

REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

Comunicaciones del XXXI Congreso
Anual de la Asociación Española de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021



INFORMES
Y ESTUDIOS
EMPLEO



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO
Y ECONOMÍA SOCIAL

MINISTERIO DE TRABAJO
Y ECONOMÍA SOCIAL

**Subdirección General de Informes,
Recursos y Publicaciones**

RET: 21-2.389

Reestructuraciones empresariales

Comunicaciones del
XXXI Congreso Anual de la
Asociación Española de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social

COLECCIÓN INFORMES Y ESTUDIOS
Serie Empleo

Núm. 60

Reestructuraciones empresariales

Comunicaciones del
XXXI Congreso Anual de la
Asociación Española de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social

A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://cpage.mpr.gob.es>

Reservados todos los derechos. Ninguna parte de este libro puede ser reproducida o transmitida en forma alguna ni por medio alguno, electrónico o mecánico, incluidos fotocopias, grabación o por cualquier sistema de almacenado y recuperación de información, sin permiso escrito del editor.



Edita y distribuye:

Ministerio de Trabajo y Economía Social
Subdirección General de Informes, Recursos y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

Correo electrónico: sgpublic@mites.gob.es

Internet: www.mites.gob.es

NIPO Epub: 117-21-007-X

NIPO PDF: 117-21-006-4

ISBN Epub: 978-84-8417-581-0

ISBN PDF: 978-84-8417-580-3

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro, de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.
Imprime: Solana e hijos A. G., S.A.U.



EL CONVENIO ESPECIAL CON LA SEGURIDAD SOCIAL
EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS QUE AFECTEN A
TRABAJADORES MADUROS

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)
cristina.aragon@der.uned.es

1. EL TRÁNSITO ENTRE EL CESE EN EL TRABAJO Y EL ACCESO A LA PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Desde los años ochenta, las reestructuraciones empresariales en España han empleado el criterio de la mayor edad como argumento recurrente para la selección de los trabajadores afectados por los despidos. Y, de esta forma, la pensión de jubilación se ha utilizado por las empresas como un mecanismo de reestructuración de plantillas, en la medida en que el acceso a la protección de los trabajadores cesados o la expectativa de su jubilación próxima pareciera disminuir el coste de las extinciones contractuales. La pensión de jubilación ha actuado, así, como medida de regulación de empleo, formando parte de un complejo engranaje en el que se integran también las prestaciones por desempleo y los complementos a cargo de las empresas.

Con el objeto de frenar esta deriva y propiciar la permanencia en la actividad de los trabajadores maduros, el RD-Ley 16/2001¹ impuso a las empresas la obligación de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social para preservar los derechos de protección social en curso de adquisición por parte de los empleados cesados. Y en el año 2011, la DA 16^a Ley 27/2011² previó una cuantiosa penalización económica a las empresas con beneficios que realizaran despidos colectivos en los que se incluyeran a trabajadores de edad avanzada.

Pues bien, la comunicación que aquí se defiende pretende analizar las particularidades del régimen jurídico del convenio especial en los despidos colectivos, al objeto valorar en qué medida esta institución está protegiendo de forma efectiva a los trabajadores.

¹ Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible (BOE 31-12-2001, núm. 313), fruto del acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social, suscrito el 9-4-2001 por el Gobierno, CCOO, CEOE y CEPYME.

² Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE 2-8-2011, núm. 184).

2. EL FUNDAMENTO DEL CONVENIO ESPECIAL EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS

Nuestro ordenamiento jurídico impone la obligación de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social para proteger los derechos de protección social en curso de adquisición de aquellos trabajadores con 55 o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967 y que se vean afectados por un despido colectivo (siempre y cuando la empresa no se encuentre incurso en un procedimiento concursal).

Como sabemos, un convenio especial representa un acuerdo con la TGSS que permite mantener la carrera de seguro del beneficiario, lo que es determinante en un sistema contributivo como el nuestro, dado que la mayor parte de las prestaciones exigen, para su devengo, encontrarse en alta en el sistema y acreditar un determinado período de carencia. A mayor abundamiento, la cuantía de las prestaciones se encuentra en función de la cotización previa del beneficiario por cuanto dichas aportaciones no sólo determinan el importe de la base reguladora, sino que en ocasiones también influyen en el porcentaje aplicable sobre ésta.

Así, mediante la imposición de un convenio especial, el legislador persigue un triple objetivo: a) disuadir al empresario de la inclusión de trabajadores maduros en los despidos colectivos, pues al encarecer los costes de la extinción del contrato, se propicia su permanencia en la empresa³; b) favorecer el mantenimiento de los derechos expectantes en materia de Seguridad Social de los trabajadores afectados; y c) preservar el equilibrio financiero del sistema, por cuanto se impone la cotización con respecto a quienes ya no están trabajando.

El convenio especial de empresarios y trabajadores sujetos a despidos colectivos que incluyan trabajadores con 55 o más años se encuentra regulado en el art. 51.9 ET, en la DA 13^a LGSS y en el art. 20 Orden TAS/2865/2003⁴. No obstante, debemos tener en cuenta que este último precepto no recoge una regulación exhaustiva de esta concreta modalidad de convenio, sino que se limita a recoger sus especificidades, de modo que se aplican supletoriamente las normas del convenio general u ordinario en lo no previsto expresamente en el mismo (art. 29 Orden TAS/2865/2003)⁵.

³ TRILLO GARCÍA, Andrés Ramón. “El convenio especial con la Seguridad Social por el despido de mayores de 55 años”. En: GODINO REYES, Martín (dir). *Tratado de despido colectivo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 956.

⁴ Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social (BOE 18-10-2003, núm. 250).

⁵ MARTÍNEZ LUCAS, José Antonio. *Manual práctico del convenio especial en el sistema de la Seguridad Social*. Valencia: Editorial Práctica de Derecho, 2005, p. 81.

3. SUPUESTOS EN LOS QUE ENTRA EN JUEGO ESTA CONCRETA OBLIGACIÓN EMPRESARIAL

Para que surja la obligación de suscribir este concreto convenio especial es preciso que se cumplan las tres condiciones siguientes:

- Que la empresa no se encuentre incurso en un procedimiento concursal. De esta forma, se trata de garantizar que la empresa presente ciertos síntomas de viabilidad, al objeto de que pueda asumir sus compromisos con la Seguridad Social⁶.
- Que el trabajador cese en la empresa con motivo de un despido colectivo y acredite una edad igual o superior a 55 años. Pues bien, a este respecto, se suscita la siguiente duda: ¿en qué momento se ha de acreditar esta edad: en la fecha de la extinción del contrato o al inicio de la tramitación del despido colectivo? Para una parte de la doctrina judicial, el hito debe situarse al inicio de la tramitación del despido⁷, mientras que para otra parte, el referente temporal debe coincidir con la fecha del cese en el trabajo⁸ (criterio que nos parece más acertado).
- Que el trabajador no fuese mutualista el 1-1-1967. De esta forma, el legislador deja fuera del ámbito de aplicación del precepto a quienes pudieran tener mayores facilidades para jubilarse anticipadamente (DT 4^a.1.2 LGSS).

No es preciso, sin embargo, que la persona trabajadora acredite un determinado período de carencia. Con carácter general, la suscripción de un convenio especial se condiciona a que el sujeto tenga cubierto un período de 1.080 días de cotización en los doce años inmediatamente anteriores a la baja en el Régimen de la Seguridad Social de que se trate (art. 3.3 Orden TAS/2865/2003). No obstante, este requisito no será exigible «*en los convenios especiales a que se refieren los artículos 11 a 22 de esta Orden*»; una exención que alcanza, por tanto, al convenio especial de empresarios y trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo que incluyan trabajadores con 55 o más años, pues se encuentra regulado en el art. 20 de la orden⁹.

⁶ POQUET CATALÁ, Raquel. “Convenio especial con la Seguridad Social para trabajadores incursos en expedientes de regulación de empleo”. *Actualidad laboral*, 2011, núm. 1.

⁷ STSJ Madrid CA 28-3-2007, R^o 43/2007.

⁸ SSTSJ Comunidad Valenciana 14-1-2009, R^o 1054/2008, Cataluña 3-4-2013, R^o 2911/2012 y Castilla y León 16-9-2014, R^o 550/2014.

⁹ En el mismo sentido, POQUET CATALÁ, Raquel. “Convenio especial con la Seguridad Social para trabajadores incursos en expedientes de regulación de empleo”. *Actualidad laboral*, 2011, núm. 1., “*pues se trata de trabajadores que estaban en activo, es decir, que proceden de una situación de alta en la Seguridad Social, y además, por su edad, suelen tener cotizado un período de tiempo bastante amplio*”.

4. NATURALEZA Y CARACTERES

Por lo que respecta a las características del convenio especial, hemos de partir de que se trata de un acto administrativo en la medida en que no basta la solicitud del interesado, sino que es preciso el reconocimiento —expreso o tácito— de la TGSS. Ahora bien, conviene aclarar que nos encontramos ante un acto administrativo reglado, por cuanto la estimación de la solicitud del beneficiario, cuando se cumplen los presupuestos y los requisitos exigidos por la norma, no es discrecional para la Administración. Además, aun cuando de la suscripción del convenio especial surge una relación entre varios sujetos, carece de naturaleza negocial, pues las condiciones en que el mismo ha de realizarse están expresamente previstas en la norma, por lo que su regulación es indisponible para las partes, salvo que ésta prevea expresamente lo contrario, por tratarse de normas que regulan la Seguridad Social pública¹⁰. Precisamente por ello, la doctrina ha asimilado el convenio a un contrato de seguro por adhesión¹¹ en el que el suscriptor tiene, como veremos, muy poco margen de libertad.

Además, el convenio especial en favor de los trabajadores maduros afectados por un despido colectivo tiene carácter obligatorio para el empresario por determinación legal. El art. 51.9 ET no establece, sin embargo, obligación alguna para el trabajador, de forma que el convenio especial se concibe como un derecho y no como una carga para este.

Por lo que respecta a la naturaleza, se suscitan dudas con respecto a si estamos ante una obligación laboral o ante una obligación de Seguridad Social. Como con acierto afirma la doctrina, la contestación a esta pregunta no es sencilla, “*pues la obligación se establece en el art. 51.9 ET pero también en la DA 13ª LGSS existiendo remisiones recíprocas; así, por un lado, el art. 51.9 ET remite a la regulación del convenio especial establecido en la legislación de Seguridad Social y, por otra parte, la DA 13ª LGSS hace referencia al convenio espacial al que se refiere el art. 51.9 ET*”¹². Y, de hecho, la doctrina judicial mantiene posturas contradictorias¹³. Pues bien, no cabe duda de

¹⁰ STSJ Madrid 24-3-1998, Rº 4359/1997.

¹¹ BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro. *Las situaciones asimiladas al alta... op. cit.*, p. 260. PANIZO ROBLES, José Antonio. El aseguramiento voluntario en el Sistema de la Seguridad Social (la nueva regulación del convenio especial). *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2004, nº 49, p. 87. GALA VALLEJO, César. *El convenio especial y sus modalidades en la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2005, p. 40, nota al pie nº 17.

¹² TRILLO GARCÍA, Andrés Ramón. “El convenio especial con la Seguridad Social por el despido de mayores de 55 años”. En: GODINO REYES, Martín (dir). *Tratado de despido colectivo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 962.

¹³ Para las SSTSJ Cataluña CA 13-12-2013, Rº 552/2011, Cantabria 12-3-2014, Rº 61/2014, Madrid 19-5-2014, Rº 259/2014 y Castilla y León 16-9-2014, Rº 550/2014, estamos ante una obligación legal de carácter laboral. Otras resoluciones, sin embargo, entienden que estamos ante una institución de Seguridad Social (SSTSJ Castilla y León 11-3-2015, Rº 173/2015, 21-5-2015, Rº 569/2015 y 3-6-2015, Rº 667/2015).

que la cuestión no es baladí, pues su respuesta determina la prescripción de la obligación, la tramitación procesal, la titularidad del crédito y su naturaleza a efectos concursales o la capacidad para ejecutar los créditos¹⁴.

5. VIGENCIA DEL CONVENIO Y ACCIÓN PROTECTORA

Por lo que respecta a la vigencia del convenio, debemos tener en cuenta que las cotizaciones abarcan el período comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo y la fecha en la que el trabajador cumpla la edad a que se refiere el art. 205.1.a) LGSS (DA 13^a.1 LGSS) que, como sabemos, establece la edad para poder acceder a la jubilación ordinaria. No obstante, esta afirmación debe ser matizada en los siguientes supuestos:

En primer lugar, si el trabajador afectado por el despido colectivo tuviera derecho a la prestación por desempleo, el inicio de la obligación de cotizar se pospondrá hasta el momento en que cese el percibo de dicha prestación. No podemos olvidar que, de acuerdo con el art. 273 LGSS, durante el período de percepción de la prestación por desempleo, la entidad gestora ingresará las cotizaciones de Seguridad Social, asumiendo la aportación empresarial y descontando de la cuantía de la prestación, la aportación que corresponda al trabajador.

En segundo lugar, la DA 13^a.2 LGSS incorpora una matización y advierte que la obligación de cotizar se mantendrá hasta el cumplimiento de la edad a que se refiere el artículo 205.1.a) LGSS, “o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada”. En consecuencia, la duración del convenio especial va a depender, en la práctica, de tres variables: a) de la concreta edad del trabajador; b) de que éste tenga derecho o no a una prestación contributiva de desempleo; y c) de si el empleado decide acceder a la jubilación ordinaria o anticipada.

De otro lado, desde un punto de vista objetivo, la suscripción del convenio especial no alcanza a todas las prestaciones de la acción protectora. De conformidad con lo previsto en los arts. 36.1.6 RD 84/1996¹⁵ y 5.1 Orden TAS/2865/2003, haciendo uso de la habilitación conferida en el art. 165.2 LGSS, el suscriptor del convenio se considera en situación asimilada a la de alta; lo que ocurre es que esta ficción jurídica sólo adquiere virtualidad “respecto de las contingencias y en las condiciones que se establecen en esta Orden” (art. 5.1) desde la fecha de efectos del convenio especial. Pues bien, en aplicación de lo previsto en el art. 9 Orden TAS/2865/2003, la tutela que

¹⁴ TRILLO GARCÍA, Andrés Ramón. “El convenio especial con la Seguridad Social por el despido de mayores de 55 años”. En: GODINO REYES, Martín (dir). *Tratado de despido colectivo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 962.

¹⁵ 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 (BOE 27-2-1996, núm. 50).

se deriva de la suscripción del convenio no es plena y alcanza únicamente las prestaciones de jubilación, de incapacidad permanente y de muerte y supervivencia derivadas de contingencias comunes. De esta forma, quedan fuera del ámbito de protección las situaciones de necesidad derivadas de una contingencia profesional, partiendo de que la suscripción de este convenio se prevé como remedio para situaciones de inactividad laboral. Por otro lado, sólo se protege frente a las pensiones, quedando fuera de cobertura los subsidios por incapacidad temporal y por nacimiento y cuidado, lo que tiene lógica si tenemos en cuenta que tales prestaciones vienen a sustituir los ingresos que se pierden con motivo de la suspensión del contrato de trabajo por tales causas. Pero si el sujeto no desarrolla una actividad profesional y, en consecuencia, no obtiene ingresos que sustituir, no tiene sentido que el convenio especial amplíe su ámbito de cobertura a tales situaciones. Finalmente, queda también excluida la protección por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, y por cuidado de hijos gravemente enfermos, así como por desempleo dado que se trata de prestaciones que se encuentran estrechamente vinculadas al desarrollo de una actividad real y no a una situación asimilada.

Por último, hemos de tener en cuenta que la protección otorgada por el convenio especial sólo alcanza a las situaciones de necesidad que sobrevengan con posterioridad a la fecha de su suscripción. En palabras del propio Tribunal Supremo, otra cosa sería desconocer la naturaleza jurídica de contrato de seguro de que participa todo convenio y lo aleatorio del riesgo asumido, incompatible con la cobertura de contingencias acaecidas y conocidas antes de su suscripción¹⁶. Por lo expuesto, el convenio favorece el mantenimiento de los derechos expectantes o en curso de adquisición de los asegurados, pero no puede utilizarse para integrar períodos carenciales por contingencias producidas con anterioridad al cese.

6. LOS SUJETOS Y LAS PARTES DEL CONVENIO ESPECIAL

Con carácter general, un convenio especial con la Seguridad Social representa una modalidad especial de contrato de seguro¹⁷ en la que intervienen varios sujetos: de un lado, el suscriptor del convenio que equivaldría a la figura del tomador, en la lógica del seguro privado, y de otro, la Administración Pública, a través de la TGSS, que asumiría la posición de la entidad aseguradora. A ello habría que añadir al beneficiario del convenio que sería aquel sobre el que repercuten los efectos mediatos del mismo o, dicho de otra manera, aquel que, con ocasión de su suscripción, se encuentra en situación asimilada al alta y dentro del marco de la acción protectora, lucrándose de las consecuencias que pudieran derivarse de la cotización al sistema. Pues bien,

¹⁶ STS 20-4-1994, R° 2372/1993, seguida por las SSTS 28-9-1994, R° 3429/1993, 23-6-1995, R° 3429/1993, 10-10-1995, R° 875/1995, 29-11-1995, R° 1671/1995, 6-3-1996, R° 2950/1995 y 15-10-1996, R° 1133/1996.

¹⁷ STS 15-10-1996, R° 1133/1996.

las figuras del suscriptor y del beneficiario del convenio suelen coincidir en una misma persona, pero no siempre es así. Y, de hecho, el convenio especial de empresarios y trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo que incluyan trabajadores con 55 o más años representa una excepción a esta regla, pues aun cuando el beneficiario del convenio es el propio trabajador afectado por la decisión extintiva, el convenio debe ser suscrito por el empresario y el trabajador, de un lado, y por la TGSS, de otro (art. 20.1 Orden TAS/2865/2003). Estamos, por tanto, ante un convenio en el que intervienen tres sujetos, aunque se consideran dos partes: por un lado, el trabajador y el empresario y por otro lado, la TGSS.

7. EL PLAZO DE SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO ESPECIAL

El art. 51.9 ET no establece un plazo para realizar la solicitud de convenio especial. No obstante, de conformidad con el art. 20.1 Orden TAS/2865/2003, en la redacción conferida por la Orden TMS/397/2019¹⁸, la solicitud de esta concreta modalidad de convenio especial debe formularse por el empresario durante la tramitación del despido colectivo y, en todo caso, hasta la fecha en la que se notifique individualmente la decisión extintiva a cada uno de los trabajadores afectados. Si la empresa no tramita la solicitud en el plazo señalado, el propio trabajador puede hacerlo dentro de los seis meses naturales siguientes a la fecha de notificación del despido. Recibida la solicitud de la persona trabajadora, la TGSS concederá audiencia a la empresa para que, en el plazo de diez días, realice las alegaciones que estime pertinentes. Finalizado este trámite, el convenio será suscrito únicamente por la persona trabajadora y la TGSS, dándose traslado del mismo al empresario, junto con la notificación del importe de las cuotas que debe ingresar a su exclusivo cargo.

La solicitud del convenio especial ha de formularse ante la TGSS en el modelo oficial¹⁹. Y, dentro de los tres meses siguientes a la fecha de la solicitud, la TGSS debe notificar la procedencia o improcedencia del convenio especial, entendiéndose la falta de resolución expresa como estimación por silencio administrativo (art. 129.3 LGSS)²⁰. Una vez estimada la solicitud (de forma expresa o tácita), el convenio se debe suscribir en el plazo de los tres meses siguientes a la fecha de notificación de su procedencia o de que se tenga por estimado, entendiéndose caducado el procedimiento iniciado cuando transcurra dicho plazo sin que se produzca la firma por causa imputable a los interesados.

¹⁸ Orden TMS/397/2019, de 4 de abril, por la que 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 (BOE 8-4-2019, núm. 84).

¹⁹ Modelo TA.0040-ERE.

²⁰ Mientras que la regla general, en el ámbito de la Seguridad Social, es la desestimación por silencio administrativo, en los procedimientos relativos a la inscripción de empresas y a la afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de los trabajadores iniciados a solicitud de los interesados, así como los de convenios especiales, rige el silencio positivo.

8. LOS EFECTOS MEDIATOS E INMEDIATOS DE LA SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO

El efecto inmediato del convenio especial: El nacimiento de la obligación de cotizar.— La obligación de cotizar a la Seguridad Social se condiciona generalmente a la efectiva prestación de servicios. Pues bien, la regulación del convenio especial, atendiendo a la finalidad que persigue, se separa de esta máxima y desvincula la cotización de la profesionalidad del sujeto, permitiendo de esta forma mejorar su carrera de seguro. Precisamente por ello, el efecto inmediato de la suscripción de un convenio especial es el nacimiento de la obligación de cotizar; una obligación que perdurará mientras se mantenga la vigencia del mismo (art. 6.1) y que se imputará a quien se haya comprometido en el convenio a abonar a su cargo el importe de la cuota (art. 8.1).

El efecto mediato del convenio especial: La inclusión del suscriptor en el sistema. El efecto mediato del convenio es la inclusión del suscriptor en el sistema lo que le facilita el acceso a su protección y mejora la cuantía de las prestaciones y ello por los siguientes motivos: En primer lugar, porque el suscriptor del acuerdo se encuentra en una situación asimilada al alta (arts. 166.3 LGSS, 36.1.6° RD 84/1996 y 5.1 Orden TAS/2865/2003) y, en consecuencia, cumple el requisito exigido con carácter general en el art. 165.1 LGSS. Sabemos que el legislador permite acceder a determinadas prestaciones desde una situación de no alta y ello podría llevarnos a pensar que la suscripción de un convenio especial deviene innecesaria en tales casos; sin embargo, conviene recordar dos cosas: primero, que la separación del sistema no puede quedar excesivamente lejos, pues a veces se exige que un determinado período de cotización se encuentre comprendido en un espacio temporal previo al momento de causar la prestación. Y segundo, que del acceso a la prestación desde una situación de no alta se puede derivar un importante incremento del período de carencia exigido. En segundo lugar, porque durante el período de tiempo por el que se prolonga el convenio, se inicia o se mantiene la cotización al sistema por lo que no se pierde la carrera de seguro y se facilita el cumplimiento del segundo requisito general de acreditar un determinado período de carencia. Además, la suscripción del convenio especial mejora la cuantía de las prestaciones por la incidencia que tienen las cotizaciones en el cálculo de la base reguladora y en la determinación del porcentaje aplicable²¹.

A este respecto, cabe plantearse el régimen en que queda encuadrado el suscriptor del convenio especial, lo que no resulta baladí si tenemos en cuenta que las prestaciones se reconocen “*con arreglo a las normas que las regu-*

²¹ Por lo que se refiere a dicho efecto, el acuerdo del suscriptor del convenio con la TGSS mejora la cuantía de las prestaciones por jubilación y por incapacidad permanente, en la medida en que ambas prestaciones se calculan en función de la carrera de seguro del beneficiario. Con respecto a la base de cotización y su repercusión en la intensidad de la acción protectora, la suscripción del convenio especial únicamente mejoraría la cuantía de las prestaciones en los supuestos en que el sujeto cotice por una base superior a la que resultaría de la aplicación de las reglas sobre integración de lagunas establecidas en los arts. 197.4 y 209.1.b) LGSS.

lan en el Régimen de la Seguridad Social en lo que figure incluido el suscriptor del convenio especial” (art. 9.2 Orden TAS/2865/2003). Pues bien, la suscripción del convenio implica la continuación del alta en el régimen en el que estaba el sujeto antes de la expulsión del sistema (art. 1.1 Orden TAS/2865/2003), de lo que se deriva la inclusión del trabajador despedido en el Régimen General.

9. EL COSTE DEL CONVENIO ESPECIAL

Las cotizaciones a abonar durante el convenio especial se determinarán aplicando al promedio de las bases de cotización del trabajador, en los últimos 6 meses de ocupación cotizada, un tipo de cotización del 28,30%, al que se aplicará un determinado coeficiente reductor [que, actualmente se concreta en el 0,94, según lo dispuesto en el art. 22.1.a) Orden TMS/83/2019²²]. Así, mediante la aplicación de estos coeficientes reductores, la cuota a ingresar se adecua a la acción protectora dispensada, dado que la cobertura del convenio especial tiene, como hemos visto, un alcance limitado.

Además, de la cantidad resultante se deducirá la cotización a cargo del SEPE correspondiente al período en el que el trabajador pueda tener derecho a la percepción del subsidio de desempleo, cuando corresponda cotizar por la contingencia de jubilación, calculándola en función de la base y el tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio especial.

Pues bien, a efectos de determinar la cotización efectuada por el SEPE debemos de tener en cuenta que éste toma como base de cotización el tope mínimo de cotización vigente en cada momento (art. 218.3 LGSS). Precisamente por ello, la cuota total a pagar es la suma de los resultados siguientes (a + b):

a) Por la cobertura de la pensión de incapacidad permanente y las prestaciones por muerte y supervivencia: A la base de cotización se le aplicará el 28,30% y el resultado se multiplicará por el coeficiente reductor del 0,14.

b) Por la cobertura de la pensión de jubilación: A la diferencia entre la base de cotización y aquella por la que cotice en cada momento el SEPE, se aplicará el 28,30% y el resultado se multiplicará por el coeficiente reductor del 0,80 [art. 22.1.d) Orden TMS/83/2019].

²² Orden TMS/83/2019, de 31 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 2019 (BOE 2-2-2019, núm. 29). Una orden que, de conformidad con la DA 5ª RD Ley 2/2021, de 26 de enero, de refuerzo y consolidación de medidas sociales en defensa del empleo (BOE 27-1-2021, núm. 23) resultará aplicable mientras no se apruebe el real decreto por el que se fije el salario mínimo interprofesional para el año 2021.

Ejemplo: Supongamos que un trabajador es despedido en enero del año 2019 con 58 años de edad, habiendo cotizado por bases máximas durante los últimos seis meses de ocupación cotizada (esto es, por una base de 3.751,20 €). Extinguida la relación laboral, comenzará a cobrar la prestación contributiva por desempleo; período durante el cual, el SEPE asumiría el coste de la cotización a la Seguridad Social. Agotado, tras dos años, el plazo de duración de la prestación contributiva, el trabajador comienza a percibir el subsidio asistencial para mayores de 55 años. ¿A cuánto ascendería entonces el coste mensual del convenio especial con la Seguridad Social?

COBERTURA	CONVENIO ESPECIAL CON LA SEGURIDAD SOCIAL			
	Base	Tipo	Coeficiente	Cuota mensual
a) Pensión por incapacidad permanente y prestaciones por muerte y supervivencia	3.751,20 € (1)	28,30%	0,14	148,62 €
b) Pensión de jubilación	2.701,20 € (2)	28,30%	0,80	611,55 €
COSTE MENSUAL CONVENIO ESPECIAL (a + b)				760,17 €

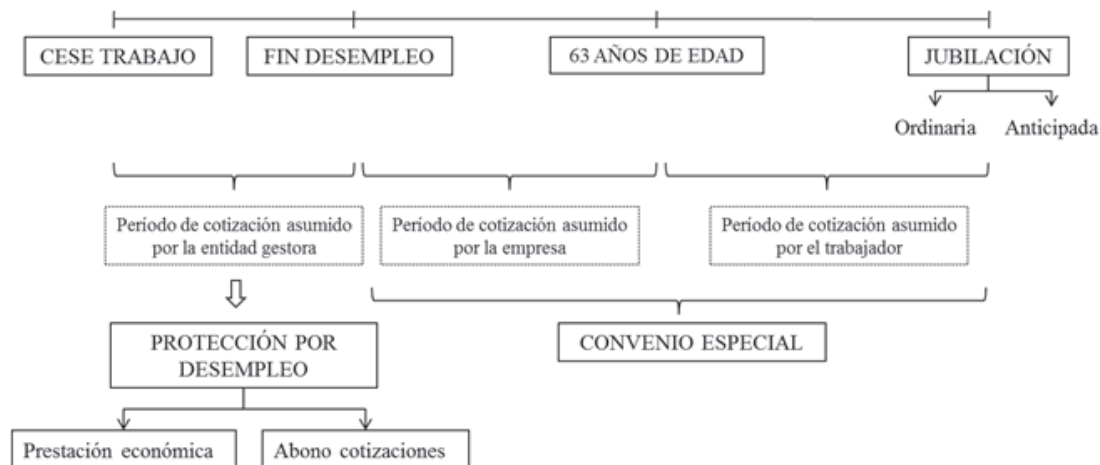
- (1) Resultado de promediar las bases de cotización correspondientes a los últimos seis meses de ocupación cotizada.
- (2) La diferencia entre la base de cotización del convenio especial (3.751,20 €) y la base de cotización por la que cotiza el SEPE, que se concreta en el tope mínimo de cotización vigente en cada momento; un tope que, durante el año 2021, asciende a 1.050 € ($3.751,20 \text{ €} - 1.050 \text{ €} = 2.701,20 \text{ €}$).

No obstante, la base de cotización puede ser incrementada en cada ejercicio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.5 Orden TAS/2865/2003.

10. LA RESPONSABILIDAD EN EL PAGO DE LAS CORRESPONDIENTES CUOTAS

El ingreso de la cotización de este convenio especial se distribuye en dos tramos: Las cotizaciones correspondientes al convenio especial serán a cargo del empresario hasta la fecha en que el trabajador cumpla los 63 años, salvo en los casos de despidos colectivos por causas económicas, en los que dicha obligación se extenderá hasta el cumplimiento, por parte del trabajador, de los 61 años. A partir del cumplimiento de dicha edad (61 ó 63 años), las aportaciones al convenio especial serán a cargo exclusivo de la persona trabajadora, debiendo ser ingresadas hasta el cumplimiento de la edad legal de jubilación o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada.

No obstante lo anterior, nada impide que la empresa asuma la financiación del convenio especial hasta la llegada de la edad ordinaria de jubilación. De hecho, el propio legislador permite que otras personas (físicas o jurídicas) sustituyan al responsable de la obligación del pago de cuotas, siempre y cuando el sustituto asuma voluntariamente esta obligación y la sustitución se autorice expresamente por el suscriptor del convenio y por la propia TGSS (art. 8 Orden TAS/2865/2003).



Antes de la reforma operada por la Ley 27/2011, el empresario debía asumir el coste de la cotización hasta que el trabajador cumpliera los 61 años de edad; pero, a raíz de esta modificación legislativa, la obligación se postergó hasta que la persona trabajadora cumpliera los 63 años (61 en caso de despido por causas económicas). Con ello, el legislador trató de hacer coincidir el período de cotización a cargo del empresario con las nuevas edades de jubilación anticipada contempladas en la ley (exposición de motivos). Y es que, ciertamente, la Ley 27/2011 modificó, con efectos del 1-1-2013, la regulación jurídica de la jubilación anticipada introduciendo al respecto cambios importantes. En efecto, en dicha reforma se permitió el acceso a la jubilación anticipada involuntaria a quienes, acreditando una edad igual o superior a 61 años, hubieran perdido su empleo por despido colectivo por causas económicas o por fuerza mayor. Para acceder a la jubilación anticipada voluntaria se exigían, sin embargo, 63 años de edad y este régimen resultaba aplicable en caso de despidos colectivos por causas organizativas, técnicas o de producción.

De esta manera, el empresario pagaba las cuotas hasta el momento en que el trabajador podía acceder a la jubilación anticipada. A partir de ese momento, si el trabajador optaba por no jubilarse, asumía la obligación de hacer frente al pago de las cotizaciones del convenio a su exclusivo cargo. Lo que ocurre es que esta reforma ni siquiera llegó a aplicarse, pues su entrada en vigor se suspendió con anterioridad al 1-1-2013 y el RD Ley 5/2013²³ modificó sustancialmente el régimen jurídico de la jubilación anticipada. En

²³ 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 (BOE 16-3-2013, núm. 65).

efecto, en la actualidad, el art. 207.1.a) LGSS reserva el acceso a la jubilación anticipada involuntaria a quienes acrediten una edad inferior en cuatro años, como máximo a la edad ordinaria (por lo tanto, 61 o 63 años) y hayan perdido su empleo “*como consecuencia de una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral*”. Pues bien, a estos efectos, las causas de extinción del contrato de trabajo que pueden dar derecho al acceso a esta modalidad de jubilación anticipada son las siguientes: a) el despido colectivo conforme al art. 51 ET; b) el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, conforme al art. 52.c) ET; c) la extinción del contrato por resolución judicial, conforme al art. 64 Ley 22/2003²⁴; d) la muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual; y e) la extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor constatada por la autoridad laboral conforme a lo establecido en el art. 51.7 ET.

Por lo tanto, a día de hoy, la edad de acceso a la jubilación anticipada: a) es la misma con independencia de si el despido colectivo se funda en causas económicas o en causas técnicas, organizativas o productivas; y b) no necesariamente se sitúa en los 61/63 años, pues todo va a depender de cuál sea la edad ordinaria de jubilación, en función de cuál sea la carrera de seguro del beneficiario. Partiendo de lo anteriormente expuesto, y en la medida en que el régimen jurídico del convenio especial no se ha acomodado a la reforma legislativa operada por el RD Ley 5/2013, es posible que la empresa deba abonar el coste del convenio especial con respecto a un trabajador que ya acredita los requisitos para acceder a la jubilación anticipada y es igualmente posible que un trabajador que todavía no cumple los requisitos para acceder a la jubilación anticipada tenga que abonar las cuotas del convenio a su exclusivo cargo²⁵.

11. EL PLAZO DE INGRESO DE LAS CUOTAS Y EFECTO DE LAS INCIDENCIAS QUE SE PUEDAN PRODUCIR DURANTE EL PERÍODO DE COTIZACIÓN QUE CORRESPONDE A LA EMPRESA

Cuotas a cargo del empresario.— Las cuotas a cargo del empresario son objeto de totalización y se deben ingresar en la TGSS, bien de una sola vez, dentro del mes siguiente al de la notificación de la concreta cantidad a ingresar, o bien de forma fraccionada, en tantas anualidades como años le falten al trabajador para cumplir la edad de 63 o, en su caso, de 61 años, con un máximo de ocho o seis años respectivamente (art. 20.3 Orden TAS/2865/2003). Ahora bien, para que el pago se pueda realizar de forma fraccionada, la em-

²⁴ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE 10-7-2003, núm. 164).

²⁵ TRILLO GARCÍA, Andrés Ramón. “El convenio especial con la Seguridad Social por el despido de mayores de 55 años”. En: GODINO REYES, Martín (dir). *Tratado de despido colectivo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 987.

presa debe garantizar el importe mediante aval solidario suficiente o sustituyendo la responsabilidad del empresario por la de una entidad financiera o aseguradora, previo consentimiento de la TGSS. Como se aprecia de lo anteriormente expuesto, la norma permite el fraccionamiento, pero no el aplazamiento, por lo que no resultan aplicables los arts. 31 a 36 RD 1415/2004²⁶.

En caso de fallecimiento del trabajador o de reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente, el convenio especial se extingue. Pues bien, si tales circunstancias se produjeran durante el período de cotización correspondiente al empresario, este tendría derecho al reintegro de las cuotas correspondientes al período posterior al hecho causante.

Sin embargo, si el trabajador realizara alguna actividad por la que se efectúen cotizaciones a la Seguridad Social, en principio, no se produce el reintegro al empresario de las cotizaciones efectuadas por éste. Con carácter general, los convenios especiales se extinguen cuando el interesado queda nuevamente comprendido en el campo de aplicación de uno de los regímenes que integran el sistema [art. 10.2.a) Orden TAS 2865/2003], en la medida en que, en tales casos, el suscriptor ya se encontraría protegido por la Seguridad Social por razón de la actividad que realiza. Pero esta concreta modalidad de convenio especial goza de un régimen jurídico particularizado (fruto de la reforma operada por la Ley 27/2009²⁷). En su virtud, si durante el período de cotización correspondiente al empresario, la persona trabajadora realizase alguna actividad por la que se efectúen cotizaciones al sistema de Seguridad Social, el convenio no se extingue y las cuotas coincidentes con las correspondientes a la actividad realizada, hasta la cuantía de estas últimas, no se reintegran al empresario, sino que se aplican al pago del convenio especial durante el período de cargo del trabajador. De esta forma, el empresario únicamente tendrá derecho al reintegro en el supuesto de que existiera un remanente en la fecha en que se cause la pensión de jubilación.

De producirse el reintegro en alguno de los tres supuestos anteriormente indicados, este devengará el interés legal del dinero vigente en la fecha del hecho causante²⁸, calculado desde el momento en que tenga lugar hasta la propuesta de pago.

Cuotas a cargo del trabajador.— El plazo de ingreso de las aportaciones correspondientes al trabajador es el mismo que el previsto para las cotizaciones ordinarias. Por lo tanto, deberán abonarse a la TGSS en el mes natural siguiente al de su devengo [art. 56.1.3º.a) RD 1415/2004].

²⁶ Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (BOE 25-6-2004, núm. 153).

²⁷ 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 (BOE 31-12-2009, núm. 315).

²⁸ La fecha de fallecimiento del trabajador, la fecha de reconocimiento de la incapacidad permanente o la fecha en que se haya causado la pensión de jubilación.

12. LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO

Si no paga la empresa.— Del incumplimiento por parte de la empresa, se derivarían las siguientes consecuencias:

En primer lugar, la conducta empresarial constituiría una infracción de carácter administrativo. En efecto, si la empresa incumple la obligación de suscribir el convenio especial en los supuestos establecidos en el art. 51.9 ET incurre en una infracción administrativa de carácter muy grave [art. 23.1.i) LISOS, en la redacción dada por la DA 16ª Ley 27/2011 y con efectos del día 1-1-2013]. En tal caso, la sanción a aplicar a la empresa, según el art. 40.1.c) LISOS, sería una multa económica que oscilaría entre 6.251 a 187.515 €.

Ahora bien, si la empresa suscribe el convenio pero no ingresa las correspondientes cuotas, comete una infracción administrativa grave tipificada en el art. 22.3 LISOS, siendo sancionada esta conducta conforme al art. 40.1 de este cuerpo legislativo de la forma siguiente: 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 % (criterio técnico ITSS 91/2012).

En segundo lugar, la empresa deberá abonar las cotizaciones adeudadas. En los supuestos en los que el convenio especial no ha llegado a suscribirse, no puede producirse efecto liquidatorio alguno, pues en tanto no se formaliza el convenio especial no nace la obligación de cotizar ni, por consiguiente, se inicia el plazo reglamentario al efecto. No obstante, una vez suscrito el convenio, las cantidades adeudadas por la empresa representarían un crédito que tendría la consideración de recurso del sistema y que podría ser objeto del procedimiento de recaudación ejecutiva, por lo que la TGSS estaría facultada para proceder contra el patrimonio del deudor a fin de solventar su crédito²⁹.

De otro lado, debemos aclarar que el incumplimiento de la obligación de suscripción del convenio especial no afecta a la eficacia del despido³⁰.

Y, por último, debemos cuestionarnos si el incumplimiento de la obligación de suscribir el convenio especial y pagar las correspondientes cuotas puede tener trascendencia a efectos de las prestaciones. Como bien sabemos, el art. 167.2 LGSS establece: “*El incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones, previa la fijación de los supuestos de imputación y de su alcance y la regulación del procedimiento para hacerla efectiva*”. Pues bien, según la doctrina más autorizada³¹, el

²⁹ TRILLO GARCÍA, Andrés Ramón. “El convenio especial con la Seguridad Social por el despido de mayores de 55 años”. En: GODINO REYES, Martín (dir). *Tratado de despido colectivo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 995.

³⁰ STS 26-3-2014, Rº 158/2013.

³¹ Ídem, p. 998.

art. 167 LGSS no resulta de aplicación al caso. No obstante, el trabajador estaría legitimado para exigir a la empresa la indemnización del perjuicio causado. Sin embargo, la STSJ Galicia 15-2-2019, Rº 3753/2018, ha reconocido como cotizado el tiempo en el que la empresa debería haber suscrito y abonado el convenio especial y ha impuesto al INSS la obligación de anticipar las diferencias, sin perjuicio de su acción de reintegro frente a la empresa responsable. En opinión del Tribunal, el carácter imperativo de la obligación empresarial establecida en el art. 51.9 ET tropieza con su desarrollo reglamentario, en la medida en que ésta no confiere a la TGSS una facultad para la suscripción de oficio del convenio. *“Consiguientemente, 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 Tesorería General de la Seguridad Social debe proceder de oficio a la suscripción del convenio especial, y de ahí el sentido de las comunicaciones a que aluden los arts. 6.3 y 12.5 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre. Si no lo hace, los derechos de los trabajadores afectados no deben sufrir deméritos, ni en orden a su cuantía, ni el orden a su efectividad”*.

Si no paga el trabajador.— Ya hemos visto que la suscripción del convenio especial se configura como un derecho del trabajador y no como una carga. Por lo tanto, el incumplimiento por parte del trabajador de su obligación de pagar las cotizaciones lo único que provocará será la extinción del convenio especial por falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades consecutivas o a cinco alternativas, salvo causa justificada de fuerza mayor debidamente acreditada, en los términos previstos en el art. 10.2.c) Orden TIN/2865/2003.

13. IMPACTO FISCAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL DE LAS CANTIDADES DESTINADAS POR LA EMPRESA A FINANCIAR EL COSTE DEL CONVENIO ESPECIAL

Las cotizaciones a cargo exclusivo del empresario por corresponder a un trabajador mayor de 55 y menor de 63 años (o 61 en caso de expedientes de regulación de empleo motivados por causas económicas), no tienen incidencia alguna en la liquidación del IRPF de los trabajadores, ni como ingreso ni como gasto deducible para la determinación del rendimiento neto del trabajo.

No obstante, si la obligación de pago de las cotizaciones corresponde al trabajador y la empresa financia el coste del convenio, se genera un rendimiento del trabajo que sí quedaría sujeto a retención por IRPF. En opinión de la Dirección General de Tributos, este importe encontraría pleno encaje en el art. 17.1 Ley 35/2006³², en virtud del cual se consideran rendimientos

³² Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE 29-11-2006, núm. 285).

íntegros del trabajo todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas. En consecuencia a estas cantidades no se les aplica la exención correspondiente a las indemnizaciones por despido, prevista en el art. 7 Ley 35/2006³³. Además, dicho rendimiento debería computarse en su integridad, pues tampoco resultaría aplicable la reducción del art. 18.2, “*al no existir un período de tiempo previo y ligado a la antigüedad en la empresa durante el que se fuera generando el derecho a percibir la cantidad en cuestión*”, sin que tampoco pueda calificarse esta cantidad como renta obtenida de forma notoriamente irregular al no encontrarse entre los supuestos recogidos en el art. 11.1 del Reglamento del IRPF³⁴.

Ahora bien, posteriormente el trabajador sí podrá computar el gasto deducible por dicho importe de acuerdo con lo dispuesto en el art. 19.2.a) Ley 35/2006³⁵.

De otro lado, debemos cuestionarnos el impacto en materia de Seguridad Social de las cantidades destinadas por la empresa a financiar el coste del convenio especial. Como bien sabemos, el acceso al subsidio no contributivo de desempleo se condiciona a que el sujeto perciba rentas por encima de un determinado umbral. Pues bien, según ha aclarado el SEPE en su instrucción de 1-3-2017, no cuenta como ingreso la cantidad que dicho trabajador despedido perciba de la empresa o de una compañía aseguradora para destinarlo al pago del convenio especial con la Seguridad Social, recogiendo con ello la doctrina sostenida por el propio Tribunal Supremo³⁶.

14. BIBLIOGRAFÍA

- GALA VALLEJO, César. *El convenio especial y sus modalidades en la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2005, 332 p.
- MAGALLÓN ORTIN, Moisés y PÉREZ ALONSO, M^a Antonia. *El convenio especial en el sistema de la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo blanch, 1997, 120 p.
- MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes. “Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social”. *Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*. 2019, núm. 430, pp. 15 a 51.
- MARTÍNEZ LUCAS, José Antonio. *Manual práctico del convenio especial en el sistema de la Seguridad Social*. Valencia: Editorial Práctica de Derecho, 2005, 219 p.

³³ DGT Consulta Vinculante V-1906 de 2-9-2010.

³⁴ DGT Consultas Vinculantes V0280-19, de 13-2-2019 y V2124-20, de 25-6-2020.

³⁵ DGT Consulta Vinculante V2124-20, de 25-6-2020

³⁶ SSTS 9-6-2009, R^o 3527/2008, 27-9-2011, R^o 3892/2010, 7-3-2012, R^o 4391/2010, 31-1-2013 y 26-3-2013, R^o 922/2012.

- PANIZO ROBLES, José Antonio. El aseguramiento voluntario en el Sistema de la Seguridad Social (la nueva regulación del convenio especial). *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2004, núm. 49, pp. 83 a 126.
- POQUET CATALÁ, Raquel. “Convenio especial con la Seguridad Social para trabajadores incursos en expedientes de regulación de empleo”. *Actualidad laboral*, 2011, núm. 1.
- TRILLO GARCÍA, Andrés Ramón. “El convenio especial con la Seguridad Social por el despido de mayores de 55 años”. En: GODINO REYES, Martín (dir). *Tratado de despido colectivo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 954 a 1.002.

