

¿Cabe suscribir un Convenio Especial con la Seguridad Social cuando la empresa que tramita un expediente de regulación de empleo está incurso en procedimiento concursal?
(Con ocasión STS, Sala de lo Contencioso, de 15 de febrero de 2018)

Is it possible to sign a Special Agreement with the Social Security when the company that is processing a layoff plan is subject to bankruptcy proceedings?
(On the occasion of the Judgement of the Supreme Court, Litigation Room, 15th February, 2018)

CONCEPCIÓN SANZ SÁEZ

PROFESORA ASOCIADA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE CASTILLA LA MANCHA

Resumen

Se comenta la sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo de fecha 15 de febrero de 2018, que analiza la viabilidad de la solicitud de una empresa relativa a convenio especial para trabajadores vinculados a ERE extintivo, previo a la situación de concurso de acreedores.

Abstract

Comment on the judgement of the Administrative Chamber of the Supreme Court dated 15th February, 2018, which analyses the viability of the application of a company relating to a special agreement for workers linked to an extinctive layoff plan, prior to going into administration.

Palabras clave

Convenio Especial; ERE; Concurso de acreedores

Keywords

Special Agreement; layoff plan; in administration

1. INTRODUCCIÓN

Ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se interpuso el recurso contencioso-administrativo 367/2014 contra las resoluciones de 26 de marzo de 2014 dictadas por la Jefa de la Unidad de Impugnaciones de la Dirección Provincial de Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS) que desestimaron los recursos de alzada interpuestos por los representados del procurador D. Fernando Jurado Reche, contra la resolución de 29 de enero de 2014 de la Administración nº 28/25 que desestimó la solicitud efectuada el 19/12/2013 en aplicación del art. 51.9 del Estatuto de los trabajadores (en adelante ET) de suscripción de convenio especial de empresarios y trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo (en adelante Convenio Especial ERE), que incluyera a trabajadores de 55 años o más años como consecuencia del despido colectivo efectuado por la empresa ARRAN INDUSTRIA METALÚRGICAS DEL CENTRO, S.L. ya que la empresa fue declarada en

concurso voluntario mediante auto del 12/12/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 10, es decir, con anterioridad a la solicitud del Convenio Especial ERE.

2. SINTESIS DEL CASO RESUELTO POR LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CONTENCIOSO, DE 15 DE FEBRERO DE 2018

En este apartado paso a describir cuál es el debate jurídico planteado en el caso y en qué argumentos se apoyan las diferentes posturas.

Como paso previo, realizaré a continuación una descripción lo más precisa y objetiva posible, del recorrido procesal y de los principales elementos de la misma, lo suficientemente detallado para que nos permita comprender correctamente los problemas jurídicos que se plantean.

2.1. Ínter procesal del caso

PRIMERO.- En el proceso ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, los recurrentes solicitan la nulidad de pleno derecho de las Resoluciones recurridas y, con carácter subsidiario, su anulabilidad (arts. 62 y 63 de la LJCA) y la concesión del acceso al Convenio Especial ERE con todos los efectos inherentes a tal pronunciamiento, alegando en fundamento de recurso que la empresa inicio el expediente de regulación de empleo, en el que tuvo lugar el perceptivo periodo de consultas, firmándose en fecha 31/10/2013 Acta Final de dicho periodo, recogiendo la terminación del mismo “con acuerdo” entre la dirección de la empresa y la representación social decidiéndose la extinción de todos los contratos de trabajo, y entre ellos los de los recurrentes que tenían más de 55 años en la fecha de aprobación y terminación del expediente de regulación de empleo.

SEGUNDO.- La empresa, en cumplimiento de la obligación del art. 51.9 ET al afectar el ERE a trabajadores de más de 55 años, presenta modelo TA40 ERE en solicitud de alta en Convenio Especial para dichos trabajadores incluidos en el ERE con fecha 19/12/2013, solicitud que fue denegada por haber sido la empresa declarada en concurso de acreedores mediante Auto de 12/12/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 10, es decir, con anterioridad a la solicitud del Convenio Especial ERE, resoluciones administrativas que los recurrentes entienden son disconformes a derecho¹ dado que en el momento en el que nació la obligación de la empresa, que lo fue en la tramitación del ERE, y concretamente en el momento en que se decidió la extinción de las relaciones laborales, el 31/10/2013, la empresa no se hallaba en concurso de acreedores.

TERCERO.- La TGSS se opone a la prosperabilidad del recurso, entendiendo que es improcedente el alta en el Convenio Especial ERE de la Seguridad Social, por encontrarse la empresa en concurso de acreedores cuando se produjo la solicitud del convenio, añadiendo que aunque la solicitud hubiese sido con fecha anterior, nunca podría cumplirse con la obligación establecida en el art. 20.2 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social, al no poder realizar

¹ Art. 51.9 ET, Disposición adicional decimotercera LGSS, art. 20 de la Orden TAS/2865/2003, y jurisprudencia que lo interpreta Sentencia de la misma sala y sección de 19/09/2013 dictada en recurso 1991/2011.

la empresa el pago de las cotizaciones pues desde la declaración del concurso, todas las deudas quedan sometidas al mismo y a su correspondiente clasificación de acuerdo con la Ley Concursal (en adelante LC), sin perjuicio que los recurrentes puedan solicitar el alta en Convenio Especial de acuerdo con el Capítulo I de la Orden mencionada.

CUARTO.- Continúa la TGSS alegando, que a la fecha de finalización de las negociaciones del expediente de regulación de empleo, la empresa ya había comunicado (10/10/2013) conforme a lo previsto en el art. 5 bis de la LC, el inicio de negociaciones con los acreedores, iniciándose lo que se llama comúnmente como precurso, por lo que durante la negociación del ERE ya estaba incurso en procedimiento concursal, y por tanto, aunque hubiera presentado la solicitud de alta en el Convenio Especial durante dichas negociaciones (una vez conocidos los trabajadores que estaban afectados por el mismo) o con posterioridad (pero siempre antes que se dictase el Auto que la declaraba en concurso), lo cierto es que desde el 10/10/2013 la empresa se encontraba incurso en un procedimiento concursal en los términos establecidos en el art. 51.9 ET.

QUINTO.- Del análisis de los hechos concurrentes, la sala tercera del juzgado indicado dictó sentencia de 14 de septiembre de 2015 cuyo fallo dice literalmente: *“Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don Fernando Jurado Reche, actuando en representación de Don Calixto, Don Luis Andrés, Don Felipe, Don Aquilino, Don Elias, Don Jose Pedro, Don Laureano, Don Romeo, Don Ismael y Don Patricio, contra las Resoluciones de fecha 26 de marzo de 2014 dictadas por la Jefa de la Unidad de Impugnaciones de la Dirección Provincial de Madrid de la Tesorería General de la Seguridad Social que desestimaron los recursos de alzada interpuestos por los recurrentes contra la Resolución de 29 de enero de 2014 de la Administración nº 28/25, a que esta litis se refiere, anulamos dichas Resoluciones por no ser conformes a derecho, concediendo a los recurrentes el acceso al Convenio Especial ERE - con todos los efectos inherentes a tal pronunciamiento, con expresa condena en costas a las partes demandadas, en los términos establecidos en el último fundamento jurídico de esta Sentencia”* y, en consecuencia, la procedencia del alta en el Convenio Especial de dichos trabajadores.

SEXTO.- Contra la referida sentencia, interpone recurso de casación la letrada de la Administración de la Seguridad Social en la representación que ostenta de la TGSS, registrado con el número 3458/2015, que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal de Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de fecha 19 de octubre de 2015 en la que, al tiempo, ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

SEPTIMO.- Se desestima el mismo, confirmando el fallo de instancia, con la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 15 de febrero de 2018, mediante la que se resuelve el recurso para la unificación de doctrina interpuesto, y se establece que del artículo 51.9 del Estatuto de los Trabajadores se deriva una obligación *ope legis* y que cuando el procedimiento de despido colectivo ha finalizado antes de la declaración de concurso y sin que en él se asumiese el compromiso de suscribir el convenio, tal obligación nace en un momento en que no se estaba incurso en el procedimiento concursal, fallo que se fundamenta en los supuestos de hecho que concurren en el caso planteado.

3. ANALISIS DE LA SENTENCIA

Tras el examen de los hechos que concurren en el supuesto que se comenta en el apartado anterior, y ya que el contenido de esta segunda parte tiene un carácter más subjetivo, de análisis, valoración y crítica, lo más adecuado es hacer una descripción de cuáles son los pasos lógicos que ha seguido el Tribunal Supremo para alcanzar su conclusión, situando la institución jurídica que es objeto de este estudio, para posteriormente, examinar si la resolución del problema jurídico ofrecido por dicho Tribunal se sitúa en el contexto de la jurisprudencia.

3.1. Despido colectivo en un expediente de regulación de empleo

El despido colectivo es causa de extinción del contrato de trabajo por decisión del empleador. Se define en el artículo 51 del ET, y se regula el procedimiento del despido colectivo en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, del mismo modo, será el artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social la determinada para aspectos procesales.

Al mismo tiempo, el ET califica como despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas de producción, cuando en un periodo de noventa días afecte al menos a 10 trabajadores, en empresas de hasta 100 trabajadores, al 10% de los trabajadores en empresas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores, a 30 trabajadores en empresas que ocupen 300 o más trabajadores y a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a 5 y se haya producido el cese total de la actividad empresarial fundada en aquellas causas.

Este tipo de despidos, tiene como finalidad obtener de la autoridad laboral competente un permiso para suspender o extinguir las relaciones laborales en un marco en el cual se garantizan ciertos derechos de los trabajadores², por esta razón, se exige seguir un procedimiento determinado para dotarlo de mayor certeza y certidumbre para todos los intervinientes en el mismo (empresas, trabajadores, autoridades administrativas y judiciales)³, por tanto, actúa la autoridad laboral como garantía de que se cumple con todos los requisitos establecidos legal y reglamentariamente, dictando resolución que autorice la extinción de las relaciones laborales en los términos fijados en el acuerdo⁴, entre los que se encuentran el acceso a un Convenio Especial de la Seguridad Social a los trabajadores

² STS. Sala Social, de 25 de enero de 2018. Sobre la defectuosa comunicación a la Autoridad Laboral del inicio de periodo de consultas.

³ GÁRATE CASTRO, J., "Régimen jurídico del despido colectivo", *Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 22/2013, págs. 115-137.

⁴ En relación al acuerdo, la doctrina sobre el valor del acuerdo alcanzado en periodo de consultas entiende que el procedimiento de despido colectivo finaliza con un acuerdo ampliamente aceptado por las representaciones sindicales aceptándose el valor reforzado de la existencia de un Acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores (SSTS de 21 de diciembre de 2016, Rec. 1416/2015; de 16 de noviembre de 2016, Rec. 1245/2015; de 1 de junio de 2016, Rec. 3111/2014; y de 10 de mayo de 2016, Rec. 3541/2014, entre otras). Dicha doctrina se refleja, especialmente, en las SSTS de 25 de junio de 2014 (Rec. 165/2013) y de 24 de febrero de 2015 (Rec. 165/2014), en las que se establece que "Debemos llamar la atención sobre el hecho de que la decisión extintiva del empresario ... cuenta con la aceptación de una cualificada (más de dos tercios) mayoría de la representación social en la Comisión Negociadora de despido colectivo".

sujetos a expedientes de regulación de empleo con 55 o más años, siempre que el despido colectivo se produzca conforme al **artículo 51 del ET**⁵.

En este sentido, si la documentación aportada en el acta final de 31 de octubre de 2013⁶, fue insuficiente⁷, porque se había omitido recoger expresamente el compromiso de suscripción del Convenio Especial ante la TGSS y ya que la información se configura como un presupuesto ineludible en el despido colectivo, es obvio, que se trata de una expresión jurídicamente indeterminada⁸, que “*deja en el aire no sólo el entendimiento de qué es lo pertinente, sino, también, la cuestión de quien debe decidir si la información es o no pertinente*”⁹.

Por tanto, si la autoridad laboral tiene entre sus funciones garantizar este derecho de los trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad¹⁰, en el supuesto de comprobar que el acta final del ERE no reunía los requisitos exigidos cuando la empresa se lo comunica el 04/11/2013, debería haber advertido al empresario (formulando sus reparos por escrito) que se había omitido recoger expresamente el compromiso de suscripción del Convenio Especial ante la TGSS en el acta final de 31 de octubre de 2013, antes de que dicha autoridad cumpliera con la obligación del artículo 12.5 del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo¹¹, que prevé que comunicada a la autoridad laboral el fin del ERE, trámite que se inserta en el procedimiento de despido colectivo como fase de fiscalización¹², y así haber evitado que la Inspección de Trabajo y Seguridad Social con fecha 15/11/2013 a la vista de la documentación remitida requiriese a la empresa, bajo advertencia de sanción, para

⁵ LABORDA FERRER, R., “Aspectos laborales del concurso de acreedores, especial referencia a la extinción colectiva de los contratos de trabajo”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social. Comentarios, casos prácticos. Recursos humanos*, nº 322. 2010, págs. 5-48.

⁶ Sobre esa materia, el Tribunal Supremo ha elaborado un completo cuadro doctrinal que se asienta en los criterios que resumen perfectamente las SSTs 13-7-2017 (Rec. 25/2017), y 23-11-2016 (Rec. 94/2016), entre otras.

⁷ Arts. 51 y 64.1 ET; 3, 4 y 5 del Real Decreto 1483/2012, y art. 13 del Convenio 158 OIT.

⁸ Tal como se desprende de arts. 51.2 ET, art. 4.2 RD 1483/2012 y art. 2.3.a) Directiva 98/59.

⁹ STS de 20 de julio de 2016 (Rec. 323/14), asunto “Panrico”.

¹⁰ En lo que se refiere a la edad, deduzco que la selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación puede considerarse un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido por la propia legislación laboral. El Tribunal Constitucional entiende que la selección de trabajadores en función de una edad próxima a la jubilación es un criterio “*adecuado y proporcionado*” siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los datos que la extinción del contrato produce en los afectados. El Tribunal Constitucional ha dictado su sentencia 66/2015, de 13 de abril de 2015 (ponente señor Narváez Rodríguez), por la que considera que no existe discriminación por edad en los despidos colectivos que afectan a los mayores de 55 años si la empresa adopta medidas para minimizar el perjuicio ocasionado a los trabajadores afectados. Así, conforme establece el art. 51.9 del ET, cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no concursadas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existe la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un Convenio Especial en los términos previstos en la LGSS, lo que permite al trabajador generar el derecho a las prestaciones de Seguridad Social aunque no esté trabajando.

¹¹ Aprobado por Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre.

¹² Confirmando la estructura de dicho procedimiento regulado en el Capítulo I del Título I del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo ya citado, encargándose de trasladar la comunicación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Administración de la Seguridad Social en el caso del artículo 51.9 del ET, haciendo constar en todo caso la fecha en la que el empresario le ha remitido dicha comunicación.

que tramitase las solicitudes de dichos Convenios Especiales, ya que el empresario podía comenzar a notificar la extinción de todos los contratos de trabajo con efectos 01/11/2013.

Si entendemos por tanto, que la autoridad laboral tiene competencias de información, supervisión, control, consulta y asistencia respecto del procedimiento de despido colectivo e igualmente tiene algunas obligaciones en relación con otras entidades o instancias públicas¹³, una vez iniciado el procedimiento de despido colectivo, se producen para la autoridad laboral algunos deberes de actuación. Así, debe trasladar dicha comunicación con la documentación pertinente a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y, si el procedimiento de despido colectivo incluyera a trabajadores respecto de los que debiera celebrarse Convenio Especial de seguridad social, a la Administración de la Seguridad Social copia de la comunicación y de la documentación que se exige al empresario para poner en marcha el despido colectivo¹⁴.

Por tanto, esta responsabilidad de la autoridad laboral, de comunicar a la Administración de la Seguridad Social la celebración obligatoria de Convenios Especiales ERE, está íntimamente relacionada con la forma adecuada de cumplir con las responsabilidades que le han sido otorgadas, todo ello porque no me parece prudente, que se responsabilice al empresario cuando el trabajador no está dado de alta en el convenio¹⁵, pues parece más razonable **exonerar al empresario de la responsabilidad por haber comunicado el 04/11/2013 el acta final del ERE, delegando en la autoridad laboral la competencia de supervisión y de este modo y razonablemente entender y confiar en que durante la tramitación del expediente de regulación de empleo, se encargaría de controlar que la documentación estaba completa y correcta, y en este caso concreto, que se había omitido recoger expresamente el compromiso de suscripción del Convenio Especial ante la TGSS**¹⁶.

Para completar lo anterior, el Tribunal Supremo, en una reciente sentencia¹⁷, añade que *"uno de los pilares sobre los que descansa el régimen jurídico de los despidos colectivos, es el de incentivar y dar especial relevancia a la consecución del acuerdo entre empresa y trabajadores durante el periodo de consultas, no solo para pacificar en la medida de lo posible las relaciones laborales, sino también para ofrecer una misma solución a la situación jurídica de todos los trabajadores afectados por el despido colectivo"*.

¹³ Art. 51.2 del Estatuto de los Trabajadores y arts. 6 y 10 RD 1483/2012 de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada.

¹⁴ MONEREO PÉREZ, J.L., "El régimen jurídico de los despidos colectivos después de la reforma de 2012", *Temas Laborales*, núm. 115/2012, págs. 315 y ss.

¹⁵ La jurisprudencia, en relación con la responsabilidad empresarial directa por haber incumplido sus obligaciones de Seguridad Social, en especial por falta de alta, seguía la línea de sentencias como las del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1996 (Rec. 2448/1995), 29 de diciembre de 1998 (Rec. 859/1998) y 18 de octubre 2011 (Rec. 686/2011) entre otras.

¹⁶ En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (sede en Valladolid) de fecha 6 de octubre de 2016 *"...pudiéndose entender que la demora de la gestoría en la tramitación telemática del alta pueda determinar una responsabilidad empresarial"*. Estas circunstancias excepcionales son las que determinan según el criterio del Tribunal Superior de Justicia la exoneración de la empresaria pues ésta había delegado en la gestoría la tramitación del alta el día anterior al inicio de la prestación de servicios por parte del trabajador accidentado, pudiendo la empresaria razonablemente entender y confiar que en el inicio de la prestación de servicios el trabajador estaba dado de alta, porque la gestoría no le avisó de lo contrario.

¹⁷ STS nº 699/2018 de 25 de septiembre de 2018.

Otro elemento a tener en consideración, dice la Sala, es el de evitar la litigiosidad y saturación de los órganos judiciales y favorecer el principio de celeridad y de seguridad jurídica, contra la eventualidad de que pudieren suscitarse multitud de pleitos individuales en los que pudiere discutirse la concurrencia de la causa de despido, alcanzando resultados contradictorios con la desigualdad de trato e inseguridad jurídica que ello supone, y pese a la existencia de un acuerdo en sentido contrario con la representación de los trabajadores.

Y en caso contrario (si no procediese la exoneración de responsabilidad a la empresa), no podemos olvidar que el incumplimiento por el empresario de la normativa en materia de Seguridad Social genera una responsabilidad administrativa. La Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS) tipifica como infracciones las acciones u omisiones de los empresarios que incumplan la normativa en el orden social (art. 1.1 y 11 LISOS), en el caso que nos ocupa *“incumplir la obligación de suscribir el Convenio Especial en los supuestos establecidos en el art. 51.9 del ET”*¹⁸.

3.2. El expediente de regulación de empleo y el concurso de acreedores

Tanto el llamado concurso de acreedores, regulado en la Ley 22/2003, de 19 de julio, Concursal (en adelante, LC), como los expedientes de regulación de empleo del artículo 51 del ET, son instituciones jurídicas que se establecen en principio para salvar la situación económica de la empresa¹⁹.

Así, los expedientes de regulación de empleo, tratan de facilitar el tránsito de una empresa por una situación difícil y compleja generada por causas económicas, a las que también se añaden causas técnicas, organizativas o de producción que lastran la actividad y que precisan de la extinción o suspensión de relaciones laborales para superar esa situación.

Por otro lado, el concurso de acreedores trata de salvar o de reorganizar desde el punto de vista crediticio a aquella persona física o jurídica deudora común de varios acreedores que no puede atender regularmente a sus pagos (art. 2 LC) mediante la utilización de instrumentos legalmente previstos que permitan soportar más holgadamente esta situación de insolvencia.

Como podemos comprobar, ambas instituciones interaccionan de una forma directa cuando se ha planteado un ERE. Pero, la cuestión principal que aquí nos ocupa, es la exigencia del art. 20 de la TAS/2865/2003, de 13 de octubre de que la solicitud del Convenio Especial deberá formularse durante la tramitación del expediente de E.R.E. mediante el modelo TA.0040-ERE ha de entenderse como una norma procedimental, cuyo desconocimiento por parte del empresario obligado no puede significar el decaimiento del derecho reconocido a favor del trabajador en normas de rango legal, sino que, como tal norma procedimental, marca el momento temporal a partir del cual ha de entenderse producido el incumplimiento por parte del empresario de su obligación legal que, no por ello, insistimos, desaparece. Y así lo entiende también el Alto Tribunal al señalar que *“Si se ponen en relación esas circunstancias del caso con la realidad de actitudes pasivas del*

¹⁸ Art. 23.1.i) de la LISOS.

¹⁹ ORELLANA CANO, N. A., “Aspectos laborales del concurso de acreedores”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 14. 2011. págs. 83-96.

empresario obligado...”, “...cuya trascendencia lo sería a los efectos de modular la responsabilidad de la empresa, pero no alteraría el nacimiento legal de la obligación que para la empresa implica de suscribir el convenio especial”, en mi opinión, la actuación irregular en que incurre el empresario en el marco de la relación de trabajo corresponde conceptuarse (siempre que no se repare, tal como indiqué en el párrafo anterior, en la posible **exoneración de** responsabilidad del empresario), como un ilícito laboral con la responsabilidad que corresponda al empresario, pero de ningún modo debe afectar a los derechos adquiridos legalmente por los trabajadores²⁰.

Se llega a esta misma conclusión, tanto en sentencia de instancia como en la dictada en casación, porque la tramitación del despido colectivo, incluyendo la comunicación de la decisión final adoptada por la empresa (acuerdo de extinción del contrato y acta final de terminación del ERE), se notificó el 04/10/2013, es decir, antes de que la empresa fuera declarada en situación concursal, con lo que se cumplía el requisito fijado en el art. 51.9 de la LET (*“procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal”*)²¹, y se refuerza tal argumentación con la manifestación de que la empresa formuló la propuesta de Convenio Especial al ser solicitada por la Inspección, dato que para el TSJ evidenciaba que la empresa era consciente de su obligación, la cual no desaparece por el hecho de que posteriormente fuese declarada en concurso de acreedores.

3.2.1. La situación del Preconcurso de acreedores como instrumento de la Ley Concursal

La Ley Concursal establece unos procedimientos para estos casos, en los que el objetivo es conservar el patrimonio y evitar el cierre del negocio. Pero **existe un paso previo al concurso de acreedores denominado preconcurso** (art. 5 bis LC), **como indica en sus alegaciones la TGSS, pero que al contrario de lo que fundamenta** “*que durante la negociación del ERE ya estaba incursa en procedimiento concursal, ... lo cierto es que desde el 10/10/2013 la empresa se encontraba incursa en un procedimiento concursal en los términos establecidos en el art. 51.9 ET*” **el preconcurso se utiliza para intentar evitar la declaración del concurso y sus consecuencias**²². Por esta razón, me detendré aquí a considerar la diferencia existente entre ambas fases a nivel temporal, por ser este tema el que viene a debatirse por parte de la TGSS.

Partiendo de la base que el prefijo “pre-” antepuesto a concurso no sólo significa en este caso el período de tiempo que precede a su declaración, sino aquel en el que un deudor en dificultades económicas aún no ha sido declarado en concurso. Así, se utiliza para

²⁰ En el Oficio de la SGOI de 11/02/2016 la Subdirección General insiste en este criterio en el sentido de que sostiene que la obligación legal de suscribir el Convenio Especial emana del mismo ERE por lo que procede su formalización independientemente de que antes de su solicitud formal se haya podido acordar la declaración de la empresa en concurso de acreedores; los efectos del Convenio únicamente se despliegan cuando se recauden las cuotas acordadas por la empresa para financiar el mismo.

²¹ Informe SGOI 8 de abril de 2014. La obligación legal de suscribir el correspondiente convenio especial emana del expediente de regulación de empleo, y por tanto, si así ha quedado reflejado dentro de las cláusulas del mismo, procederá su formalización independientemente de que antes de su solicitud formal ante la TGSS se haya podido acordar la declaración de concurso de acreedores.

²² ORELLANA CANO, A., *La problemática laboral en el concurso de acreedores*. Valencia, 2017, Ed. Tirant Lo Blanch. págs. 118-136.

delimitar el período temporal en el que el deudor trata de evitar su concurso, y puede que lo consiga, a través de actuaciones “preconcursoales”²³. En todo caso, la referencia al concurso se explica por la relevancia que esos actos tendrán en el supuesto de una eventual futura declaración de concurso (su eficacia o su rescisión, en ese caso). Cuando se celebra uno de esos actos (p. ej., un acuerdo de refinanciación), aún no se sabe si el deudor será declarado en concurso en el futuro, pero se prevén las consecuencias que, dado el supuesto, se derivarían para el acto en cuestión.

Como podemos observar por tanto, el concurso garantiza cierta tranquilidad al empresario en apuros al aplazar el concurso²⁴. Aunque el deudor tiene que comunicar al Juzgado de lo Mercantil su incapacidad para hacer frente a los pagos, dispone de un margen de tiempo para alcanzar un acuerdo con sus acreedores sin intervención judicial²⁵. Este acuerdo puede ser, entre otras cosas, para refinanciar la deuda retrasando los vencimientos de deuda o para que acepten una propuesta anticipada de convenio concursal, por tanto, el deudor tiene tres meses para alcanzar un acuerdo con sus acreedores, de refinanciación o las adhesiones a una propuesta anticipada de convenio concursal. En el caso de que el deudor no hubiere alcanzado el indicado acuerdo, una vez finalizado el plazo comentado, dispone de un mes para presentar la solicitud de declaración de concurso, pasando con ello del propósito “*Hagamos un concurso para alcanzar un convenio*”, al de “*Hagamos un acuerdo para evitar un concurso*”²⁶.

En este sentido, y ya que lo alega la TGSS, hay que señalar que, frente a los términos genéricos de la solicitud de expediente de regulación de empleo y de la propia resolución, que en ocasiones no identifica a los trabajadores afectados, como permite la jurisprudencia social y contencioso administrativa²⁷, en el expediente del artículo 64 de la LC, tanto en la solicitud como en la resolución se han de hacer constar los trabajadores a los que afecta la medida, y además, respecto a si una vez suscrito el Convenio Especial, la empresa obligada al pago de las cuotas correspondientes fuera declarada en concurso de acreedores, cabe señalar, que del art. 55 de la LC, en la redacción dada por el art. único 42 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre²⁸, se deduce, que la TGSS podría dentro del procedimiento llegar hasta la

²³ Debe comunicarse en los dos meses siguientes al momento en que el deudor tenga conocimiento de su insolvencia. De acuerdo a la ley concursal, la empresa en situación de crisis tiene a partir de entonces un plazo de tres meses para negociar con sus acreedores e intentar resolver los problemas de liquidez. Si en ese plazo no se llega a un acuerdo, la empresa cuenta con un mes adicional para declarar ante el Juzgado de lo Mercantil el concurso de acreedores.

²⁴ La disposición española responde a la reciente Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de marzo de 2014, “sobre un nuevo enfoque frente a la insolvencia y el fracaso empresarial”. Su objetivo, como expresa el primer concursado es prevenir la insolvencia y permitir la restructuración “temprana” de empresas viables, así como “ofrecer una segunda oportunidad a empresarios “honrados” ya incursos en procesos de insolvencia (condonación de deudas en particular). El marco “preconcursoal” resulta, pues, recomendado por Bruselas, una línea que parte de la Comunicación sobre el Acta del Mercado Único de 3 de octubre de 2012, que anuncia el “Nuevo enfoque europeo” en esta materia.

²⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Economía social y salvamento de empresas. La Ley Concursal como telón de fondo.”, *Revista General de Trabajo y Seguridad Social*, Iustel nº 4. 2003.

²⁶ OLIVENCIA RUIZ, M., “La Reforma de la Ley Concursal”. *RDM*, nº 285, Julio-septiembre 2012, págs. 11-28.

²⁷ SSTS. Sala Cuarta de 17 de marzo de 1999 y 28 de septiembre de 1999 y SSTS. Sala Tercera de 22 de mayo de 2002 y 12 de febrero de 2003.

²⁸ Artículo 55 Ejecuciones y apremios: “1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de (...)”

emisión de la providencia de apremio, si bien, no podría llevar a cabo la ejecución del embargo de los bienes de la empresa, en el supuesto que nos ocupa, no puede la TGSS, ya que la empresa obligada no había suscrito los Convenios Especiales, iniciar el procedimiento administrativo recaudatorio para el cobro de las cuotas que deben ser abonadas en orden a la financiación de los mismos, ni emitir certificación de deuda para su presentación en el procedimiento concursal en este supuesto, que la empresa estaba ya declara en concurso de acreedores, aunque con posterioridad a que surgiese la obligación de solicitar los Convenio Especiales ante la TGSS.

3.3. Algunas reflexiones sobre el Convenio especial de empresarios y trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo que incluyan trabajadores con 55 o más años

3.3.1. Comentarios introductorios

Este tipo de Convenio Especial ERE²⁹, tal y como he reiterado, se resolverá por el art. 51.9 ET, que impone a las empresas no incursas en procedimientos concursales, que acudan a la vía de los despidos colectivos y que incluyan a trabajadores de más de 55 años que no tuvieran la condición de mutualistas a 1-1-1967³⁰, al mismo tiempo, la obligación de financiarlo se registrará por lo establecido en la Disposición Adicional decimotercera de la LGSS³¹ (disposición adicional trigésima primera del anterior texto refundido de 1994). Ambas disposiciones tienen su origen en el Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, cuyo origen se sitúa en el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito el 9 de abril de 2001 por el Gobierno, la Confederación de Comisiones Obreras, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa.

ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. (Número 1 del artículo 55 redactado por el número cuarenta y dos del artículo único de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. B.O.E. de 11 octubre). 2. Las actuaciones que se hallaran en tramitación quedarán en suspenso desde la fecha de declaración de concurso, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a los respectivos créditos”.

²⁹ Regulado en la Orden TAS/2865/2003.

³⁰ El art. 51 del ET entiende por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:

10 trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

El 10% del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores.

30 trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.

Igualmente, cuando extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de su actividad empresarial fundada en las mismas causas anteriormente señaladas.

³¹ 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.

El Convenio Especial será suscrito por el empresario y el trabajador, por un lado, y la TGSS, por otro³². En este sentido, la TGSS envía el contrato a la empresa para que le devuelva una copia firmada. Una vez enviada la copia del contrato firmada por la empresa a la TGSS el Convenio Especial alcanza **efectividad**³³.

Como podemos reparar por tanto, la suscripción del convenio especial no es un convenio entendido en sentido literal, es decir no es un auténtico acuerdo de voluntades entre las partes que lo conciertan, sino que es la Administración la que arbitra de forma obligatoria las condiciones de ese acuerdo, de manera que el suscriptor no tiene capacidad o margen de maniobra para negociar otras condiciones distintas.

En lo que a mi alcance sobre esta figura se refiere, entiendo que la naturaleza del convenio especial **es híbrida entre el acto administrativo y el contrato**, pues la denominación de convenio se utiliza dentro del ámbito general de actuación de la Administración Pública, referida a la coincidencia de dos o más voluntades causando obligación. Si bien, tratándose de un acto administrativo, la parte convencional aparece desvaída, pues queramos o no, de momento, la única voluntad que le queda al trabajador es aceptar o no la oferta que supone el convenio.

De acuerdo con lo anterior, la TGSS, con la normativa actualmente vigente, no puede proceder a dar el alta de oficio a los trabajadores afectados³⁴, ni a sustituir la voluntad de la empresa en la suscripción del convenio, dada la dinámica misma de la figura del Convenio Especial, fórmula elegida legalmente para dar cobertura a los derechos de los trabajadores en estos supuestos, que requiere para su aprobación de la previa conformidad de las partes implicadas, todo ello sin perjuicio de las modificaciones normativas que, de *lege ferenda*, pudieran resultar deseables.

Si bien es cierto que la TGSS no puede sustituir la voluntad empresarial en la suscripción del Convenio Especial como decimos, ni tampoco arbitrar un procedimiento coactivo en tal sentido, no obstante y previa acreditación en el expediente de que el trabajador/a reúne los requisitos establecidos en el artículo 51.9 del ET para hacer nacer la obligación empresarial, el trabajador ante esta situación de incumplimiento por parte de la empresa, puede solicitar el Convenio Especial ERE, ya que el criterio de la SGOL, recogido en el curso dirigido a los responsables de las Unidades Provinciales de Impugnación, celebrado en abril 2012³⁵, establece que se actuará dirigiéndose a que dirigirse a la empresa

³² STS de 26 de septiembre de 2017.

³³ El art. 4 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, determina que si la empresa no devuelve la copia del Contrato transcurridos tres meses desde la notificación, el contrato se considera caducado.

³⁴ En este sentido, la Recomendación del Defensor del Pueblo de 3/12/2014, queja número: 14004621, dirigida a la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, para impulsar las medidas legislativas que permitan que la TGSS pueda sustituir la voluntad de la empresa que incumple la obligación recogida en el Estatuto de los Trabajadores, de suscribir un convenio especial en favor de trabajadores con 50 o más años de edad, despedidos en el marco de expedientes de regulación de empleo (ERE).

³⁵ Transcripción de las transparencias del curso impartido en abril 2012 por la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones a las unidades provinciales de Impugnación sobre Convenios Especiales de los despidos colectivos. Si el convenio lo solicita el interesado, ante el incumplimiento por parte de la empresa, el criterio de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones, recogido en el curso dirigido a los responsables de las Unidades Provinciales de Impugnación, celebrado en abril 2012, establece el siguiente procedimiento: *“En otro caso, se actuará atendiendo al siguiente criterio: Si bien es cierto esta Tesorería General no puede sustituir la (...)*

incumplidora recordándole su obligación legal de suscripción del convenio especial que nos ocupa, otorgándole un plazo prudencial en orden a su cumplimiento. En caso de que esta empresa no atendiera dicha invitación, deberá así comunicarse a la trabajadora interesada, poniendo en su conocimiento las actuaciones habidas por esa Dirección Provincial y quedando a salvo, obviamente, su derecho a ejercitar las acciones que estime conveniente en defensa de sus intereses.

Hay que reconocer, por tanto, que en estos supuestos existe un problema para los trabajadores afectados, así como la imposibilidad de ofrecer una solución viable y satisfactoria a la situación derivada del incumplimiento de las empresas respecto de la obligada suscripción de este tipo de convenios. Dicha obligatoriedad entra en contradicción con los supuestos recogidos en la Orden TAS/2865/2003, cuya característica esencial es la voluntariedad de las partes, impidiendo con ello el fin perseguido por la norma, esto es, la protección del trabajador. Podríamos plantearnos entonces, que posiblemente, surge en estos supuestos de incumplimiento empresarial, una problemática procedimental en orden a arbitrar un mecanismo de sustitución de la voluntad empresarial. Por lo tanto, lo que se persigue con el convenio especial, que en principio es introducir mecanismos de tipo garantista que impidan o eviten *“la expulsión del sistema de la Seguridad Social, y alcanzar o mantener la protección de los beneficiarios, en sí misma considerada o en el nivel alcanzado previamente en el sistema de la Seguridad Social pública, de manera supletoria, esto es, cuando fallan las vías ordinarias, fundamentalmente de tipo contributivo”*³⁶, no se llega a completar.

En relación con todo lo anterior, según el Tribunal Supremo, en sentencia de 12 de marzo de 2018³⁷, al referirse a que la adscripción a las medias pactadas en un ERE es voluntaria, pero la causa de la extinción del contrato es el ERE, basado en causa económica, organizativa o productiva y, por tanto, involuntaria, sea cual sea la formalización que haya realizado la empresa, estimándose, en consecuencia que las bajas mediante prejubilaciones habidas con ocasión del ERE tienen carácter de involuntarias, realizadas de conformidad con el artículo 51 del ET, *“la TGSS tiene atribuida competencia para para actuar de oficio en caso de incumplimiento del empresario de sus obligaciones legales o reglamentarias”*.

Ante esta circunstancia, y como marco protector, se debería impulsar las modificaciones legislativas que permitan que la TGSS pueda proceder a dar el alta de oficio a los trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo con cincuenta y cinco o más años de edad, y a sustituir la voluntad de la empresa en la suscripción del Convenio Especial, en aquellos supuestos de incumplimiento de dicha obligación por parte del empresario, al

voluntad empresarial en la suscripción del convenio especial, ni tampoco arbitrar un procedimiento coactivo en tal sentido, no obstante, previa acreditación en el expediente de que el trabajador/a reúne los requisitos establecidos en el artículo 51.9 del Estatuto de los Trabajadores para hacer nacer la obligación empresarial que alega, la Dirección Provincial debe dirigirse a la empresa incumplidora recordándole su obligación legal de suscripción del convenio especial que nos ocupa, otorgándole un plazo prudencial en orden a su cumplimiento. En caso de que esta empresa no atendiera dicha invitación, deberá así comunicarse a la trabajadora interesada, poniendo en su conocimiento las actuaciones habidas por esa Dirección Provincial y quedando a salvo, obviamente, su derecho a ejercitar las acciones que estime conveniente en defensa de sus intereses”.

³⁶ LÓPEZ GANDÍA, J., “La extinción del contrato al amparo del art. 50 del ET: ¿judicial o extrajudicial? Comentario a la STS 4ª de 20 de julio de 2012”. *RDS* Nº 62, 2013, págs. 179-186.

³⁷ STS, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 12 de marzo de 2018, Rec. núm. 3060/2015.

objeto de garantizar debidamente la cobertura de los derechos de estos trabajadores y hacer efectivo el contenido del artículo 51.9 del ET³⁸. Todo ello sin que esto suponga que quede exento, al ser el convenio especial un contrato que se suscribe con la Seguridad Social, de la obligación de “*formalización ulterior*” ya que los contratantes se encuentran obligados a documentar el acto para, de este modo, consolidar los derechos involucrados.

Sintetizando el análisis efectuado anteriormente, resulta posible señalar, que la forma es un medio para exteriorizar la voluntad de la empresa y el trabajador de suscribir el Convenio Especial ya que la formalidad es la imposición de un derecho a la vez que deber *ex lege* que, si bien nace y se impone en el marco de la normativa de carácter laboral reguladora de los despidos colectivos³⁹, no por ello pierde el carácter de obligación de la Seguridad Social desarrollada en la Disposición adicional decimotercera de la LGSS, a la que remite el mismo artículo 51 ET, por lo tanto, nace por el mero hecho de concurrencia de las circunstancias contempladas en la normativa, de la observancia de un procedimiento especial para la validez o eficacia de ciertos contratos o negocios jurídicos.

3.3.2. Protección de este colectivo ante el despido colectivo

En lo que a la protección se refiere, entiendo que este Convenio Especial ERE, tiene como finalidad que los trabajadores en esta situación, continúen en alta o asimilada al alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda una vez que finalice su actividad laboral, en este caso por la existencia de un despido colectivo/ERE en su empresa⁴⁰. A este respecto, recuerda el Tribunal Constitucional que el ET ya prevé que los afectados por un despido colectivo con 55 o más años de edad cuentan con que la empresa deberá abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial con la Seguridad Social, lo que permite al trabajador mantenerse de alta en el Sistema de la Seguridad Social y, por tanto, que sus prestaciones futuras no se vean afectadas⁴¹.

Resultado de ello, es que el criterio de selección en un **despido colectivo** basado exclusivamente en la mayor edad de los trabajadores afectados, sólo se entenderá como válido, en la medida en que efectivamente tengan una **mayor protección posterior** que el resto de los empleados afectados, por lo que no podrá considerarse obstáculo para la firma de los correspondientes Convenios Especiales ERE el hecho de que la empresa haya sido declarada en concurso en un momento posterior a la tramitación del correspondiente despido colectivo, puesto que es criterio de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la TGSS⁴², avalado por la jurisprudencia⁴³, que la existencia de la obligación legal de la empresa que lleva a cabo un expediente de regulación de empleo que afecta a esta modalidad de trabajadores, hay que situarla en el mismo procedimiento del despido colectivo, y es en el

³⁸ STS. Sala de lo Social, de 12 de junio de 2018. Sobre determinación de los criterios de selección de los afectados por un despido colectivo.

³⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., “Criterios del Tribunal Supremo sobre despidos colectivos”, www.gomezacebo-pombo.com (consultado el 7/07/2018).

⁴⁰ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Despido colectivo y selección de trabajadores: ¿La edad es un criterio discriminatorio?”. 2015. <http://ignasibeltran.com> (consultado el 14 de julio de 2018).

⁴¹ STC, de 13 de abril de 2015.

⁴² Informe de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de 08/04/2014 sobre la consulta de suscripción de Convenios ERE de empresas en concurso.

⁴³ Entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 30 de abril de 2013.

documento de formalización del acuerdo con los representantes de los trabajadores o en la decisión final del empresario, si no se ha alcanzado dicho acuerdo, que debe ser comunicado a la Autoridad Laboral, donde quedará reflejada la obligación legal para las empresas de abonar las cuotas correspondientes a la financiación del citado Convenio Especial.

Por lo que en virtud de lo que antecede, y ya que estos convenios con la Seguridad Social es una medida a favor de los trabajadores de edad avanzada, ya que el abono de sus cuotas por parte empresarial permite al trabajador generar el derecho a prestaciones de Seguridad Social aunque no esté trabajando, procede considerar, que la obligación legal de suscribir los correspondientes Convenios Especiales ERE, emanaba del mismo expediente de regulación de empleo y procedía, por tanto su formalización⁴⁴, independientemente de que antes de su solicitud formal ante la TGSS se hubiera podido acordar la declaración de concurso de acreedores, pues todo ello, ya estaba determinado en el criterio que venía sosteniendo la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones antes de que la sala tercera del juzgado dictara sentencia el 14 de septiembre de 2015, por lo que no entiendo, en base a qué, la letrada de la TGSS interpuso recurso de casación, ya que debemos recordar, aunque sea pura lógica, que **interpretaciones de las normas con ese formalismo excesivo, resultan desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que para garantizar este principio, si existe un error de identificación de los criterios en que basa su recurso la letrada de la TGSS, no debería impedir que se entre en el fondo del asunto, interpretando de forma flexible los presupuestos formales exigibles en dicho recurso para la solicitud del convenio especial ERE.**

3.3.3. La obligatoriedad de financiar este Convenio Especial

La obligación para las empresas, que se impone explícitamente en el apartado 9 del artículo 51 ET, “*de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial*”, es una obligación *ex lege*, entendiendo “ley” en un sentido amplio; es decir, trátase de ley en sentido propio, de costumbre o de principios generales del derecho, es decir, cualquier norma jurídica puede originar obligaciones *ex lege*, en el caso que nos ocupa, nace por el mero hecho de concurrencia de las circunstancias contempladas en dicho texto legal (la existencia de un despido colectivo que incluya a trabajadores de 55 o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1/1/1967) y que al mismo tiempo, la empresa no este incurso en procedimiento concursal. Esta obligación opino, igual que ambos Tribunales, que se traduce, a su vez, con el consiguiente derecho para estos trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo con 55 o más años de edad⁴⁵.

Deducción a la que llego basándome en el hecho de que el despido colectivo se tramitó antes de que la empresa fuese declarada en concurso, entendiendo que es ese momento de la tramitación el que debe contar a los efectos de debate, añadiendo a mayor abundamiento que también, al requerir la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a la

⁴⁴ GARRIDO PÉREZ, E., “Los acuerdos de reestructuración empresarial, con especial atención a los derivados de despidos colectivos, suspensión y reducción de jornada”, *Temas Laborales* nº 120/2013, págs. 389-438.

⁴⁵ STS, Sala Cuarta, de 19 de octubre de 2016, recurso de casación para la unificación de doctrina 2291/2015, “...del artículo 51.9 del Estatuto de los Trabajadores se deriva una obligación *ope legis* y que cuando el procedimiento de despido colectivo ha finalizado antes de la declaración de concurso y en él se asumiese el compromiso de suscribir el convenio, tal obligación nace en un momento en que no se estaba incurso en el procedimiento concursal”.

empresa que tramitase las solicitudes de los Convenios Especiales, procedió a solicitarlos, con lo que era consciente de su obligación, la cual no desaparece por el hecho de que declarada en concurso de acreedores.

El repetido art 51.9 del ET lo único que establece es que tratándose de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, existe la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial para sus trabajadores de más de 55 años que no tengan la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, de manera que es claro que la empresa tenía esa obligación en el momento de los despidos porque no se hallaba en concurso todavía.

En cuanto al elemento cronológico, el mismo precepto se refiere a las empresas que no estén en concurso para generar la obligación de suscribir el convenio, lo que sucede en este caso según se ha indicado ya, si bien, por su parte, el art 64.1 de la Ley Concursal dice en su párrafo tercero que "*si a la fecha de la declaración del concurso el empresario ya hubiera comunicado a la autoridad laboral la decisión adoptada al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores o, en su caso, ya hubiera recaído resolución administrativa autorizando medidas de extinción, suspensión o reducción de jornada, corresponderá a la administración concursal la ejecución de tales medidas. En todo caso, la declaración de concurso ha de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan*"⁴⁶.

No obstante, partiendo de la base que la empresa incumplió con la obligación legal recogida en el artículo 51.9 ET relativa a la solicitud del convenio especial ante la Tesorería General de la Seguridad Social, se debe tener en cuenta que en este caso, la acción ejercitada tiene como presupuesto el despido colectivo y éste se decidió ya antes de la declaración de concurso con comunicación a los representantes de los trabajadores y a la autoridad, de modo que, al respecto de la posibilidad a la que insta la TGSS en su oposición "*sin perjuicio que los recurrentes puedan solicitar el alta en Convenio Especial de acuerdo con el Capítulo I de la Orden mencionada*" (Convenio Especial general u ordinario), me atrevo a señalar, que no todo elemento de identidad es suficiente, es decir, no puede ser cualquier identidad sino que hemos de buscar la *ratio iuris* que el legislador tomó en consideración para establecer la obligación "específica" de que, cuando se trate de expedientes de regulación de empleo de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan a trabajadores con 55 años o más, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a financiar un Convenio Especial para estos trabajadores, y por tanto, atendiendo a la naturaleza y características de la situación que es objeto de protección, en esta modalidad de convenio, entiende la Subdirección General, no resulta de aplicación el art. 10.2.c) de la Orden TAS/2865/2003, que prevé dentro de las normas generales del Convenio Especial, la extinción del mismo por decisión del interesado comunicada a la TGSS⁴⁷.

⁴⁶ STS Sala de lo Social de 26 de octubre de 2016.

⁴⁷ Al respecto, Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza de 7 de diciembre de 2016, nº 239/2016. A raíz de detectarse un error en los convenios especiales ERE en el que se incluía esa cláusula que permitía la extinción de los mismos por la decisión del trabajador comunicada a la TGSS, se procedió a cambiar el modelaje suprimiéndola, ya que la TGSS no había cambiado el criterio respecto de las causas de extinción de los convenios especiales derivados de un ERE, pero la sentencia citada, entre otras, en sus fundamentos de derecho, afirmaba el carácter vinculante de las cláusulas de los convenios suscritos por la (...)

3.3.4. Consecuencias del incumplimiento de la obligación de suscribir el convenio especial ERE

Efectivamente, dentro del marco de lo que podríamos denominar el instrumento clásico para asegurar el mantenimiento de los derechos en curso de adquisición⁴⁸, el Convenio Especial ERE (art. 51.9 ET), tiene un limitado ámbito aplicativo, ya que fuera de la situación en que se encuentran los trabajadores antes mencionados en el despido colectivo, no existe obligación de financiar dicho Convenio Especial ERE. Nos hallamos, pues, ante una protección de un colectivo muy limitado que no comprende a los trabajadores que pierdan su empleo por causas distintas de las económicas, técnicas, organizativas o de producción o, incluso concurriendo estas, si no alcanzan los umbrales exigidos para tratarse de despidos colectivos, es decir, si se trata de despidos por la vía del art. 52.c) ET.

De modo que la disposición adicional sexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, que entró en vigor el 1 de enero de 2013, dio una nueva redacción a los apartados 1 y 2 de la disposición adicional decimotercera de la LGSS, relativa al Convenio Especial a suscribir en expedientes de regulación de empleo. La referida Ley introdujo, un nuevo tipo infractor en el artículo 23 apartado 1i del texto refundido de la Ley de infracciones y sanciones en el orden de lo social (en adelante LISOS)⁴⁹, pasándose a considerar como infracción muy grave el incumplimiento de la obligación de suscribir el Convenio Especial en los supuestos establecidos en el artículo 51.9 del ET, siendo sancionada esta conducta conforme al artículo 40.1 primero de ese texto legal, todo ello sin dejar de lado el Criterio Técnico 91/2012 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aclara el tipo sancionador aplicable y resuelve como procederá actuar según los casos, es decir, qué sanción procede imponer a la empresa distinguiendo dos situaciones⁵⁰:

- Que la empresa no se suscriba el Convenio Especial tras la aprobación del despido colectivo/ERE.

A este respecto, debe señalarse que la imposición de sanciones económicas a los empresarios infractores no resulta una medida suficientemente disuasoria para la firma del

Administración de la Seguridad Social tienen para la misma, y en cuyos fallos se reconoce el derecho del trabajador interesado a la extinción voluntaria del convenio especial ERE por aplicación de tales cláusulas contractuales que permiten la extinción por dicha causa.

⁴⁸ El artículo 1112 del Código Civil señala que *“Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”*.

⁴⁹ Incumplir la obligación de suscribir el Convenio Especial en los supuestos establecidos anteriormente (apdo. 9 del art 51 ET) para los supuestos de expedientes de regulación de empleo de empresas no incursas en procedimiento concursal será considerado como infracción muy grave en materia de Seguridad Social.

⁵⁰ Con base en la regulación básica contenida en:

El artículo 51.9 del Estatuto de los Trabajadores que obliga a abonar las cuotas del convenio especial en estos supuestos de despido colectivo.

La disposición adicional decimotercera. 2 de la Ley General de la Seguridad Social, donde se establece que las cotizaciones al convenio especial se abonarán dentro del mes siguiente a la notificación por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social de la cantidad a ingresar (disposición que se ha visto afectada en su redacción por la Ley 27/2011, de reforma de las pensiones, y cuya entrada en vigor se producirá el 1 de enero de 2013).

El artículo 20.2 de la Orden TAS /2865/2003 donde se desarrollan los extremos anteriores.

Los artículos 22.3 y 23.1 i) de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social que pasamos a explicar.

Convenio Especial, y, por otra parte, tampoco supone un resarcimiento económico para los interesados, cuyos derechos se ven mermados por la falta de su obligada suscripción y abono de cuotas destinadas a su financiación.

En virtud de ello, resulta muy ilustrativa el contenido del Criterio Técnico 74/2009, de 12 de junio, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que haciendo uso de sus facultades entre las que se encuentra advertir a las empresas o requerirlas para que corrijan las deficiencias que puedan observar, en lugar de proponer sanciones por tales irregularidades, señala que *“en el aspecto liquidatorio hay que considerar en referencia a la no suscripción del convenio especial, que la reclamación de las cuotas no es objeto subsumible en las previsiones relativas a falta de afiliación o alta de trabajadores y diferencias de cotización propias de las actas de liquidación reservadas a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”*, ello, junto a la aplicación correcta de las advertencias y requerimientos, como actos discrecionales que son de la Administración, entiendo que establecen la base argumental de la razón de ser de estas figuras particularmente persuasivas de las que dispone la Inspección en sus actuaciones, con independencia del tipo sancionador aplicable realizado por el Criterio Técnico 91/2012 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, es decir, qué sanción procede imponer a la empresa cuando no se suscribe el convenio especial tras un despido colectivo/ERE⁵¹.

El citado organismo admite, por tanto, la existencia del problema expuesto por los afectados, así como la imposibilidad de ofrecer una solución viable y satisfactoria a la situación derivada del incumplimiento de las empresas respecto de la obligada suscripción de este tipo de convenios. Dicha obligatoriedad entra en contradicción con los supuestos recogidos en la Orden TAS/2865/2003, cuya característica esencial es la voluntariedad de las partes, impidiendo con ello el fin perseguido por la norma, esto es, la protección del trabajador.

- Que no se abonen las cuotas una vez suscrito el convenio especial.

A esta segunda situación, solo haremos una pequeña referencia por no ser objeto de este análisis, por lo que solo advertir que no se produce la extinción del convenio por esta causa cuando, una vez formalizado el Convenio Especial, la empresa no cumple con su obligación de pagar la cantidad notificada dentro del mes siguiente, y tampoco presenta aval, si ha optado por el pago fraccionado, a pesar de que en el art. 10.2.c) de la Orden TAS/2865/2003 se establezca como causa de extinción la falta de abono de las cuotas correspondientes, toda vez que *“la obligación de suscribir el Convenio se configura como opción legal, y, por tanto, su extinción no puede supeditarse a la simple voluntad de la empresa”*. En este caso, por tanto, procederá iniciar la vía ejecutiva para el cobro de la deuda dictando la correspondiente providencia de apremio⁵².

⁵¹ La empresa incurre en una infracción muy grave tipificada en la LISOS en el artículo 23.1.i), debida a la Ley 27/2011 y que el Criterio Técnico (en su párrafo tercero) especifica que “en el supuesto en que el convenio especial no haya llegado a suscribirse, no puede resultar un efecto liquidatorio”. En síntesis, si no se suscribe el convenio especial: la infracción cometida será, a partir de 1 de enero de 2013, muy grave.

⁵² Art. 85.1.b) del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

4. CONSIDERACIONES FINALES

El actual sistema de Seguridad Social carece de instrumentos adecuados para asegurar el futuro acceso a las prestaciones del nivel contributivo en los nuevos entornos laborales, carencia que es especialmente grave en lo que se refiere a los trabajadores mayores de 55 años, dotados de una menor empleabilidad. El sistema clásico de protección por desempleo ha devenido inadecuado en el contexto de las nuevas formas de organización del trabajo para conferir “seguridad” a los trabajadores en el curso de las diferentes transiciones laborales a las que va a tener que hacer frente a lo largo de su vida laboral. Pero sobre todo, y lo que sin duda es más grave, tampoco hay previstos mecanismos que permitan salvaguardar o proteger los futuros derechos a pensión de quienes están expuestos a estas situaciones.

En lo que respecta a las escasas nuevas medidas arbitradas por el legislador en estos supuestos, sin duda, lo más criticable es su limitado ámbito de aplicación al estar restringidos al ámbito de los despidos por “crisis empresariales”, a lo que hay que añadir la presión que el convenio especial del art. 51.9 ET supone también para el acceso a la jubilación anticipada (con las consecuencias señaladas) y el carácter meramente recaudatorio de la aportación al Tesoro Público prevista en el art. 51.11 ET, sin efectos directos sobre los trabajadores afectados.

En definitiva, la protección de los derechos futuros de estos trabajadores ha sido, y ahora lo es todavía más, muy escasa, lo que no ha impedido que el Tribunal Constitucional declare que no es discriminatorio la utilización del criterio de la edad (mayores de 55 años) para la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo por considerar que la mayor protección social brindada a este colectivo constituye un factor objetivo y no arbitrario de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo⁵³.

Por otro lado, y partiendo de la base que la Ley atribuye a la autoridad laboral relevantes competencias de control e impugnación de los acuerdos adoptados⁵⁴, en concreto, se prevé que la autoridad laboral pueda impugnar los acuerdos adoptados cuando estime que estos se han alcanzado de forma correcta⁵⁵ y que como consecuencia, y en cuanto a los medios o los contenidos de la negociación se refiere, la propia Ley establece que los objetivos citados se alcancen “mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento, tales como medidas de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad” (51.2 ET), podemos comprobar, como la norma estatutaria no se detiene en las medidas que se pueden adoptar para evitar o reducir los despidos, pero subraya la necesidad de adoptar “medidas sociales de acompañamiento”, que tienen una finalidad atenuadora de las consecuencias de las medidas extintivas adoptadas por la empresa.

⁵³ BALLESTER PASTOR, M. A., “Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: un análisis crítico preliminar”. En: Ballester Pastor, María Amparo (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*. 2010. Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. págs. 17-76.

⁵⁴ FALGUERA BARO, M.A., *El procedimiento de despido colectivo y el desarrollo del periodo de consultas*, Ed. Bomarzo, 2015.

⁵⁵ ROJO TORRECILLA, E., “La importancia de las actas del período de consultas y el respeto de las reglas formales en los ERES. Comentario de dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana”, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/04/la-importancia-de-las-actas-del-periodo.html> (consultado el 2/07/2018).

Sin embargo, dichas carencias han sido paliadas por el desarrollo reglamentario. De un lado, el art. 8 RD 1483/2012 recoge entre las posibles medidas sociales de acompañamiento sendos catálogos abiertos de posibles medidas para evitar o reducir los despidos colectivos, así como para atenuar las consecuencias en los trabajadores afectados. De otro lado, la importancia que se atribuye a estos planes, da cuenta el encargo legal a la autoridad laboral de requerir y verificar la acreditación de la ejecución de esta obligación. Tales previsiones son objeto de desarrollo en el art. 9 RD 1483/2012 que concreta, entre otros aspectos, la obligación de que el plan –cuyos datos han de figurar en la documentación entregada al inicio del período de consultas– preste atención, con especial extensión e intensidad a los de mayor edad.

Por tanto, si el procedimiento de despido colectivo, como se ha indicado, se configura como un proceso esencialmente negociador y de adopción de medidas empresariales en el que la participación de la autoridad laboral, que junto al mantenimiento de algunas tareas como los informes de la inspección de trabajo, ostenta un papel de vigilancia y control en orden al adecuado cumplimiento de seguimiento documental desarrollado por la empresa con los representantes legales de los trabajadores (art. 6 RD 1483/2012), el despido colectivo puede ser objeto de impugnación por dicha autoridad laboral mediante el procedimiento de oficio previsto en el art. 148.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Como conclusión final, destacar que la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones, así como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (criterio técnico 91/2012 que dejó sin efecto el criterio técnico 74/2009, de 12 de junio⁵⁶) no habían cambiado su criterio a la fecha en que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dicta sentencia, interpretando por tanto como dicho Tribunal, que la no suscripción del Convenio Especial ERE no podía afectar a los trabajadores, porque cuando nace la obligación de la empresa, no está en concurso. Por consiguiente, es la empresa, una vez adoptada la decisión de proceder a los despidos (aunque no haya comunicado durante el período de consultas que procedería a la tramitación del convenio especial con la Seguridad Social), quien queda obligada jurídicamente por la mera decisión del Expediente de Regulación de Empleo, por tanto, se trata, en suma, de una decisión empresarial adoptada antes de la declaración del concurso, añadiendo la Sala, a mayor abundamiento jurídico para cerrar la defensa de su tesis, que procede la formalización del Convenio Especial ERE independientemente de que antes de su solicitud formal se haya podido acordar la declaración de la empresa en concurso de acreedores.

⁵⁶ Al no ser subsumible la inserción de la conducta de la falta de suscripción del convenio especial a que se refiere el artículo 51.9 de la LET, en el tipo infractor del artículo 22.3 del TRLISOS, procede dejar sin efecto el Criterio Técnico nº 74/2009, de 12 de junio.