nº 39 (2º Trimestre 2024)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El convenio especial con la Seguridad Social en caso de Despido Colectivo

Special Agreement with Social Security in Case of Collective Dismissal

Ana Castro Franco *Contratada predoctoral FPU, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades*
Universidad de León
https://orcid.org/0000-0002-6834-3064

Cita Sugerida: CASTRO FRANCO, A.: «El convenio especial con la Seguridad Social en caso de Despido Colectivo». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 39 (2024): 89-110.

Resumen

La suscripción de un convenio especial, en favor de los trabajadores con 55 o más años de edad que cesan en la prestación de servicios en el marco de un despido colectivo es obligatoria para el empresario por imperativo legal. Las dudas suscitadas en torno al carácter laboral o de Seguridad Social de tal deber no encuentran fácil solución, habida cuenta de las remisiones recíprocas entre el art. 51.9 ET y la DA 13ª LGSS. La respuesta, lejos de resultar intrascendente, determinará la aplicación de un régimen jurídico u otro en cuestiones como la prescripción, la tramitación procesal o la titularidad del crédito.

Palabras clave

Despido colectivo; convenio especial; Seguridad Social; trabajadores de mayor edad

Abstract

The subscription to a special agreement, in favour of workers aged 55 or older who cease their services within the framework of a collective dismissal, is mandatory for the employer by legal mandate. The doubts raised regarding the employment or Social Security nature of this obligation are not easily resolved, given the reciprocal references between Article 51.9 of the Workers' Statute (ET) and the 13th Additional Provision of the General Social Security Law (LGSS) The answer, far from being inconsequential, will determine the application of one legal regime or another in matters such as prescription, procedural processing, or the ownership of the credit.

Keywords

Collective dismissal; special agreement; Social Security; older workers

1. CONTEXTO NORMATIVO DEL CONVENIO ESPECIAL CON LA SEGURIDAD SOCIAL PARA TRABAJADORES CON 55 O MÁS AÑOS DE EDAD

Las sucesivas crisis económicas y financieras sufridas por los Estados Miembros —desde la producida por el incremento del precio del petróleo, en el año 1973, hasta la originada a raíz de la pandemia del COVID-19, en 2020— han impulsado un relevante Derecho derivado de la Unión Europea destinado a proteger adecuadamente a los trabajadores frente a las dificultades definitivas, irreversibles o estructurales de la empresa[1]. Hoy en día, se encuentra positivizado, a los efectos que aquí interesan, en la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos; la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad; la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a

[1] Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, Barcelona, Atelier, 2023, pp. 157 y 158.

Fecha Recepción: 11/5/2024 - Fecha Revisión: 6/6/2024 - Fecha Aceptación: 7/6/2024
Pags. 89-110

la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario; y el Reglamento (UE) 2021/691 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de abril de 2021, relativo al Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización para Trabajadores Despedidos (FEAG) y por el que se deroga el Reglamento (UE) nº 1309/2013.

La Seguridad Social está claramente definida en los Convenios de la OIT y en los instrumentos de la ONU como un derecho fundamental, articulado a través de un sistema basado en cotizaciones que garantizan la protección de la salud, las pensiones y el desempleo, así como las prestaciones sociales financiadas mediante impuestos.

Sin embargo, dicha protección se encuentra sometida a múltiples tensiones y a un intenso debate desde hace décadas, como consecuencia de que la destrucción de empleo en una región puede propagarse con mucha facilidad a las demás y sus efectos contagian rápidamente a los mercados de trabajo, el bienestar social y la capacidad de las personas para hacer frente a los riesgos económicos. Tanto los nuevos desafíos sistémicos globales, como las oportunidades que comporta la globalización, hacen necesario contar con sistemas nacionales eficaces. Las transferencias monetarias y otras medidas de Seguridad Social han conformado un mecanismo de respuesta que confiere a los trabajadores un paraguas de protección, además de contribuir a estimular la demanda nacional, crear capital humano, aumentar la productividad laboral y propiciar la sostenibilidad del crecimiento económico[2].

A nivel interno, el punto de partida del convenio especial para trabajadores mayores de 55 años que pierden su empleo en un despido colectivo aparece situado en el Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social, de 9 de abril de 2001. El punto IV modificaba las condiciones de acceso a la jubilación anticipada, conservando la regulación por aplicación del derecho transitorio, a partir de los 60 años, y articulando una nueva modalidad para los trabajadores afiliados con posterioridad al 1 de enero de 1967, a partir de los 61 años, siempre y cuando reunieran una serie de requisitos. En paralelo, establecía unos coeficientes reductores de la pensión, cuando se solicitara la misma a una edad inferior a 65 años, en función de los años de cotización efectiva acreditados. El objetivo venía dado por configurar una transición menos traumática entre el despido y el acceso a la jubilación de los trabajadores sénior, con percepción durante el periodo intermedio de prestaciones y subsidios por desempleo, pues buena parte de ellos no tenían condición de mutualistas con anterioridad al 1 de enero de 1967 y, por lo tanto, tampoco estaban amparados por la jubilación anticipada contemplada en la DT 3ª de la ya derogada Ley General de la Seguridad Social de 1994. A la par, al encarecer el coste de la extinción colectiva, pretendía favorecer la permanencia en el empleo de quienes habitualmente eran los primeros en ser seleccionados en el reajuste[3].

El Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, incorporó en su art. 6 un apartado 15 al art. 51 ET en virtud del cual, cuando se tratara de expedientes de regulación de empleo de empresas no incursas en un procedimiento concursal que incluyeran trabajadores con 55 o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existía la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial. Por otra parte, y en su art. 7, añadía una DA 31ª a la LGSS tendente a matizar que las cotizaciones abarcarían el periodo comprendido entre la fecha de cese en el trabajo o, en su caso, en que finalizará la obligación de cotizar por extinción de las prestaciones por desempleo contributivo, y la fecha en la que el trabajador cumpliera los 65 años.

[2] FMI/OIT: *The challenges of growth, employment and social cohesion*, Documento de debate para la Conferencia conjunta OIT/FMI en cooperación con la Oficina del Primer Ministro de Noruega, Oslo, 2010, p. 10.

[3] STSJ de Castilla y León/Valladolid de 2 de julio de 2015 (rec. 1040/2015).

Las cuotas se determinaban aplicando al promedio de las bases de cotización del trabajador en los últimos seis meses de ocupación cotizada, el tipo previsto en la normativa reguladora del convenio especial. De la cantidad resultante se deducía la cotización, a cargo del Instituto Nacional de Empleo, correspondiente al periodo en el que el trabajador tuviera derecho a la percepción del subsidio de desempleo, calculándola misma en función de la base y tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio especial.

Hasta la fecha de cumplimiento de la edad de 61 años, las cotizaciones eran a cargo del empresario y se ingresaban en la Tesorería General de la Seguridad Social, bien de una sola vez, dentro del mes siguiente al de la notificación por parte del citado servicio común de la cantidad a ingresar, bien de manera fraccionada, garantizando el importe pendiente mediante aval solidario o a través de la sustitución del empresario en el cumplimiento de la obligación por parte de una entidad financiera o aseguradora, previo consentimiento de la TGSS. Cumplida la edad de 61 años, las aportaciones quedaban a cargo exclusivo del trabajador, debiendo ser ingresadas, en los términos previstos en la normativa reguladora del convenio especial, hasta el cumplimiento de la edad de 65 años o hasta la fecha en que, en su caso, tuviera acceso a la pensión de jubilación anticipada.

En los supuestos de fallecimiento del trabajador, de reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente o de realización de actividades en virtud de las cuales se efectuarían cotizaciones al sistema de Seguridad Social, procedería reintegrar al empresario, previa regularización anual, las cuotas que hubieran ingresado por el convenio especial correspondientes al periodo posterior a la fecha del fallecimiento o el reconocimiento de la prestación, así como las coincidentes por la realización de las actividades hasta la cuantía de las cuotas correspondientes a estas últimas.

El art. 7 de la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, hacía suyo el literal de la norma dictada por razones de urgente necesidad; por su parte, el art. 2 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, alteraba la redacción, en particular, de los apartados 4 y 5 de la DA 31ª de la LGSS de 1994. De esta manera, si durante el periodo de cotización a cargo del empresario el trabajador realizaba alguna actividad por la que efectuara cotizaciones al sistema de la Seguridad Social, las cuotas coincidentes con las correspondientes a la actividad desarrollada, hasta la cuantía de estas últimas, serían de aplicación al pago del convenio especial durante el plazo a cargo del trabajador, sin perjuicio del derecho del empresario al reintegro de las cuotas procedentes, de existir remanente en la fecha en que aquel causara la pensión de jubilación. Del mismo modo, los reintegros relativos al fallecimiento del trabajador, reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente o realización de una actividad devengaban el interés legal del dinero vigente en la fecha del hecho causante, calculado desde el momento en que hubiera tenido lugar hasta la propuesta de pago. A tal efecto, el hecho causante del reintegro acaecía en la fecha del fallecimiento del trabajador o en aquella en la que este hubiera causado pensión de incapacidad permanente.

Más tarde, la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social a través de su art. 2.3 matizaba el apartado 1 de la citada DA 31ª, en aras de cambiar la mención al apartado 15 del art. 51 ET por otra al apartado 9, sustituir la expresión "expediente de regulación de empleo" por la de "despido colectivo", y, en último lugar, reemplazar la referencia de "65 años" por "letra a) del apartado 1 del artículo 161 LGSS", relativa a la edad ordinaria de jubilación. En la misma línea, la DA 6ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que entró en vigor el 1 de enero de 2013, corregía la regulación del convenio especial para adaptarla a las nuevas edades de jubilación, fijando en los 61 años el acceso a la jubilación anticipada en supuestos de despido colectivo por

causas económicas o fuerza mayor, y en los 63 años en caso de extinciones colectivas por causas organizativas, técnicas o de producción. A partir del cumplimiento por parte del trabajador de la edad de 63 o, en su caso, 61 años, las aportaciones al convenio especial eran obligatorias y a su exclusivo cargo, debiendo ser ingresadas, en los términos previstos en la normativa reguladora del convenio especial, hasta el cumplimiento de la edad dispuesta por el art. 161.1.a), o fecha en que accediera a la pensión de jubilación anticipada.

El 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 (LGSS), regula en la DA 13ª el régimen jurídico del convenio especial a suscribir en determinados expedientes de despido colectivo, integrando la edad de jubilación prevista en su art. 205.1.a). El elenco de normas se cierra, hasta el momento, con la Orden TMS/397/2019, de 4 de abril por la cual se modifica la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social. El desarrollo reglamentario del art. 20 de la Orden TAS/2865/2003 no se encontraba adaptado a la regulación legal vigente del despido colectivo contenida en el art. 51 ET, ni, sobre todo, a la de dicho convenio especial tras las modificaciones introducidas por la Ley 27/2011, que tuvieron por objeto su adaptación a las nuevas edades de jubilación. Procede, así, a actualizar esa regulación, en cuanto afecta a las referencias al apartado 9 del art. 51 ET, donde se encuentra actualmente previsto este tipo de convenio, así como las de la edad del trabajador que determinan el momento a partir del cual las aportaciones serán a cargo del mismo.

La puesta en práctica de esta modalidad del convenio especial desde su establecimiento ha puesto de manifiesto la existencia de algunos aspectos problemáticos en su funcionamiento que requieren la introducción de mejoras en su configuración jurídica a los cuales aparece dedicado el discurso que sigue.

2. NATURALEZA Y FINALIDAD DEL CONVENIO

El convenio especial viene a ser considerado como una situación asimilada al alta en virtud del art. 166.3 de la Ley General de Seguridad Social y el art. 36.1.6ª del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. Tendrá como objeto la cotización al régimen de la Seguridad Social en cuyo ámbito se suscriba el convenio y la cobertura de las situaciones derivadas de contingencias comunes mediante el otorgamiento de las prestaciones a las cuales extienda la acción protectora por tales contingencias, de la cual quedan excluidas, salvo en los supuestos en que otra cosa resulte de lo dispuesto en la Orden TAS/2865/2003, las situaciones de incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo y los subsidios correspondientes a las mismas. De igual manera, quedarán excluidas la cotización y la protección por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional.

Con carácter general, el convenio especial viene a ser concebido por parte de la doctrina como una institución híbrida, a medio camino entre el contrato y un acto administrativo: por una parte, su naturaleza contractual deriva de la suscripción voluntaria por los trabajadores para poder generar, mantener o ampliar el derecho a prestaciones de la Seguridad Social; por otra, el carácter público de esta figura obedece a la declaración de voluntad de la administración de la Seguridad Social a través de un acto administrativo reglado[4]. En cambio, la suscripción es obligatoria para el empresario en el supuesto particular de trabajadores de 55 o más años afectados por extinciones colectivas, sin exigencia alguna de periodo de carencia.

[4] Fernández Orrico, F. J.: *El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*, Valladolid, Lex Nova, 2013, pp. 50 y ss.

Cuando el despido colectivo se proyecte en empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existirá la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de los afectados anteriormente señalados. A falta de concreción normativa más allá de remisiones mutuas entre el art. 51.9 ET y la DA 13ªLGSS, dilucidar si la exigencia impuesta al empresario es laboral o de Seguridad Social implica valorar con tiento una doctrina judicial para nada pacífica. Así, algunas sentencias sientan que la acción ejercitada en virtud de la cual se pretende la condena de la empresa a la suscripción de un convenio especial no es una pretensión de Seguridad Social[5]. Por otra parte, la TGSS no se ve afectada de un modo directo por la condena, pero sí de forma indirecta (cálculo de cuotas y efectiva suscripción del convenio), lo cual evidencia la existencia de un claro interés que determina su legitimación pasiva.

Para otro sector de la jurisprudencia, el plazo de prescripción que tiene el trabajador para exigir la suscripción del convenio y el pago de las cotizaciones es el de cinco años previsto en el artículo 53.1 LGSS, en lugar del año previsto por el art. 59.1 ET en los supuestos de obligaciones laborales[6]. Esta tesis considera incorrecto tratar la petición del actor como materia derivada del contrato de trabajo, pues consiste en una mejora de la Seguridad Social, encaminada a suscribir un convenio especial con efectos en dicho ámbito (mejora de la pensión de jubilación)[7]. El hecho de que una pretensión derive del contrato de trabajo no excluye que pueda ser considerada materia de Seguridad Social.

Un último grupo de pronunciamientos entiende que la suscripción del convenio está encuadrada dentro de los actos instrumentales de inmatriculación y/o de gestión recaudatoria de la Seguridad Social[8], aun cuando, y en todo caso, será prudente establecer una diferenciación entre las vicisitudes previas a la suscripción del convenio (obligación laboral del art. 51.9 ET) y las posteriores, data a partir de la cual entran en juego las reglas de la normativa de la Seguridad Social.

3. SUJETOS BENEFICIARIOS

Las actuaciones llevadas a cabo por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social han puesto de manifiesto reiterados incumplimientos por parte de los empresarios de su obligación de suscribir el convenio, produciendo un claro perjuicio para los afectados. Para garantizar la observancia de dicha obligación legal, el art. 20 de la Orden TAS/2865/2003, modificado por la Orden TMS/397/2019, mantiene el deber de su solicitud durante la tramitación del procedimiento de despido colectivo, en cuyo caso se suscribiría entre el empresario y el trabajador, por un lado, y la TGSS, por otro, como viene sucediendo hasta el momento. Ahora bien, con carácter subsidiario, cuando el empresario no proceda a la solicitud del convenio especial, el trabajador estará facultado para formular la petición en el plazo de 6 meses, a contar desde la fecha en que el le sea notificado individualmente su despido. En este último supuesto, el convenio especial se suscribiría únicamente entre el trabajador y la TGSS, si bien la entidad gestora concederá trámite de audiencia a quien queda obligado para que, en el plazo de diez días, realice las alegaciones pertinentes, pueda adherirse al convenio o proponer modificaciones al mismo, a cuyo término quedará visto para su resolución.

Al margen de esta salvedad, el convenio requiere del cumplimiento de unos requisitos por las tres partes involucradas. En primer lugar, la empresa ha de estar inmersa en un proceso de despido por causas empresariales, siempre y cuando no se encuentre en situación concursal, habida cuenta de la importancia de garantizar cierta viabilidad para afrontar los compromisos con la Seguridad

[5] STSJ de Cantabria de 12 de marzo de 2014 (rec. 61/2014).
[6] STSJ de Castilla y León/Valladolid de 3 de junio de 2015 (rec. 667/2015).
[7] STSJ de Castilla y León/Valladolid de 11 de marzo de 2015 (rec. 173/2015).
[8] STSJ de La Rioja de 18 de junio de 2015 (rec. 152/2014).

Social y, por ende, que el crédito con la TGSS por las cuotas a satisfacer por el empresario no quede subordinado a la calificación de créditos del convenio[9]. Nada impide efectuar el despido y suscribir el convenio en el periodo previo fijado para alcanzar un acuerdo de refinanciación o adquirir el compromiso con anterioridad a la declaración del concurso de acreedores prevista en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal. El análisis conjunto de estas normas no exime de la obligación de suscribir el convenio especial si el despido colectivo en la empresa se tramitó antes de que esta fuera declarada en situación de concurso de acreedores, de modo que en aquel momento se cumplía el supuesto del art. 51.9 ET, esto es, que no estuviera incursa en procedimiento concursal[10].

El requerimiento legal para suscribir el convenio especial deriva del acuerdo entre la empresa y la representación legal de los trabajadores o de la decisión adoptada por el empresario en el procedimiento de despido colectivo. Cuando la empresa sea declarada en concurso una vez suscrito el convenio, la TGSS dictará providencia de apremio a fin de dar cuenta de ello a la administración concursal, pues no podrán iniciarse ejecuciones singulares *ex* art. 142 LC. En caso de concurso voluntario, el propio deudor solicitará el convenio al conservar las facultades de administración y disposición sobre la masa activa (art. 106.1 LC); sin embargo, en el supuesto de concurso necesario, el concursado tendrá suspendido el ejercicio de las facultades de administración y disposición. La administración concursal sustituirá al deudor en el ejercicio de esas prerrogativas (art. 106.2 LC).

Por otra parte, surge la pregunta de si ha de equipararse el procedimiento concursal a la fase preconcursal prevista en la norma destinada a obtener acuerdos colectivos o singulares de refinanciación o la apertura de negociaciones con los acreedores para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio ante una declaración concursal próxima. La desactualización de la ley social a las recientes reformas de la legislación concursal encaminadas a dotar de mayor trascendencia a las fases previas al concurso, ha aumentado los problemas aplicativos en este ámbito. El Tribunal Supremo, frente a la sentencia de algún Tribunal Superior de Justicia que resolvió en otro sentido[11], se ha pronunciado en contra de considerar la fase preconcursal dentro del procedimiento concursal en orden a exceptuar la obligación del art. 51.9 ET[12]. La finalización del procedimiento de despido colectivo con acuerdo o sin el, previo a la declaración de concurso de acreedores, no exime de la obligación de suscribir el convenio especial, aun cuando anteriormente haya mediado la fase preconcursal. Según esta interpretación, el preconcurso no equivale a que la empresa se encuentre inmersa en el procedimiento concursal.

Segundo, los trabajadores beneficiarios han de cesar en el trabajo como consecuencia de un despido colectivo, no siendo equivalente la reducción de la jornada o la suspensión de los contratos. En cuanto al requisito de la edad hace, los afectados deben tener 55 años o más a fecha del despido, sin perjuicio de acordar el abono por parte del empresario de las cotizaciones también a favor de trabajadores por debajo de esa edad. La norma otorga una protección especial a las personas sénior, habida cuenta de las notables dificultades que han de enfrentar en la búsqueda de un nuevo empleo. El legislador ha pretendido desincentivar la expulsión automática de trabajadores de mayor edad del mercado de trabajo, favoreciendo el sostenimiento del sistema de Seguridad Social a través de

[9] Fernández Orrico, F. J.: *El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*, cit., p. 232.

[10] STSJ de Madrid de 30 de abril de 2013 (rec. 770/2012).

[11] STSJ de Madrid de 14 de septiembre de 2015 (rec. 367/2014). En la misma línea, Cegarra Cervantes, F.: "El convenio especial de la Seguridad Social en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta y cinco o más años: un examen de su procedencia en los casos de situación preconcursal", en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, pp. 388- 390.

[12] STS de 15 de febrero de 2018 (rec. 3458/2015).

cotizaciones. El convenio especial, en el caso de despido colectivo, trata de conservar la carrera de seguro de los afectados en el contexto en un sistema contributivo en el cual la cuantía de las prestaciones depende directamente de la cotización previa del beneficiario[13].

Desde el cese en el trabajo hasta la jubilación se garantiza a los afectados un nivel de cotización instrumentado a través del convenio especial, sin perjuicio de realizar otro trabajo durante ese periodo o percibir distintas prestaciones. La fecha a tener en cuenta para poder suscribir el convenio especial es la correspondiente a la extinción de la relación laboral. Momento ya preclusivo cuando el trabajador tiene que tener cumplidos los 55 años, pues solo a partir de dicha fecha despliega sus efectos la institución prevista en el art. 51.9 ET, esto es, el trabajador deja de estar en alta en la Seguridad Social para pasar a la situación asimilada al alta, situación en la cual el convenio adquiere vigencia y comienza la cotización[14].

En fin, se conforma como una condición formulada en sentido negativo, al exigir que el trabajador no haya sido mutualista antes del 1 de enero de 1967. De acuerdo con la DT 4ª.1.2ª LGSS, quienes tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 podrán causar el derecho a la pensión de jubilación a partir de los sesenta años, aplicando el porcentaje de reducción de la cuantía en función de los años de cotización acreditados.

Concurren diferencias entre los requisitos de acceso a la jubilación anticipada para los mutualistas y los impuestos a los trabajadores por cese en el trabajo a causa del despido colectivo; en particular, la edad mínima de los primeros será de 60 años. La norma no requiere causa específica para activar el derecho, tampoco previa inscripción como demandante de empleo o permanencia en tal situación, ni precisa un periodo de cotización mayor al exigido en caso de jubilación ordinaria, salvo en caso de mejorar los coeficientes reductores. La cuantía de la pensión se reducirá en un 8% por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad de 65 años cuando concurra voluntariedad. En los supuestos de jubilación anticipada derivada del cese en el trabajo como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, en virtud de causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, el porcentaje de reducción de la cuantía de la pensión oscilará, en función de los años de cotización acreditados, entre un 6% y un 7,5%. Ahora bien, las variaciones en el régimen de un colectivo y otro no adquieren suficiente entidad como para entender justificada la exclusión absoluta de los mutualistas de la protección del convenio.

4. REQUISITOS PARA SU FORMALIZACIÓN

En consonancia con cuanto prevé el art. 12 del Real Decreto 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, a la finalización del periodo de consultas, el empresario comunicará a la autoridad laboral competente el resultado del procedimiento de despido colectivo. Si hubiera alcanzado acuerdo, trasladará a la autoridad laboral copia íntegra del mismo y, en todo caso, le comunicará, junto a los representantes de los trabajadores, la decisión sobre el despido a realizar; actualizando, en su caso, los extremos de la comunicación de inicio de las negociaciones. La comunicación se realizará como máximo en el plazo de quince días a contar desde la fecha de la última reunión celebrada en ese periodo de consultas.

[13] Aragón Gómez, C.: "El convenio especial con la Seguridad Social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros", en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, p. 810.

[14] STSJ de Castilla y León/Burgos de 16 de septiembre de 2014 (rec. 550/2014).

La autoridad laboral dará traslado de la notificación empresarial a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y a la Seguridad Social cuando el procedimiento de despido colectivo incluya a trabajadores respecto de los que deba aplicarse lo dispuesto en el art. 51.9 ET, haciendo constar la fecha en la cual el empresario le ha remitido dicha comunicación. El modelo TA.0040-ERE es utilizado para formalizar las solicitudes de suscripción o renuncia de la cláusula adicional de convenio especial de empresarios y trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo que incluyan trabajadores con 55 o más años. La solicitud de esta modalidad de convenio deberá formularse durante la tramitación del expediente de regulación de empleo, si bien es necesario tomar en consideración la dificultad de especificar los trabajadores afectados por el mismo y su edad, pudiendo concretarse tal dato en el momento de rescindir los contratos[15]. Por consiguiente, partiendo de una concepción flexible, el convenio puede ser suscrito después del cese cuando la decisión de despido colectivo difiere en el tiempo de su efectividad, tras la extinción de la prestación por desempleo subsiguiente al despido[16].

El art. 51.9 ET guarda silencio en relación al plazo de solicitud, pero el art. 5.2 de la Orden de TAS/2865/2003 arroja cierta luz en la materia al establecer las fechas de iniciación de los efectos del convenio especial: de un lado, si la solicitud se hubiera presentado dentro de los noventa días naturales siguientes a la fecha del cese en la actividad, o en la situación que determine la baja en el correspondiente régimen de la Seguridad Social con eliminación del deber de cotizar, surtirá efectos desde el día siguiente a aquel en que haya tenido lugar la cesación de la actividad o la vigencia del contrato de trabajo; de otro, y de sobrepasar dicho plazo, desplegará efectos desde el día de la presentación de la solicitud. La práctica ha demostrado la dificultad para proceder a la solicitud de esta modalidad de convenio en los términos previstos en el referido art. 20 de la Orden TAS/2865/2003, pues no fija con precisión un plazo para efectuar dicha solicitud, por lo que la Orden TMS/397/2019 modifica este extremo, acotando el momento para realizar este trámite, como máximo, hasta la fecha de notificación individual del despido a cada trabajador afectado.

La notificación por la TGSS sobre la procedencia de celebrar el convenio especial deberá producirse dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro de la Dirección Provincial o administración competente para su tramitación. Una vez transcurrido el plazo máximo para dictar resolución y notificarla sin que haya recaído resolución expresa, se entenderá estimada la petición por silencio administrativo (párrafo segundo del art. 129.3 LGSS). El convenio especial se suscribirá dentro de los tres meses siguientes a la fecha de notificación de su procedencia, entendiéndose caducado el procedimiento iniciado cuando transcurra tal plazo sin que se produzca su firma por causa imputable al interesado.

En relación con los problemas suscitados en torno a la Orden ahora modificada, la TGSS no actuaba de oficio en caso de incumplimiento de la obligación de suscripción del convenio por parte del empresario, pues tal deber nacía del procedimiento de despido colectivo. En efecto, la entidad no podía proceder a dar el alta a los afectados, ni a sustituir la voluntad de la empresa en la suscripción del convenio, dada la dinámica de la figura del convenio especial, como fórmula elegida legalmente para dar cobertura a los derechos de los trabajadores en estos supuestos, que requiere para su aprobación la previa conformidad de las partes implicadas. Su papel consistía en otorgar un plazo prudencial a la empresa para el cumplimiento del compromiso y, eventualmente, poner en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la situación, a fin de iniciar el procedimiento sancionador por infracción muy grave contemplada en el art. 23.1.i) del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden

[15] STSJ de Madrid de 1 de junio de 2012 (rec. 4507/2011).

[16] Trillo García, A.R.: "El convenio especial con la Seguridad Social por el despido de mayores de 55 años", en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, Godino Reyes, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 948.

Social. En paralelo, el trabajador estaba facultado para interponer demanda ante la jurisdicción social contra la empresa y la TGSS y, de ser estimada la condena, la suscripción debía efectuarse en los términos previstos en el despacho de ejecución.

La imposición de sanciones económicas a los empresarios infractores no resulta una medida suficientemente disuasoria para la firma del convenio especial y, por otra parte, tampoco supone un resarcimiento económico para los interesados, cuyos derechos se ven mermados por la falta de suscripción y abono de cuotas destinadas a su financiación. De este modo, devenía en todo punto necesario el impulso de modificaciones legislativas a fin de que la TGSS pudiera proceder a dar el alta de oficio a los trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo con 55 o más años de edad, y a sustituir la voluntad de la empresa a la hora de suscribir el convenio especial, en aquellos supuestos de incumplimiento de dicha obligación por parte del empresario, al objeto de garantizar debidamente la cobertura de los derechos de estos ciudadanos y hacer efectivo el contenido del artículo 51.9 ET[17].

Una de las novedades introducidas por la Orden TMS/397/2019 consiste en la facultad del afectado de interesar la suscripción del convenio, en aquellos casos en los que haya existido un incumplimiento previo de la obligación por parte de la empresa. Ante tal eventualidad, y dentro del periodo de seis meses naturales siguientes a la entrega de la notificación individual del despido, podrá instar la suscripción de forma que, con tal solicitud, se le dará audiencia a la empresa para realizar alegaciones pertinentes al respecto en el plazo de los diez días siguientes. Concluido el trámite de audiencia, se le notificará al empresario el importe de las cuotas a ingresar a su exclusivo cargo.

5. BASES Y TIPOS APLICABLES

Las cotizaciones a abonar durante el convenio especial se determinarán aplicando al promedio de las bases de cotización del trabajador, en los últimos seis meses de ocupación cotizada, el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial. Como regla general, en el momento de suscribir el convenio el interesado podrá elegir la base mínima de cotización vigente en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos en atención al art. 6.2.1.c) de la Orden TAS/2865/2003, pero la referencia legal a los "últimos 6 meses" impide utilizar este límite mínimo. De este modo, y sirvan como ejemplo los trabajadores a tiempo parcial, nada obsta a que la base del convenio sea inferior a tal base mínima[18].

La base de cotización por convenio especial tendrá carácter mensual, si bien cuando sea necesario tomar bases diarias, la anterior se dividirá por treinta en todos los casos. Pues bien, la solicitud del convenio durante la tramitación del despido colectivo solo permite realizar, en un principio, el cálculo provisional a la espera de conocer las bases reales de cotización para modificar la cuantía y ajustar, en su caso, los avales.

Para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General, incluidas las de accidente de trabajo y enfermedad profesional, la base 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, sin olvidar que las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los doce meses del año. En este sentido, las correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas, y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral, serán objeto de liquidación

[17] Recomendación núm. 207/2014, de 3 de diciembre, del Defensor del Pueblo.

[18] Trillo García, A.R.: "El convenio especial con la Seguridad Social por el despido de mayores de 55 años", cit., p. 954.

y cotización complementaria a la del mes de la extinción del contrato. Tal operación comprenderá los días de duración de las vacaciones, incluso si alcanzan el siguiente mes natural o se inicia una nueva relación laboral durante su transcurso, sin prorrateo alguno y con aplicación del tope máximo de cotización correspondiente al mes o meses que resulten afectados. No obstante, serán aplicables las normas generales de cotización cuando, mediante ley o en ejecución de la misma, se establezca que la remuneración del trabajador debe incluir, junto al salario, la parte proporcional correspondiente a las vacaciones devengadas (art. 147 LGSS).

El concepto de remuneración abarca la totalidad de las percepciones recibidas por los trabajadores, en dinero o en especie, ya retribuyan el trabajo efectivo o los periodos de descanso computables como de trabajo, así como los importes que excedan de los límites para los conceptos no computables en la base de cotización, *ex* art. 23 del 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. Constituyen percepciones en especie la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda.

La base de cotización podrá ser incrementada en cada ejercicio a partir del cumplimiento de los 63 o, en su caso, 61 años según lo dispuesto en los apartados 2.2 a 2.5 del art. 6 de la Orden. Además, la aplicable a los trabajadores menores de 61 o 63 años, será incrementada en cada ejercicio en aplicación del mismo precepto en los supuestos en los que, o bien el convenio se inste por el empresario, cuando el incremento se pida, con carácter voluntario por el empresario o por el trabajador afectado o por ambos, o bien si el convenio es solicitado por el trabajador y el incremento se requiere voluntariamente por el afectado. Las partes interesadas suscribirán una cláusula adicional en orden a determinar el responsable de abonar el incremento de cuotas resultante, siendo aplicable a la suspensión y extinción de dicha cláusula lo establecido en el art. 10.

De prestar atención al art. 6.2.1 de la Orden, las partes pueden acordar incrementar las bases de cotización establecidas por ley, eligiendo entre: a) la base máxima de cotización del grupo de cotización correspondiente a la categoría profesional del interesado en la fecha en que cause baja, siempre y cuando haya cotizado por ella al menos durante 24 meses, consecutivos o no, en los últimos 5 años; b) la base de cotización que sea el resultado de dividir por 12 la suma de las bases por contingencias comunes por las que hayan efectuado cotizaciones, respecto del trabajador solicitante del convenio especial, durante los 12 meses consecutivos anteriores a aquel en que haya surtido efectos la baja o se haya extinguido la obligación de cotizar y que sea superior a la base mínima del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). Acreditado un periodo de cotización inferior a 12 meses, esta base estará constituida por el resultado de multiplicar por 30 el cociente de dividir la suma de las bases de cotización entre el número de días cotizados; c) la base mínima de cotización, en la fecha de efectos del convenio especial, en el RETA; d) una base de cotización que esté comprendida entre las bases determinadas conforme a lo dispuesto en las opciones anteriores.

Cada vez que la base mínima de cotización en el RETA sea modificada, la base de cotización correspondiente al convenio se verá incrementada, como mínimo, en el mismo porcentaje o, en su caso, en el porcentaje superior que tenga derecho a elegir el interesado, hasta que la cuantía resultante sea la base máxima de cotización del grupo de cotización correspondiente a su categoría profesional. Asimismo, quienes suscriban el convenio especial y hayan optado por la base de cotización contenida en los apartados a), b) y d) podrán solicitar que, mientras mantengan su situación de alta o asimilada a la de alta, su base de cotización se incremente automáticamente en el mismo porcentaje en que aumente en lo sucesivo la base máxima de cotización del Régimen de la Seguridad Social de que se trate.

En ningún caso la base de cotización resultante podrá ser superior al tope máximo de cotización vigente. Por tanto, la suspensión del convenio especial, cuando el trabajador o asimilado fuera objeto de inclusión en el mismo o en otro Régimen de la Seguridad Social y coincidieran cotizaciones por periodos de actividad laboral y por convenio especial, la suma de ambas bases de cotización no podrá exceder del tope máximo de cotización vigente en cada momento, debiendo rectificar la base del convenio especial en la cantidad necesaria para que no se produzca la superación del indicado tope máximo. Si procede tener en cuenta distintas categorías profesionales, las bases mínima o máxima se entenderán referidas a las correspondientes al grupo de cotización donde quede comprendida la que tenía el trabajador antes de la baja, cuando sean superiores a la base mínima del RETA.

El tipo de cotización por convenio especial será único y estará constituido por el vigente en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social por contingencias comunes, que actualmente es de 28,30%, en virtud de la Orden PJC/51/2024, de 29 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2024, modificada por Orden PJC/281/2024, de 27 de marzo.

El art. 7 de la Orden TAS/2865/2003 clarifica la hoja de ruta para determinar la cuota a ingresar por convenio especial. Así, el resultado obtenido al calcular la cuota íntegra aplicando a la base de cotización el tipo único de cotización vigente en el Régimen General se multiplicará por el coeficiente o coeficientes reductores, en función de la acción protectora dispensada por el convenio especial, y el producto que resulte constituirá la cuota líquida a ingresar. Desde el 1 de enero de 2024, cuando el convenio especial tenga por objeto la cobertura de todas las prestaciones derivadas de contingencias comunes, a excepción de los subsidios por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, nacimiento y cuidado del menor y ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, el coeficiente aplicable será del 0,94 (art. 22.1 Orden PJC/51/2024).

Cuando los efectos iniciales o finales del convenio no coincidan con el primero o el último día del mes, la cuota mensual se dividirá por 30 y el cociente se multiplicará por los días del mes que tenga o haya tenido efectos.

6. DEDUCCIÓN DE COTIZACIONES

Si el trabajador, al cesar en el trabajo, tiene derecho a percibir prestaciones por desempleo en su modalidad contributiva, el inicio de la obligación de cotizar quedará pospuesto hasta el cese del percibo de tales prestaciones. Durante el periodo de percepción de la prestación por desempleo, la Servicio Público de Empleo Estatal ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social, asumiendo la aportación empresarial y descontando de la cuantía de la prestación la aportación que corresponda al trabajador.

Mientras el interesado perciba el subsidio por desempleo, en principio, la cotización al convenio especial se paraliza por completo, toda vez que la entidad gestora asume esta obligación. Por el contrario, habida cuenta de la escasa cotización durante la percepción de la prestación para quienes tengan cumplidos 55 años o más, algunos autores apuntan que dicho subsidio únicamente detiene de manera parcial el deber de cotizar, activándose por la diferencia existente entre la cotización fijada para el convenio y aquella prevista en el art. 280 LGSS[19].

[19] Fernández Orrico, F. J.: *El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*, cit., pp. 50 y ss.

Las cotizaciones abarcarán el periodo comprendido entre la fecha del cese en el trabajo, o finalización de la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo, y la fecha en la que el trabajador cumpla la edad ordinaria de jubilación. Durante la situación legal de desempleo, la base de cotización a la Seguridad Social de aquellos trabajadores por los que exista obligación legal de cotizar coincide con la establecida para el convenio especial, pues será equivalente al promedio de las bases de los últimos seis meses de ocupación cotizada por contingencias comunes o, en su caso, por contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales anteriores a la situación legal de desempleo o al momento en que cesó la obligación legal de cotizar (art. 70.1 del Real Decreto 2064/1995).

De la cantidad resultante de aplicar al promedio de las bases el tipo previsto en la normativa reguladora del convenio especial se deducirá la cotización, a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal, correspondiente al periodo en el que el trabajador pueda tener derecho a la percepción del subsidio de desempleo, cuando corresponda cotizar por la contingencia de jubilación. La entidad gestora cotizará por la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio por desempleo para trabajadores mayores de 52 años. Las cotizaciones tendrán efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y del porcentaje correspondiente, así como para completar el tiempo necesario para el acceso a la jubilación anticipada.

Los interesados con 55 o más años de edad cotizan por jubilación cuando perciben la prestación por desempleo y la base del convenio especial será la base del convenio menos la base cotizada por el Servicio Público de Empleo (para la jubilación) o la base del convenio (para invalidez, muerte y supervivencia)[20]. La cuota a pagar será la suma de dos resultados, según recoge el art. 22 de la Orden PJC/51/2024: de un lado, para incapacidad permanente, muerte y supervivencia, a la base de cotización elegida por el interesado se aplicará el coeficiente de 0,14; de otro, y para jubilación, a la diferencia entre dicha base y aquella por la que cotice en cada momento la entidad gestora, el 0,80.

7. EL ABONO DE LAS CUOTAS A CARGO DEL EMPRESARIO O DEL TRABAJADOR

El deber de cotizar comenzará tras el cese en el trabajo motivado por un despido colectivo o desde la extinción de la prestación contributiva de desempleo y subsistirá hasta que el trabajador cumpla la edad ordinaria de jubilación. Tendrán derecho a la pensión de jubilación las personas incluidas en el Régimen General con sesenta y siete años de edad, o sesenta y cinco años cuando acrediten treinta y ocho años y seis meses de cotización, sin tener en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias. Ahora bien, las edades de jubilación y el periodo de cotización se aplicarán de forma gradual hasta el año 2027, en virtud del cuadro estipulado en la DT 7ª LGSS.

Las cotizaciones correspondientes al convenio serán a cargo del empresario hasta la fecha en que el trabajador cumpla los sesenta y tres años, salvo en los casos de expedientes de despido colectivo por causas económicas, en los cuales la obligación se extenderá hasta el cumplimiento, por parte del trabajador, de los sesenta y un años *ex* DA 13ª LGSS. Tradicionalmente, en la distribución del abono de las cuotas se ha diferenciado entre la etapa previa y la posterior a que el trabajador cumpliera la edad mínima de acceso a la jubilación ordinaria por cese. El empresario pagaba hasta el momento en el cual aquel tenía la posibilidad de acogerse a la jubilación anticipada y asumía el coste a partir de ese momento y, si no optaba por la jubilación anticipada, el beneficiario pasaba a sufragar el coste por el periodo restante hasta la edad ordinaria de jubilación.

[20] Trillo García, A.R.: "El convenio especial con la Seguridad Social por el despido de mayores de 55 años", cit., p. 960.

Sin embargo, el art. 6 del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, configura dos modalidades de acceso a la jubilación anticipada: la que deriva del cese en el trabajo por causa no imputable al trabajador y la que deriva de la voluntad del interesado, sin que el literal de la DA 13ª LGSS se haya actualizado a estos efectos.

El art. 207 LGSS exige para acceder a la jubilación anticipada por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador el haber cumplido una edad que sea inferior en cuatro años, como máximo, a la ordinaria de jubilación; encontrarse inscrito como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud, acreditar un periodo mínimo de cotización efectiva de 33 años (sin tener en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias) y que el cese en el trabajo se haya producido en el marco de un despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al art. 51 ET. Opera en cualquiera de las causas empresariales, no solo por razones económicas, y la edad de acceso a la jubilación ordinaria dependerá del periodo de cotización acreditado por el trabajador.

En consecuencia, en el despido por causas económicas el aspecto esencial de la distribución del pago será la edad de 61 años; en caso de despido por razones técnicas, organizativas o de producción, la de 63 años. Cuando concurran causas económicas con otras técnicas, organizativas o productivas, las primeras resultan determinantes para situar en 61 años el cese en la obligación de cotizar por parte del empresario. Es factible, por consiguiente, que un empleado efectivamente haya alcanzado la edad de acceso a la jubilación anticipada, y cumpla con los requisitos, pero la empresa tenga atribuido el abono del coste del convenio; a la par, que el trabajador que no cumpla la edad requerida para acceder a la jubilación anticipada debe abonar el coste del convenio.

7.1. Criterios comunes para el ingreso

La Orden TMS/397/2019 clarifica otro aspecto de esta modalidad de convenio especial en el sentido de que la obligatoriedad de asumir su cotización por parte de los trabajadores afectados a partir del cumplimiento de los 63 (o, en su caso, 61 años de edad), en sustitución del respectivo empresario, no constituye óbice para que puedan aplicarse las causas generales de extinción contempladas en el art. 10.2 de la Orden TAS/2865/2003, de tal manera que este aspecto pasa a contemplarse expresamente entre las previsiones de su art. 20. Establece un límite temporal al cumplimiento del deber para las empresas determinando como fecha final la edad en la que el trabajador podría acceder a la jubilación anticipada. Esta previsión estaba ya recogida en la DA 13ª LGSS, pero no se estipulaba de manera expresa en la norma de desarrollo.

Las cuotas serán objeto de totalización por la TGSS respecto de cada trabajador hasta que este cumpla 63 años de edad, o 61 años cuando el despido colectivo sea por causas económicas. El empresario podrá optar, respecto de todos los trabajadores, por realizar un pago único de las cotizaciones, en cuyo caso deberá manifestarlo por escrito a la TGSS y efectuar su ingreso dentro del mes siguiente al de la notificación por parte de dicho servicio común de la cantidad a satisfacer, o por solicitar el fraccionamiento de su pago en tantas anualidades como años le falten al afectado o afectados para cumplir los 61 o 63 años, con un máximo de ocho o seis años, respectivamente. La norma hace mención al fraccionamiento, no al aplazamiento; por tanto, no son aplicables las reglas ordenadas en los arts. 31 a 36 del Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

De preferir el pago fraccionado, el ingreso de la primera anualidad se realizará en el plazo de treinta días naturales a partir de la notificación de la cantidad a ingresar, presentando en el

mismo periodo, para responder de las cotizaciones pendientes, bien aval solidario suficiente, o bien sustituyendo, previo consentimiento del servicio común, la responsabilidad del empresario por la de una entidad financiera inscrita o una entidad aseguradora debidamente autorizada. Las anualidades fraccionadas distintas de la primera serán ingresadas dentro de los treinta días naturales inmediatamente anteriores al inicio de la anualidad correspondiente. La falta de ingreso de las cotizaciones por este convenio a cargo del empresario determinará su reclamación en los términos concretados en el Real Decreto 1415/2004.

El aval, ajustado al modelo que establezca la TGSS, habrá de tener validez desde la fecha de cese en el trabajo o de terminación de la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo y hasta, al menos, un año después del vencimiento de la anualidad o anualidades que garantiza. En primer lugar, podrá ser presentado por una entidad financiera inscrita en el Registro Oficial de Bancos o Banqueros, o una cooperativa de crédito inscrita en el Registro Especial del Banco de España, siempre y cuando las firmas de los otorgantes estén legitimadas o el documento intervenido por notario colegiado, conste el número de inscripción en el Registro Especial de Avales y se acompañe copia, previamente cotejada con el original, de los poderes de las personas firmantes.

Segundo, por una entidad aseguradora debidamente autorizada por el Ministerio de Economía, Comercio y Empresa para operar en este ramo de caución. Para que puedan ser aceptados estos avales será necesario que las firmas cumplan los requisitos ya señalados, conste el número de inscripción y el de póliza y se acompañe copia de las condiciones generales y particulares de la póliza suscrita por el avalado con la compañía avalista.

En fin, por una sociedad de garantía recíproca. Si el aval fuera prestado por este tipo de sociedad habrán de cumplirse los requisitos establecidos en la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca, acompañando certificado expedido por el secretario del consejo de administración, con el visto bueno de su presidente, que acredite la cantidad avalad, así como que la sociedad reúne todos los requisitos exigidos por la referida ley, debiendo tener dicha certificación legitimadas las firmas por notario.

La entidad financiera o aseguradora que puede sustituir al empresario en el cumplimiento de las obligaciones ha de ser una figura inscrita como tal en el Registro Oficial de Bancos o Banqueros o una Cooperativa de Crédito inscrita en el Registro Especial del Banco de España o tratarse de una entidad aseguradora debidamente autorizada por el Ministerio de Hacienda para operar en el ramo correspondiente. En cualquier caso, el empresario puede acordar la garantía con diversas compañías, ya sea de forma consecutiva, asegurando la sustitución o el fraccionamiento de los costes del convenio especial de varios trabajadores en el marco de un mismo despido colectivo, pero que sucesivamente extingan su contrato ya sea concertando simultáneamente el aval con distintas entidades[21]. La TGSS puede diferir el pago de las obligaciones hasta dentro de veinticuatro meses cuando la entidad aseguradora quede afectada por un proceso de liquidación, dadas las dificultades de las empresas para efectuar el pago. En este supuesto, el empresario debe acreditar su condición de afectado por la liquidación de la entidad, por un lado, y estar al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, por otro.

[21] Trillo García, A.R.: "El convenio especial con la Seguridad Social por el despido de mayores de 55 años", cit., p. 967.

7.2. Vicisitudes derivadas del reconocimiento de prestaciones, la realización de actividades o el fallecimiento del trabajador

El fallecimiento del trabajador, el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o de gran invalidez y el acceso a una pensión de jubilación suponen la extinción del convenio especial. La TGSS procederá a devolver al empresario las cuotas ingresadas correspondientes al periodo posterior a la fecha de fallecimiento o a la fecha de efectos de la pensión de incapacidad permanente o de jubilación que el trabajador hubiera causado después de efectuar la liquidación definitiva de la cotización.

La fecha de efectos de la incapacidad permanente ha suscitado problemas en la práctica, por cuanto el hecho causante se sitúa en el momento en el cual, tras haber estado sometido al tratamiento prescrito, el trabajador presenta reducciones anatómicas o funcionales graves previsiblemente definitivas. Si el procedimiento de incapacidad permanente viene precedido de una incapacidad temporal, una vez agotado el plazo máximo de 545 días de baja, el hecho causante se entiende producido en la fecha de extinción de la incapacidad temporal. En cambio, cuando no antecede la prestación por incapacidad temporal, o esta no ha finalizado, el hecho causante acaece en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades.

Como norma general, los beneficiarios del convenio han cesado en la prestación de servicios y no suelen estar en situación de incapacidad temporal, pues la acción protectora de esta figura no se extiende a dicha prestación y, de este modo, el derecho a la pensión coincide con la emisión del dictamen-propuesta. Ahora bien, la incapacidad permanente tendrá su origen en una incapacidad temporal cuando los trabajadores realicen una actividad profesional por bases inferiores a las del convenio especial.

En este último supuesto, si la extinción se produjera por alta médica con propuesta de incapacidad permanente, o por el transcurso de los 545 naturales, se prolongarán los efectos económicos de la incapacidad temporal hasta la notificación de resolución que califique la incapacidad permanente. En este supuesto, los efectos coincidirán con la fecha de la resolución de la entidad gestora, salvo que sea superior a la que venía percibiendo el trabajador en concepto de prolongación de los efectos de la incapacidad temporal, en cuyo caso se retrotraerán aquellos efectos al día siguiente al de extinción de la incapacidad temporal.

Por otra parte, si durante el periodo de cotización a cargo del empresario el trabajador realizara alguna actividad por la que se efectúen cotizaciones al sistema de la Seguridad Social, las cuotas coincidentes con las correspondientes a la actividad realizada, hasta la cuantía de estas últimas, se aplicarán al pago del convenio especial durante el periodo a cargo del trabajador, sin perjuicio del derecho del empresario al reintegro de las cuotas que procedan, de existir remanente en la fecha en que aquel cause la pensión de jubilación (DA 13ª LGSS). La norma admite aquellas actividades que no requieran cotización como son los trabajos marginales y no constitutivos de medio fundamental de vida, por cuenta ajena o propia, en atención a su carácter esporádico, la jornada o la escasa retribución, así como las actividades profesionales colegiadas cuando opte por la inclusión en una Mutualidad de Previsión Social[22].

En el caso de realización de actividades por el trabajador durante el periodo de cotización a cargo del empresario no procederá la devolución de las cuotas abonadas por este, quien deberá ingresar las anualidades que aún estuvieran pendientes de pago. Alcanzada la edad de 63 o 61 años

[22] Trillo García, A.R.: "El convenio especial con la Seguridad Social por el despido de mayores de 55 años", cit., p. 970.

de edad por el trabajador, la TGSS determinará el importe en que la cotización ingresada por el empresario ha resultado coincidente con la efectuada por la realización de actividades, acordando su aplicación al pago del convenio especial durante el periodo en que estuviera a su cargo. La resolución de la entidad gestora será notificada a los dos interesados. En tanto no se haya aplicado la totalidad de la cotización realizada por el empresario, la realización de actividades por parte del trabajador solamente dará lugar a la suspensión del convenio si las bases de cotización que correspondan como consecuencia de dichas actividades son iguales o superiores a la de aquel.

Si en la fecha de efectos de la pensión de jubilación que cause el trabajador y en todo caso en el momento en que cumpla la edad estipulada en el art. 205.1.a) y la DA 7ª LGSS, no se hubiera aplicado al pago del convenio la totalidad de la cotización a cargo del empresario objeto de retención, la TGSS procederá a devolverle el importe sobrante. Igualmente realizará el reembolso si el trabajador falleciera o causara una pensión de incapacidad permanente durante el periodo a su cargo. A la hora de incentivar la prestación de servicios por el afectado, con independencia del carácter temporal o la baja remuneración de la misma, la Orden especifica que las cuotas efectuadas por el empresario serán aplicadas a la cotización correspondiente al trabajador con 61 o 63 años de edad.

Los reintegros derivados de los avatares mencionados devengarán el interés legal del dinero vigente en la fecha de su hecho causante, calculado desde la fecha del fallecimiento del trabajador, la data de efectos de las pensiones de incapacidad permanente o de jubilación por él causadas, o el momento en que cumpla la edad ordinaria de jubilación, hasta la respectiva propuesta de pago, pero no darán derecho al cobro del coste de los avales o de las sustituciones del empresario deudor. Para el abono, la TGSS podrá acordar la retención del pago de la devolución en la cuantía estrictamente necesaria para asegurar el cobro de la deuda que el titular del derecho a la devolución tuviera con la Seguridad Social, en los términos regulados por el art. 54 del Real Decreto 1415/2004 y sin perjuicio de notificar el crédito por la devolución a la unidad de recaudación ejecutiva correspondiente.

Con el propósito de asegurar el cobro de las deudas con la Seguridad Social y antes del inicio del procedimiento de apremio, la TGSS adoptará medidas cautelares de carácter provisional cuando existan indicios racionales de que dicho cobro pueda verse frustrado o gravemente dificultado. Entre otras, proporcionadas al daño a evitar, cabrá mencionar la retención total o parcial de una devolución de ingresos indebidos, el embargo preventivo de bienes o derechos y cualquier otra legalmente prevista.

7.3. Incumplimiento empresarial de la suscripción o abono de las cotizaciones

La responsabilidad derivada de no suscribir o abonar las aportaciones difiere en función de si el convenio especial conforma una institución de la Seguridad Social o una obligación laboral. En el primer caso, las deudas tendrían la consideración de recurso de la Seguridad Social ligadas al procedimiento de recaudación ejecutiva articulado en el Real Decreto 1415/2014.

Sin embargo, un sector de la doctrina judicial y la TGSS consideran que el convenio es fruto del ordenamiento laboral, como consecuencia de la potestad empresarial de efectuar un despido colectivo. Así pues, la falta de pago implica un incumplimiento laboral exigible ante la jurisdicción social, debiendo diferenciar entre la falta de formalización del convenio y pago de las cuotas o la suscripción del mismo sin ingresar ya sea total o parcialmente las aportaciones. En el primer supuesto, tras requerimiento judicial por el trabajador, el abono deriva del cumplimiento de la sentencia y los órganos jurisdiccionales procederán a la ejecución del crédito laboral[23]. Por el contrario, alguna

[23] STSJ de Cataluña de 19 de mayo de 2015 (rec. 7643/2014).

sentencia afirma que la reclamación del ingreso de las cotizaciones, sin suscripción previa del convenio, constituye un acto de gestión recaudatorio propio de la jurisdicción contencioso-administrativa[24].

Suscrito el convenio, el adeudo conforma un crédito público que, en particular, tiene carácter de ingreso del sistema, siendo susceptible de reclamación por la TGSS y, eventualmente, de recaudación en vía de apremio. A partir de la suscripción, la entidad gestora, como parte de la relación jurídica, debe requerir el abono de las cuotas, en un periodo con cargo al empresario, y en otro distinto al trabajador.

En la misma línea, la no suscripción del convenio y la falta de pago de las cuotas se tipifica como una infracción muy grave en el art. 23.1.i) LISOS (incumplir la obligación de suscribir el convenio especial en los supuestos establecidos en el art. 51.9 ET), sancionada por el art. 40.1.c) con multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio, de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo, de 120.006 euros a 225.018 euros. En consonancia con los criterios de graduación de las sanciones *ex* art. 39 LISOS, cabe modular la responsabilidad del empresario a la vista de la actitud pasiva de los representantes de los trabajadores y los interesados al no exigir que incluyera en el acta final el deber del art. 51.9 ET, ni tampoco requerir la inmediata solicitud tras el requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social[25].

No resulta posible estimar incumplido el ingreso de las cuotas en la forma y plazos reglamentarios cuando ni la propia obligación ni, con mayor motivo, el plazo de cumplimiento ha llegado a materializarse en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social, por lo cual procede entender que cuando el convenio especial no haya llegado a suscribirse, no puede resultar un efecto liquidatorio.

Siguiendo el Criterio técnico 91/2012 acerca de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en la materia, suscrito el convenio, si no se ha llegado a ingresar total o parcialmente las cotizaciones concurre una infracción tipificada en el art. 22.3 LISOS por no abonar las cuotas correspondientes que por todos los conceptos recauda la TGSS o no efectuar el ingreso en la cuantía debida, siempre y cuando el incumplimiento no obedezca a una declaración concursal de la empresa, ni a un supuesto de fuerza mayor, ni se haya solicitado aplazamiento para el pago de las cuotas con carácter previo al inicio de la actuación inspectora, salvo que haya recaído resolución denegatoria. Dicha infracción grave aparece sancionada en su grado mínimo, con multa del 50 al 65% del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, con multa del 65,01 al 80%; y en su grado máximo, con multa del 80,01 al 100%.

Parece cuestionable el encaje de este segundo caso en el art. 22.3 LISOS, destinado al incumplimiento de la cotización vinculado a la observancia de obligaciones en materia de liquidación de cuotas del art. 29 LGSS. Con todo, sí procede la subdivisión de las conductas dependiendo de si la responsabilidad deriva de la no suscripción del convenio o de la falta de abono una vez suscrito. Aspecto relevante a efectos de determinar la titularidad de la acción para reclamar el pago las cotizaciones, cuál es la naturaleza del crédito y quién es el acreedor del mismo. Cuando el convenio no se ha suscrito, el trabajador podrá exigir el cumplimiento de la obligación ante la jurisdicción social, siendo titular de un crédito laboral. Cumplida la obligación, pero sin el abono de todas o parte de las aportaciones, la TGSS como titular del crédito realizará por vía administrativa la reclamación de deuda.

[24] STSJ de Cataluña de 5 de octubre de 202 (rec. 706/2012).
[25] STS 15 de febrero de 2018 (rec. 3458/2015).

Otra cuestión de interés radica en la trascendencia prestacional del incumplimiento empresarial de abonar las cotizaciones. El art. 167.2 LGSS prevé que el desconocimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto hace al pago de las prestaciones, previa fijación de los supuestos de imputación y de su alcance. Por otro lado, el apartado 3 del mismo precepto matiza que, no obstante, las entidades gestoras, mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o, en su caso, los servicios comunes procederán, de acuerdo con sus respectivas competencias, al pago de las prestaciones a los beneficiarios en los casos en que así se determine reglamentariamente, con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones de tales beneficiarios, aun cuando se trate de empresas desaparecidas o de aquellas que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de procedimiento de apremio.

La posibilidad de aplicar el principio de responsabilidad empresarial y de automaticidad de las prestaciones, instando a la entidad gestora a adelantar el pago como consecuencia del incumplimiento de la obligación de abonar las cotizaciones ha generado posiciones encontradas en la doctrina y la jurisprudencia. Para algunos autores la respuesta ha de ser claramente negativa, por cuanto el convenio especial por despido colectivo tiene por objeto conservar, perfeccionar y mejorar el régimen básico, profesional y obligatorio de la Seguridad Social, de manera que la obligación del abono de las cotizaciones surge de una norma laboral y no del desenvolvimiento normal de la relación de Seguridad Social[26]. Si bien no es aplicable el principio de automaticidad de las prestaciones, el trabajador estará legitimado para exigir al empresario la indemnización del perjuicio causado.

En sentido opuesto, algún Tribunal de Justicia extiende el citado principio de automaticidad al convenio especial del art. 51.9 ET, ante la demanda interpuesta por un trabajador afectado por la no suscripción del convenio especial por despido colectivo, a pesar de los requerimientos cursados por la TGSS[27]. En primera instancia, las empresas demandadas fueron condenadas al abono de la diferencia entre la pensión que hubiera resultado de computar el periodo del convenio como cotizado y aquella que resultó finalmente reconocida. El recurso de suplicación estima la ampliación de la condena al INSS y a la TGSS, alegando que la obligación quedaba desvirtuada, al no permitir la normativa de Seguridad Social la suscripción del convenio de oficio por la TGSS[28].

Sobre las premisas expuestas, la interpretación más conforme con la letra imperativa del art. 51.9 ET, así como con las finalidades que persiguió su introducción pactada en el Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, de 9 de abril de 2001, es que la TGSS debe proceder de oficio a la suscripción del convenio especial; de ahí el sentido de las comunicaciones a las que aluden los arts. 6.3 y 12.5 del Real Decreto 1483/2012. Si no lo hace, los derechos de los afectados no deben sufrir deméritos, ni en orden a su cuantía, ni a su efectividad. Por tanto, la Sala obliga al anticipo de las diferencias económicas existentes por el INSS, sin perjuicio, de sus acciones de reintegro frente a las empresas responsables del incumplimiento de la obligación impuesta según lo fijado en el art. 51.9 ET. Garantía de anticipo y derecho a las diferencias que no se podrá proyectar más allá de la duración legalmente establecida para la obligación empresarial de cotización del convenio especial contemplada en la DA 13ª LGSS, a saber, hasta la fecha en la cual el trabajador cumpla los 63, salvo en los casos de expedientes de despido colectivo por causas económicas, pues en ellos la obligación se extenderá hasta el cumplimiento de los 61[29].

[26] Trillo García, A.R.: "El convenio especial con la Seguridad Social por el despido de mayores de 55 años", cit., p. 975.

[27] STSJ de Galicia, 15 de febrero de 2019 (rec. 3753/2018).

[28] Muros Polo, A.: *El despido colectivo en un marco de reestructuración jurídica y socialmente responsable*, Tesis Doctoral, Granada (Universidad de Granada), 2023, p. 495.

[29] Rojo Torrecilla, E.: "Responsabilidad de las entidades gestoras de la Seguridad Social por el incumplimiento empresarial de abono de cuotas en convenio especial tras despido colectivo. Una nota a la sentencia del TSJ de Galicia de 15 de febrero de 2019", *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las*

Con todo, cabrá precisar que la sentencia aborda un supuesto de no suscripción anterior a la modificación operada por la Orden TMS/397/2019, que actualmente permite la solicitud del convenio por parte del trabajador y la suscripción entre la TGSS y el afectado, previa audiencia del empresario, cuando este último incumpla su deber.

7.4. La cotización a cargo del trabajador

A partir del momento en el cual el trabajador cumpla la edad de 63 o, en su caso, de 61 años, las aportaciones al convenio especial serán a su cargo, debiendo ser ingresadas, según lo dispuesto en la normativa reguladora del convenio especial, hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada, sin perjuicio de las previsiones en torno a la realización de actividades. En este sentido, las aportaciones se ingresarán dentro del mes siguiente al correspondiente a su devengo[30]; a diferencia del empresario, que deberá efectuar el abono de una sola vez o fraccionado.

Los trabajadores han de mantener un nivel mínimo de cotización, el del promedio de los últimos seis meses de cotización efectiva, desde los 61 o 63 años hasta la edad ordinaria de jubilación. En caso de insolvencia, cabe cuestionar si la TGSS recaudará las cuotas coactivamente. Dar respuesta a esta pregunta requiere tomar en consideración que el art. 51.9 ET no impone ninguna obligación al trabajador, en tanto la suscripción del convenio se articula como un verdadero derecho y no una carga para aquel; por contra, la DA 13ª regula las cuotas como obligatorias y a cargo del afectado a partir de un determinado momento.

La obligación ha de ser entendida en los términos contemplados por el art. 6 de la Orden TAS/2865/2003, sin perjuicio de considerar extinguido el convenio por la falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades consecutivas, o cinco alternativas, salvo causa de fuerza mayor. La modificación promovida por la Orden TMS/397/2019 recoge dicha solución al incorporar un apartado noveno al art. 20, de modo que las aportaciones a cargo del trabajador podrán concluir por cualquiera de las causas previstas en el art. 10.2.

8. SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DEL CONVENIO

La suspensión y extinción del convenio, y del incremento de la base de cotización fruto de la decisión de los interesados, se rige por lo dispuesto en el art. 10 de la Orden TAS/2865/2003. Dicho incremento quedará suspendido, respecto de la obligación de cotizar y la protección correspondiente, durante los periodos de actividad del trabajador o asimilado que lo hubiera suscrito cuando los interesados, tanto si tienen carácter continuo como discontinuo, determinen su encuadramiento en el campo de aplicación de alguno de los regímenes de la Seguridad Social, siempre y cuando la base de cotización a este sea inferior a la base de cotización aplicada en el convenio especial, y salvo que el suscriptor del convenio manifieste de manera expresa su voluntad de que el convenio se extinga o siga vigente. La realización de las actividades que den lugar a dicha suspensión habrá de ser comunicada a la TGSS, por el suscriptor del convenio o por su representante, dentro de los diez días naturales siguientes al comienzo de la actividad. La paralización de efectos tendrá lugar desde el día anterior al de la incorporación al trabajo; en cambio, si se notifica después del plazo de diez días, únicamente surtirá efectos desde la fecha de comunicación.

nuevas realidades laborales, 20 de febrero de 2019, disponible en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/02/responsabilidad-de-las-entidades.html

[30] Aragón Gómez, C.: "El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros", cit., p. 821

Finalizada la causa determinante de la suspensión, podrá reanudarse la efectividad del convenio desde el día siguiente a aquel en que finalizó su causa, si el interesado efectúa comunicación al respecto a la TGSS dentro del mes natural siguiente a aquel en que tuvo lugar el cese en el trabajo. Cuando se notifique después del plazo reseñado, la reanudación tendrá lugar desde el día de la presentación de la comunicación, salvo si hubiera efectuado con anterioridad cotizaciones por el convenio, en cuyo caso acaecerá desde la fecha de efectos del primer pago, en plazo reglamentario, posterior a la fecha de cese en el trabajo.

Además, el convenio y el incremento de la base de cotización se extinguirán por cualquiera de las siguientes causas: quedar el interesado comprendido, por la realización de actividad, en el campo de aplicación del mismo Régimen de Seguridad Social en el cual suscribiera el convenio, o en otro de cuantos integran el sistema de la Seguridad Social, cuando el trabajador preste sus servicios o ejerza su nueva actividad a tiempo completo o a tiempo parcial, por tiempo indefinido o por duración determinada, con carácter continuo o discontinuo, y la nueva base de cotización sea igual o superior a la del convenio especial (a excepción de los casos de pluriempleo o pluriactividad, que no producirán la extinción, salvo si el interesado manifiesta expresamente lo contrario); adquirir la condición de pensionista por jubilación o de incapacidad permanente en cualquiera de los Regímenes de Seguridad Social; falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades consecutivas o a cinco alternativas, excepto causa justificada de fuerza mayor debidamente acreditada; fallecimiento del trabajador; decisión del interesado, comunicada por escrito o por medios técnicos a la TGSS, en cuyo caso la extinción tendrá lugar a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de la comunicación.

No se extinguirá el convenio especial por desplazamiento del suscriptor al extranjero, aun cuando supere el plazo de 90 días con la prórroga que pueda concederse, no importa si el trabajador queda incluido como si queda excluido del campo de aplicación de la Seguridad Social en el país al cual haya sido desplazado.

9. REFLEXIÓN FINAL

El régimen jurídico del convenio especial con la Seguridad Social contemplado en el art. 51.9 ET y la DA 13ª LGSS, ideado para los procesos de reestructuración típicos de las grandes empresas de finales de los años 90, durante un largo periodo de tiempo no se adecuaba a los despidos colectivos en diferentes tipos de empresas, ni a los cambios del procedimiento a seguir para efectuar las extinciones, ni a las reformas que han transformado el sistema de Seguridad Social en aspectos tales como la edad ordinaria de jubilación o el acceso a la jubilación anticipada. La figura del convenio ha estado signada por el elevado grado de incumplimiento empresarial, sin contar con sanciones hasta 2013, momento en el cual se instaura la infracción muy grave del art. 23.1.i) LISOS, para los procedimientos finalizado después del uno de enero de ese mismo año. La incorporación de esta medida no ha logrado un auténtico alcance disuasorio, pero tampoco supone una vía reparadora adecuada para los afectados, quienes sufren un palmario detrimento de sus derechos.

Es más, la controversia suscitada en torno a la naturaleza del convenio como obligación laboral o de Seguridad Social, en atención a los pronunciamientos judiciales que han estimado una u otra opción, no han ayudado a clarificar las consecuencias del incumplimiento del empresario. La solución a tal encrucijada pasa por distinguir dos momentos: de un lado, el periodo previo a la suscripción, en el cual la titularidad del crédito corresponde al trabajador, quien estará facultado para reclamar ante la jurisdicción social; de otro, cuando suscrito el convenio no se abonan las cotizaciones, el crédito público tendrá carácter de ingreso del sistema, exigible por la Tesorería. Nada impide, de acuerdo con la doctrina judicial reciente, aplicar el principio de automaticidad de las prestaciones si el empresario no observa cuanto le compete en los supuestos de esta segunda categoría. Una revisión de esta

institución jurídica ha de esclarecer su naturaleza jurídica, así como establecer la voluntariedad para el trabajador, sin perjuicio del deber empresarial de abonar las cotizaciones como sustituto en el pago de las cotizaciones, pues el recurso generalizado a los despidos colectivos evidencia el desacierto al imponer la obligatoriedad de la suscripción del convenio.

Fue preciso esperar hasta el año 2019 para presenciar una verdadera modificación ordenada a reforzar las facultades de la Tesorería General de la Seguridad Social para formalizar el convenio ante las transgresiones empresariales, previa solicitud por el trabajador afectado dentro de los seis meses naturales siguientes a la fecha en que el empresario le notifique individualmente el despido.

Hoy en día, la norma ampara situaciones de empresas que continúan cotizando a pesar de que el trabajador pueda acceder a la jubilación anticipada y decida no hacerlo, pero también de quienes deben cotizar por no alcanzar la edad de dicha jubilación. Sería deseable actualizar la regulación en la materia para acomodar la fecha final de aportación a cargo del empresario a las nuevas edades de jubilación anticipada involuntaria.

10. BIBLIOGRAFÍA

Aragón Gómez, C.: "El convenio especial con la Seguridad Social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros", en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.

Cegarra Cervantes, F.: "El convenio especial de la Seguridad Social en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta y cinco o más años: un examen de su procedencia en los casos de situación preconcursal", en VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.

Fernández Orrico, F. J.: *El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*, Valladolid, Lex Nova, 2013.

FMI/OIT: *The challenges of growth, employment and social cohesion*, Documento de debate para la Conferencia conjunta OIT/FMI en cooperación con la Oficina del Primer Ministro de Noruega, Oslo, 2010.

Martínez Girón, J. y Arufe Varela, A.: *Fundamentos de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, Barcelona, Atelier, 2023.

Muros Polo, A.: *El despido colectivo en un marco de reestructuración jurídica y socialmente responsable*, Tesis Doctoral, Granada (Universidad de Granada), 2023.

Rojo Torrecilla, E.: "Responsabilidad de las entidades gestoras de la Seguridad Social por el incumplimiento empresarial de abono de cuotas en convenio especial tras despido colectivo. Una nota a la sentencia del TSJ de Galicia de 15 de febrero de 2019", *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*, 20 de febrero de 2019, disponible en: http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/02/responsabilidad-de-las-entidades.html

Trillo García, A.R.: "El convenio especial con la Seguridad Social por el despido de mayores de 55 años", en VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, Godino Reyes, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

VV.AA.: *Reestructuraciones empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021.

VV.AA.: *Tratado de despido colectivo*, Godino Reyes, M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.