversia"*. Adicionalmente, y como se recoge en el informe ampliatorio de 7 junio 2018, a este respecto, cabe señalar que la DA 1ª de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo y la DA 3ª de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Ley de la Subcontratación en el Sector de la Construcción, *"otorgan a la negociación colectiva de ámbito estatal la facultad de adaptar al sector de la construcción el contrato de obra o servicio determinado regulado con carácter general en el artículo 15 del E.T. De acuerdo con ello la indicada adaptación se realiza mediante el «contrato fijo de obra» que, además de los restantes caracteres que contiene, regula de forma específica el artículo 15.1.a) y 5 y el artículo 49.c) del E.T. para el sector de la construcción*". Así, puede afirmarse, que para el sector de la construcción, el ordenamiento jurídico establece un régimen normativo específico, en el que la indemnización fijada en el art. 49.c) del ET ha sido sustituida por la indemnización fijada en el art. 24 el V Convenio Colectivo del sector de la construcción. Por tanto, la indemnización por cese prevista en dicho convenio colectivo del 7%, calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio aplicables devengados durante la vigencia del contrato fijo de obra, debe considerarse incluida en el apartado 2.c) del artículo 109 de la LGSS (actual artículo 147 TRLGSS) y, por consiguiente, queda excluida de la base de cotización a la Seguridad Social.

Una perspectiva contrapuesta, lógicamente, invoca el Letrado de la Seguridad Social que refiere respecto del apartado segundo del art. 147 del TRLGSS, que cuando incluye expresamente el término "convenio" no existe duda de que se está refiriendo a los convenios colectivos, toda vez que constituye el resultado de la negociación entre los representantes de los trabajadores y empresarios, adoptado libremente en virtud de su autonomía colectiva. En lo referido al art. 49.1.c) del ET, que regula la indemnización por expiración del contrato, razone que éste no hace referencia a que el importe sea o no cotizable a la Seguridad Social, entendiendo que la exención no alcanza al importe total de las indemnizaciones que pacten los negociadores del convenio colectivo, pues el carácter vinculante de la negociación colectiva, y la fuerza vinculante de los convenios, se produce en el ámbito laboral y nunca en el ámbito de las relaciones con la Seguridad Social.

A partir de estos antecedentes, procede a examinar la Sala las cuestiones suscitadas.

3. SOBRE LOS CONCEPTOS A INCLUIR EN LA BASE DE COTIZACIÓN Y LA EXENCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO O CESE

La base de cotización, tal y como determina el art. 147 del TRLGSS, "*...para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional",* estará constituida por *"la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, tanto en metálico como en especie, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena".*

Aunque la norma menciona el concepto retribución mensual, el apartado primero del citado artículo aclara que las percepciones salariales de vencimiento superior al mensual (por ejemplo, las pagas extraordinarias) se prorratearán a lo largo de los doce meses del año. Por tanto, esa parte proporcional de paga extra devengada, pero no percibida, se incluirá también en la base de cotización sin perjuicio de que, en el mes en que se recibe de manera íntegra esa paga sólo se compute la parte proporcional correspondiente.

"Únicamente", establece acto seguido el precepto, no se computarán en la base de cotización mensual los siguientes conceptos (art. 147.2 del TRLGSS):

a) Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, cuando utilice medios de transporte público, siempre que el importe de dichos gastos se justifique mediante factura o documento equivalente.

b) Las asignaciones para gastos de locomoción del trabajador que se desplace fuera de su centro habitual de trabajo para realizar el mismo en lugar distinto, no comprendidos en el apartado anterior, así como para gastos normales de manutención y estancia generados en municipio distinto del lugar del trabajo habitual del perceptor y del que constituya su residencia, en la cuantía y con el alcance previstos en la normativa reguladora del IRPF.

c) Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados, suspensiones y despidos. Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados y suspensiones estarán exentas de cotización hasta la cuantía máxima prevista en norma sectorial o convenio colectivo aplicable; y, las indemnizaciones por despido o cese del trabajador estarán exentas en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el ET, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.

Cuando se extinga el contrato de trabajo con anterioridad al acto de conciliación, estarán exentas las indemnizaciones por despido que no excedan de la que hubiera correspondido en el caso de que éste hubiera sido declarado improcedente, y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas. Sin perjuicio de las reglas anteriores, en los supuestos de despido o cese como consecuencia de despidos colectivos o despidos por causas objetivas, siempre que en ambos casos se deban a causas económicas, técnicas, organizativas de producción o por fuerza mayor, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el ET para el despido improcedente.

d) Las prestaciones de la Seguridad Social, las mejoras de las prestaciones por incapacidad temporal concedidas por las empresas y las asignaciones destinadas por éstas para satisfacer gastos de estudios dirigidos a la actualización, capacitación o reciclaje del personal a su servicio, cuando tales estudios vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características de los puestos de trabajo, y

e) Las horas extraordinarias, salvo para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

A mayor abundamiento, y constituyendo el fondo del asunto una cuestión en esencia interpretativa, es importante para la resolución del recurso tomar en consideración lo establecido en el art. 49.1.c) del ET que determina la cuantía de la indemnización por finalización del contrato por expiración del tiempo convenido, disponiendo: *"A la finalización del contrato, excepto en los contratos formativos y el contrato de duración determinada por causa de sustitución, la persona trabajadora tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación"*.

De estas disposiciones, y sin perjuicio de la exégesis que realiza el TS sobre la que seguidamente nos detendremos, se pueden adelantar dos conclusiones.

Primera, el art. 147 del TRLGSS en su apartado primero contiene una regla general de cotización, mientras que el apartado segundo contempla las excepciones a dicha regla. La regla general que subyace en dicho precepto es el sometimiento a cotización de todas las remuneraciones percibidas por el trabajador cualquiera que sea su forma o denominación, en contraprestación de sus servicios. Siendo así que de forma excepcional el apartado segundo enumera los concretos conceptos que quedaran excluidos, concretamente, las indemnizaciones por cese o despido establecidas con carácter obligatorio en el ET, en su normativa de desarrollo, o en su caso en la normativa reguladora de ejecución de Sentencias, sin que tengan tal consideración las fijadas en virtud de "convenio, pacto o contrato". Por tanto, en la excepción no se menciona el Convenio colectivo y si el legislador hubiera querido incluir dicho término, lo hubiera hecho, como así lo hace, por ejemplo, cuando señala *"Las indemnizaciones por fallecimiento y las correspondientes a traslados y suspensiones estarán exentas de cotización hasta la cuantía máxima prevista en la norma sectorial o convenio colectivo aplicable"*.

Segunda, por su parte el art. 49.1.c) del ET establece una previsión general de indemnización por finalización de contrato que excluye los contratos formativos y de duración limitada y, de igual modo, salva las previsiones que se contengan en las normas específicas de aplicación, que pueden establecer distintas y superiores indemnizaciones. Precisamente, al amparo de este precepto la empresa recurrente aduce que como resulta preceptivo para ella ha venido abonando la indemnización por cese de contrato de duración temporal, contemplada en el art. 30 del Convenio colectivo aplicable, entendiendo que ese plus correspondiente al convenio, y obligatorio para la empresa, está exento de cotización.

4. UNA DISCREPANCIA NETAMENTE JURÍDICA. SAN (SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO), DE 11 MARZO 2020

La sentencia recurrida en casación centra la disconformidad, como la propia Sala identifica en su fallo, en una cuestión netamente de interpretación jurídica, en concreto, determinar si conforme a los arts. 147 del TRLGSS y 49.1.c) del ET la empresa ha cotizado correctamente las indemnizaciones abonadas a sus trabajadores por cese de contrato temporal.

Del análisis de ambos preceptos la Sala concluye no compartir la interpretación mostrada por la demandante y confirmar la resolución impugnada. Recuerda en este plano de análisis que la normativa de Seguridad Social, particularmente el TRLGSS, es el texto legal que imperativamente determina qué conceptos se incluyen en la base de cotización, y por tanto deben ser objeto de oportuna liquidación en cuotas, siendo la regla general el sometimiento a cotización de todas las retribuciones (dinerarias o en especie) que perciba el trabajador y, estipulándose determinadas excepciones a esa regla general en el apartado c) del art. 147.2, donde bajo el término "únicamente" procede a identificar las tasadas situaciones excluidas de la definición anterior. No mencionándose el convenio colectivo.

Una de esas excepciones es precisamente la controvertida aquí, esto es, la referente a los casos de despido o cese del trabajador. En este caso no hay duda que nos encontramos ante un despido que, al igual que otros supuestos de extinción asimilados al despido, justifica que se dé a la indemnización el tratamiento establecido en el art. 147.2 del TRLGSS.

Ese es el tenor y sentido lógico de la norma que exige, por la diferente configuración legal de los supuestos a que se refiere el precepto (referido a las indemnizaciones por fallecimiento, traslados y suspensiones y aquellas otras indemnizaciones por despido o cese del trabajador), unos límites cuantitativos de exención diferentes para uno y otro caso, previéndose solamente para los primeros casos que la exención pueda fijarse en la cuantía máxima prevista en el Convenio colectivo, sin que por el contrario, se prevea tal ampliación de la cuantía máxima exenta en lo referente a las indemnizaciones por despido o cese del trabajador.

La Sala, entre sus argumentos, sale al paso recordando doctrina precedente, en concreto citando la STS (Sala Tercera) de 4 mayo 1992, que aborda un supuesto similar al suscitado en el actual proceso, en cuanto a la posibilidad de que el convenio colectivo regule la materia de cotización a la Seguridad Social.

En ella, de modo terminante, se proclama la doctrina en cuanto a la exclusión de las cuestiones de Seguridad Social del ámbito de ordenación atribuido al convenio colectivo, concluyendo el deber de partir *"...del dato de que el ordenamiento de la Seguridad Social es un ordenamiento complejo y cerrado en sí mismo, y no un mero apéndice del ordenamiento jurídico de las relaciones laborales; de ahí que cuando nos encontramos como en el caso de la definición de la base de cotización en el art. 73 de la LGSS, con una norma que defina con claridad su supuesto de hecho, no sea adecuado supeditar el alcance de la misma a otro norma diferente: La rectora de la relación laboral."*

Así, continúa añadiendo la Sentencia, *"el ordenamiento jurídico-privado de la relación laboral y el ordenamiento jurídico-público de la Seguridad Social son perfectamente diferenciables, y aunque, ciertamente, en aquél se tomen a veces como elementos de su regulación datos del ordenamiento laboral, ha de estarse en cada supuesto a la concreta remisión que, en su caso, se contenga en la normativa de la Seguridad Social; más cuando ésta no existe y el Ordenamiento de la Seguridad Social es completo y preciso, no cabe extrapolar al mismo una regulación jurídico-laboral para recortar o desvirtuar la estricta eficacia de la norma de Seguridad Social."*

Estas consideraciones, en definitiva, abocan inexcusablemente a desestimar el recurso, entendiendo la Sala que lo excluido de la base de cotización será la indemnización legal, pero no aquella indemnización que superando la cuantía legal exceda de la fijada por el ET, siempre y cuando

no se trate de extinciones por mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas.

5. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA EXENCIÓN DE COTIZACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO O CESE

A la vista de los preceptos cuestionados, y su interpretación administrativa y judicial, el Tribunal Supremo ofrece en el fundamento jurídico quinto de la Sentencia comentada, la respuesta que debe darse a la cuestión que presenta interés casacional, en concreto afirma que *"La referencia a «convenio, pacto o contrato» que se recoge en el artículo147.2.c) de la Ley General de la Seguridad Social, incluye a los convenios colectivos"* y *"salvo previsión legal expresa, procede incluir en la base de cotización de un trabajador el exceso de cuantía de la indemnización que percibe por finalización de un contrato temporal cuando esa mayor cuantía se establezca en virtud de un convenio colectivo del sector afectado*".

Para llegar a esta conclusión la Sala realiza un recorrido procesal por los argumentos esgrimidos por la Administración y la empresa, así como lo concluido en Resolución de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la Seguridad Social y la Sentencia de la Audiencia Nacional, para finalmente entender del tantas veces citado art. 147 del TRLGSS, lo siguiente:

a) El término "convenio" en el contexto en el que se encuentra es claro, en el sentido de incluir los convenios colectivos, como entienden la parte recurrida y la sentencia impugnada. No refiriéndose dicho término, en exclusiva, a los pactos privados alcanzados entre la empresa y el trabajador.

b) Resulta irrelevante que la ley utilice la expresión "convenio", en vez de "convenio colectivo", pues el significado usual en el ámbito laboral de este vocablo es asimilable o equiparable al convenio colectivo, como así se recoge en el art. 37 CE y en numerosos preceptos de la legislación laboral, como en el propio ET.

c) No resulta atinada la cita del apartado c) del artículo 49.1 del ET, pues no existe una previsión legal que contenga una referencia específica a la indemnización por cese y a su carácter cotizable a los efectos de la Seguridad Social, a diferencia de lo que sucede en otros supuestos, en los que es el propio ET quien incluye tal previsión.

   La Sala recuerda en este plano de análisis lo dicho en su Sentencia de fecha 27 de septiembre de 2022 (R. Casación núm. 3439/2020)[9], en concreto, que el aludido artículo *"…contiene la forma de calcular la cuantía de la indemnización para la generalidad de los contratos",* contemplando excepciones, *"como los contratos formativos y de duración limitada"* y, asimismo, salvando *"las previsiones que se contengan en la normativa específica de aplicación"*. No siendo esta cuantía *"la única aplicable sino que el propio precepto legal prevé que existan normas específicas que fijen indemnizaciones diferentes"*.

   No obstante, esta controversia comentada, dista del supuesto enjuiciado en ese pronunciamiento, pues a diferencia del anterior, la única referencia genérica del art. 49.1 c) del ET a la normativa específica de aplicación, no permite interpretar que contenga una habilitación legal a la indemnización establecida en el convenio colectivo sectorial, a los efectos de su exención en la cotización. Esto es, no cabe interpretar que este precepto se remita a la indemnización convencional pactada en el convenio colectivo sectorial, en defecto de una normativa legal.

[9] STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 27 septiembre de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:3514).

De este modo, en un caso, es el propio ET el que contiene la previsión específica respecto a la indemnización procedente, esto es, la propia ley se remite al Convenio sectorial de la construcción para fijar la cantidad que corresponde como indemnización, siendo así que en el supuesto objeto de este proceso no concurre, ni se invoca, una regulación legal singular específica en orden a la indemnización por finalización del contrato de trabajo, ni se advierte un reenvío legal expreso al convenio colectivo del sector en el que opera la empresa recurrente, por lo que ni el supuesto de hecho, ni las normas aplicables son las mismas, y

d) Resulta irrelevante el dato de la obligatoriedad del convenio colectivo para la empresa, en la medida que es expresión del acuerdo libremente adoptado entre los representantes de los empresarios y de los trabajadores, en virtud de su autonomía colectiva. De forma, que la mayor indemnización para la empresa tiene su origen en un pacto o acuerdo vinculante entre las partes, pactadas al margen de la ley, siendo el régimen aplicable a las percepciones así estipuladas, superiores a las previstas en el ET, su sujeción a la cotización de la Seguridad Social.

6. CONCLUSIÓN

Por todo lo expuesto la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo concluye, entendemos con pleno acierto, de la interpretación del apartado segundo del art. 147 TRLGSS (que en cualquiera de sus redacciones vigentes incluye el listado de supuestos excluidos de la regla general, contenida en el primer apartado), que cuando la ley se refiere *a "sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato",* alude sin distinciones a la totalidad de los convenios colectivos, con independencia de su encuadramiento dentro o fuera del ET. Por tanto, sólo quedará exento de cotización la cantidad equivalente a los doce días de salario, pero no el diferencial entre esa indemnización estipulada en el ET y lo realmente pagado, que deberá ineludiblemente ser llevado a la base de cotización.

7. BIBLIOGRAFÍA

Cavas Martínez, F.: "Cotización a la Seguridad Social de la indemnización mejorada por convenio colectivo: ¿una duda razonable?", *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 1, 2023.

Presa García-López, R. y Panizo Robles, J.A.: "La determinación de la base de cotización a la Seguridad Social (A propósito del RD 637/2014, de 25 de julio, por el que se modifica el artículo 23 del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre).", *Revista de Información Laboral*, nº 7, 2014.

Selma Penalva, A. y Miras Marín, N.: "La nueva teoría de la indemnización creciente ¿cómo tributan las cantidades percibidas? Aspectos laborales y tributarios derivados del incremento jurisprudencial de la indemnización por despido improcedente.", *Revista Española de Derecho Financiero*, nº 192, 2021.

Sempere Navarro, A.V.: "Vídeo-comentario a la Sentencia núm. 1339/2022 de 20 octubre (RJ 2022\4915)", *Aranzadi Digital,* nº 1, 2023.

Sempere Navarro, A.V.: "Cambios en la base de cotización y el papel de la TGSS (el nuevo artículo 109 LGSS)", *Revista Aranzadi Doctrinal,* nº 1, 2014.