

EL CONVENIO ESPECIAL CON LA SEGURIDAD SOCIAL EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS QUE AFECTEN A TRABAJADORES/AS CON 55 O MÁS AÑOS DE EDAD: LUCES Y SOMBRAS

The special agreement with social security in collective redundancies affecting workers aged 55 and over: light and shade

ANA CASTRO FRANCO*

Universidad de León, España

RESUMEN

En la institución del despido colectivo presentan notable incidencia dos factores intrínsecamente relacionados como son la edad y el trabajo. El primer elemento tiene una repercusión directa en la permanencia de la persona trabajadora en la empresa o grupo de empresas afectada por el despido colectivo y en la problemática de la discriminación por razón de la edad, debiendo mostrar una especial atención a los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El convenio especial de Seguridad Social constituye un medio de aseguramiento del respeto de la prioridad de permanencia a favor de las personas maduras. Esta figura requiere de determinados cambios en su regulación actual, a efectos de ofrecer un tratamiento mucho más coordinado, eficiente y sistematizado.

Palabras clave: despido colectivo, Seguridad Social, convenio especial, personas maduras.

ABSTRACT

In the institution of collective redundancies, two intrinsically related factors have a significant impact: age and work. The first element has a direct impact on the permanence of the worker in the company or group of companies affected by the collective redundancy and on the problem of discrimination on the grounds of age, with special attention to the criteria of the Court of Justice of the European Union. The special Social Security agreement constitutes a means of ensuring respect for the priority of permanence in favour of mature people. This figure requires certain changes in its current regulation, in order to offer a much more coordinated, efficient and systematised treatment.

Keywords: collective redundancy, Social Security, special agreement, mature people.

* **Correspondencia a:** Ana Castro Franco. C/Colón, 19-4.B (24001 León, España). — acastf@unileon.es — <https://orcid.org/0000-0002-6834-3064>

Cómo citar: Castro Franco, Ana. (2022). «El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores/as con 55 o más años de edad: luces y sombras»; *Lan Harremanak*, 48, 165-194. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.24022>).

Recibido: 04 noviembre, 2022; aceptado: 13 diciembre, 2022.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © 2022 UPV/EHU



Esta obra está bajo una licencia
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

1. Repercusión de la edad en la permanencia de la persona trabajadora en el mercado de trabajo. Especial referencia a las prejubilaciones

Por cuanto hace a las medidas sociales de acompañamiento, el artículo 8 del Real Decreto 1483/2012, de 28 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, establece una doble tipología diferenciando entre aquellas destinadas a evitar o reducir los despidos, de las dirigidas a atenuar sus consecuencias, aun cuando es posible combinar unas con otras o ampliar el elenco meramente ejemplificativo. Con todo, el juzgador solo podrá entrar a ponderar si las medidas adoptadas son adecuadas y razonables a los fines perseguidos, pero no va a valorar si son óptimas o podrían haber sido adoptadas otras menos gravosas¹; así mismo, cabrá condicionar su efectividad, por ejemplo, a que no sea factible mantenerlas si, como consecuencia de una huelga o conflicto colectivo, pudieran perderse clientes o sufrir la empresa penalizaciones económicas².

Atendiendo a la relación que enuncia, así como a la que posibilita, las alternativas más habituales pueden ser medidas innominadas entre las cuales cabría destacar las prejubilaciones que constituyen otra vía paliativa tradicional y frecuente³, debiendo recordar que su número ha de ser computado, en este concreto contexto, a la hora de fijar el umbral que implica estar en presencia de un despido colectivo. La prejubilación constituye un mecanismo frecuente de reestructuración empresarial, especialmente en el sector financiero o el de las telecomunicaciones. Actúa como una situación transitoria desde el cese en la prestación de servicios de la persona trabajadora hasta el acceso a la jubilación; ahora bien, ello implica diversos efectos perjudiciales para las arcas del sistema público de la Seguridad Social.

Si bien es cierto que la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prohíbe la discriminación directa o indirecta por razón de la edad, no es menos cierto que en su artículo 6.1 permite introducir en los ordenamientos nacionales diferencias de trato por razón de edad cuando actúen como medio necesario para alcanzar objetivos legítimos de la política de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional⁴. La interpretación flexible de la doctrina judicial europea redonda en permitir incluir requisitos, como

¹ SSTS, de 15 de abril de 2014 (rec. núm. 136/2013) o 20 de julio 2016 (rec. núm. 303/2014).

² STS, de 14 de noviembre de 2017 (rec. núm. 17/2017).

³ SSTS, de 19 de marzo de 2014 (rec. núm. 226/2013), 16 de febrero de 2017 (rec. núm. 1/2016) y 18 de mayo de 2017 (rec. núm. 71/2016).

⁴ A este respecto, STJUE, de 22 de noviembre de 2005 (C-144/04), asunto *Mangold*, apartado 78.

la fuerza física en el trabajador, encaminados a proteger los intereses empresariales⁵.

En el plano interno, el Tribunal Constitucional considera adecuado y no discriminatorio el criterio de selección de trabajadores/as en un despido colectivo en función de la mayor edad, cuando esté próxima a la edad de jubilación⁶. En efecto, el sacrificio personal y económico impuesto a determinados trabajadores/as por razón exclusiva de su edad solo puede ser legítimo si se ve compensado de forma efectiva, de modo que no suponga una lesión desproporcionada en relación con los fines perseguidos por la medida adoptada. Siguiendo esta misma línea de razonamiento, la selección de los trabajadores afectados/as empleando este criterio debe estar acompañada de medidas efectivas tendentes a atenuar los efectos negativos generados por la situación de desempleo, como pueden ser el convenio especial de la Seguridad Social o las mejoras voluntarias en la prestación por desempleo, sin que en ningún caso pueda considerarse justificación suficiente del despido la mera proximidad de la edad de jubilación.

Como es sabido, para esclarecer el funcionamiento del despido colectivo a nivel interno quedarán excluidas del cómputo las extinciones vinculadas a la voluntad del trabajador. En principio, así ocurre en una situación de mutuo acuerdo sobrevenido, cuando se deba a la voluntad concorde de las partes, y ello con independencia del vínculo contractual. Ahora bien, cabrá su inclusión cuando las prejubilaciones encubran la proyección de un despido colectivo viciando la voluntad de los trabajadores al coaccionarles a escoger el «mal menor»⁷. A su vez, seleccionar a quienes tienen la posibilidad de acceder a la jubilación presenta tintes subjetivos, cuando en estas prejubilaciones la sustitución de trabajadores/as maduros —incentivándoles a través de una compensación económica— tiene por objeto abaratar la mano de obra (López Cumbre 2003:141). Más aún, las prejubilaciones no suponen un buen aliciente para la garantía de la sostenibilidad del sistema de pensiones. Los trabajadores/as que se ven abocados a la prejubilación obtienen prestaciones contributivas por desempleo y prestaciones del nivel asistencial y suelen acceder a la pensión de jubilación de forma anticipada, lo cual implica una «socialización» de los costes empresariales de despedir, muchas veces con el apoyo de ayudas públicas y de la protección social complementaria en general (Muros Polo 2022:764).

Hacer frente a los desequilibrios existentes en la Seguridad Social pasa por poner remedio a los desafíos coyunturales, esto es, la pérdida de poder adquisitivo y bienestar de los jubilados/as, pero también dar respuesta a los retos estructurales, como son, la situación demográfica, caracterizada por el desempleo,

⁵ STJUE, de 12 de enero de 2010 (C-229/08), asunto *Wolf*, apartado 46.

⁶ STC, de 13 de abril de 2015 (rec. núm. 66/2015).

⁷ STSJ, de 27 de febrero de 2004 (rec. núm. 3826/03).

el notable envejecimiento de la población combinada con la baja natalidad y la consiguiente inversión de la pirámide de estructura poblacional, la incidencia de la inmigración o las alteraciones en los modelos laborales (Pérez del Prado 2018:14). Frente al uso indiscriminado de las prejubilaciones las instituciones europeas han marcado unas líneas políticas claras, centradas en la prolongación de la vida activa y la desincentivación de la jubilación anticipada, lo cual se traduce en diversas reformas legales a nivel estatal.

En el ámbito nacional, una de las soluciones más recurrentes como medio para asegurar la eficiencia del sistema de pensiones consiste en incentivar el retraso voluntario de la jubilación para activar la economía y ampliar la base de cotizaciones de la Seguridad Social. Es más, varios países de la Unión Europea ya han vinculado la edad de jubilación a la esperanza de vida, como Italia, Portugal, Dinamarca y Finlandia. Según lo dispuesto desde el primer Pacto de Toledo se insta al Ejecutivo a adoptar actuaciones en el ámbito de la permanencia de los trabajadores/as en el mercado laboral con el objetivo de ajustar la edad efectiva de jubilación, con la edad legal de jubilación. Así, la empresa puede pactar la prioridad de permanencia a favor de las personas maduras mediante convenio colectivo o durante el período de consultas del despido colectivo.

Además, se han introducido límites a la prejubilación: de un lado, las empresas con beneficios de más de 100 trabajadores/as o, que formen parte de un grupo de empresas con ese número de trabajadores/as, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente cuando realicen despidos colectivos e incluyan a trabajadores/as de cincuenta o más años de edad con el fin de desincentivar la salida prematura del mercado laboral de los trabajadores/as de mayor edad y hacer frente al importante coste para las arcas públicas⁸; por otro, cuando se trate de procedimientos de despidos colectivos de empresas no concursales, que incluyan trabajadores/as 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 trabajadores/as anteriormente señalados en los términos previstos en el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Es precisamente esta última medida la que se analizará en este ensayo con el objetivo de descubrir sus aciertos y defectos.

2. La evolución del convenio especial con la seguridad social para despidos colectivos que afecten a trabajadores/as de 55 años o más

El origen de esta modalidad de convenio especial se sitúa en el Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social de 9 de abril de 2001,

⁸ STS, de 29 de marzo de 2017 (rec. núm. 133/2016).

cuyo punto IV.3 dispone la modificación de las condiciones de acceso a la jubilación anticipada. En virtud de dicho precepto se preveía mantener la regulación y acceso a la jubilación a partir de los 60 años. A su vez, podían acceder a la jubilación anticipada, a partir de los 61 años, los trabajadores/as afiliados a la Seguridad Social con posterioridad al 1 de enero de 1967, siempre y cuando estuvieran incluidos en el campo de aplicación del Régimen General o de alguno de los Regímenes Especiales que contemplan el derecho de la jubilación anticipada; acreditaran un periodo mínimo de cotización efectivo de 30 años, sin que a tales efectos se tuviera en cuenta la parte proporcional de pagas extraordinarias; el cese en el trabajo no derivara de causa imputable al trabajador/a y en el caso de despidos colectivos que se tratara de trabajadores/as pertenecientes a empresas sujetas a expedientes de regulación de empleo.

En el supuesto de extinción de contratos de trabajo como consecuencia de un expediente de regulación de empleo, promovidos por empresas no incurso en un procedimiento concursal, aquel debía llevar como anexo un acuerdo en cuyas cláusulas se obligaban a financiar un convenio especial con la Tesorería General de la Seguridad Social hasta la edad de 65 años y cuyo coste debía ser soportado, salvo pacto en contrario, por el empresario/a y trabajadores/as en la misma proporción en que se cotizaba por contingencias comunes en el Régimen General de la Seguridad Social. Asimismo, era necesario que el trabajador/a se encontrara inscrito como demandante de empleo durante un plazo, al menos, de seis meses a la fecha de solicitud de la jubilación anticipada.

Siguiendo los dictados de la Unión Europea la finalidad era modificar la regulación de la pensión de jubilación para dotarla de flexibilidad y gradualidad, coordinando las medidas adoptadas con la repercusión de la demografía en la evolución del sistema de pensiones. En tal sentido, resultaba conveniente modificar la regulación de la pensión de jubilación, de manera que no impidiera una presencia social activa de los ciudadanos/as, teniendo en cuenta la repercusión de la permanencia en la autoestima del trabajador/a, los efectos positivos sobre el sistema de pensiones y, de modo más general, las indudables ventajas de aprovechar la experiencia y conocimientos de los trabajadores/as de más edad.

En segundo lugar, los artículos 6 y 7 del RD-ley 16/2001, de 27 de diciembre (tramitado como Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema gradual y flexible) modificaron el artículo 51.15 ET y la Disposición Adicional 31.^a de la LGSS de 1994 a fin de regular el convenio especial en expedientes de regulación de empleo de empresas no incurso en procedimiento concursal que afectaran a trabajadores/as de 55 o más años, que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967. En este convenio especial, las cotizaciones abarcaban el periodo comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo, y la fecha en la

que el trabajador cumpliera los 65 años. A tal efecto, las cuotas se determinaban aplicando al promedio de las bases de cotización del trabajador/a en los últimos seis meses de ocupación cotizada el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial. De la cantidad resultante se deducía la cotización correspondiente al periodo en el que el trabajador/a tuviera derecho a la percepción del subsidio de desempleo, calculando la misma en función de la base y tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio especial. Hasta la fecha de cumplimiento por parte del trabajador/a de la edad de 61 años, las cotizaciones estaban a cargo del empresario/a 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 Tesorería General de la Seguridad Social.

A partir del cumplimiento por parte del trabajador/a de la edad de 61 años, las aportaciones al convenio especial eran obligatorias y a cargo exclusivo del mismo, 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, accediera a la pensión de jubilación anticipada. En los supuestos de fallecimiento del trabajador/a, de reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente o de realización de actividades en virtud de las cuales se efectuaran cotizaciones al sistema de Seguridad Social, se reintegraban al empresario/a las cuotas que, en su caso, se hubieren ingresado por el convenio especial correspondientes al periodo posterior a la fecha en que tuviere lugar el fallecimiento o el reconocimiento de la pensión, así como las coincidentes por la realización de las actividades antes citadas hasta la cuantía de las cuotas correspondientes a estas últimas.

En tercer término, la Disposición Adicional 31.^a LGSS fue parcialmente modificada por el artículo 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. Si durante el periodo de cotización a cargo del empresario/a el trabajador/a realizaba alguna actividad por la que se efectuarán cotizaciones al sistema de la Seguridad Social, las cuotas coincidentes con las correspondientes a la actividad realizada, hasta la cuantía de estas últimas, se aplicaban al pago del convenio especial durante el periodo a cargo del trabajador/a, y sin perjuicio del derecho del empresario/a al reintegro de las cuotas que procedan, si existiera remanente en la fecha en que aquel causara la pensión de jubilación. En caso de fallecimiento del trabajador/a o de reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente durante el periodo de cotización correspondiente al empresario/a, este tenía derecho al reintegro de las cuotas que, en su caso, se hubieran ingresado por el convenio especial correspondientes al periodo

posterior a la fecha en que tuviera lugar el fallecimiento o el reconocimiento de la pensión, previa regularización anual.

En cuarto lugar, el artículo 2 de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social, modifica la referencia del artículo 51.15 ET por el apartado 51.9 ET y nuevamente la Disposición Adicional 31.^a LGSS al sustituir la referencia al expediente de regulación de empleo por la de despido colectivo y la referencia a los trabajadores/as de 65 años por la de edad ordinaria de jubilación prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 161 LGSS. Igualmente, la Disposición Adicional 6.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social varía el contenido de la ya remendada Disposición Adicional 31.^a LGSS al permitir la jubilación anticipada a la edad de 61 años cuando se trate de un despido colectivo por causas económicas o fuerza mayor, y a la edad de 63 años cuando el despido colectivo obedezca a causas organizativas, técnicas o de producción. A partir del cumplimiento por parte del trabajador/a de la edad de 61 o, en su caso, 63 años, las aportaciones al convenio especial serían 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 a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 161 o hasta la fecha en que, en su caso, accediera a la pensión de jubilación anticipada.

Esta reforma en materia de jubilación anticipada, que no entró en vigor, fue modificada por el Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores/as de mayor edad y promover el envejecimiento activo. La norma introdujo un nuevo régimen de jubilación anticipada por el que se establecía una edad inferior como máximo en 4 años a la edad ordinaria de jubilación en supuestos de cese en el trabajo por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador/a y, entre ellos, los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. La regulación en materia de edad de acceso a la jubilación anticipada involuntaria continúa vigente en la actualidad en el artículo 207 LGSS, pues la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones, introdujo modificaciones en los coeficientes reductores y su método de cómputo (Muros Polo 2022:776).

En fin, hoy en día el artículo 51.9 ET contiene la obligación de suscribir el convenio especial en caso de despido colectivo. Por su parte, 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 establece el régimen jurídico de dicho convenio en su Disposición Adicional 13.^a y sustituye la referencia al artículo 161.1.a) LGSS de 1994, por la del vigente 205.1.a) LGSS de 2015 (LGSS).

3. Finalidad del convenio especial con la seguridad social

La figura del convenio especial aparece como situación asimilada al alta en el artículo 166.3 LGSS cuando dispone que, en los casos de excedencia forzosa, traslado por la empresa fuera del territorio nacional, convenio especial con la Administración de la Seguridad Social y los demás que señale el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, podrán ser asimilados a la situación de alta para determinadas contingencias. Ahora bien, no existe un concepto en la LGSS capaz de definir el concepto de situación asimilada al alta en la Seguridad Social. A pesar de ello, la doctrina ha ofrecido una aproximación a su definición entendiéndolo por situación asimilada al alta la del trabajador/a cuando no se encuentra realmente dado de alta de forma efectiva, de manera que el ordenamiento jurídico establece una ficción, en el sentido de considerar al trabajador/a en determinadas circunstancias como si estuviera dado de alta, a efectos de reunir este requisito en la Seguridad Social (Barrios Baudor y Sempere Navarro 1998:89).

El convenio especial, con carácter general, puede definirse como la figura a través de la cual determinados sujetos de forma voluntaria deciden suscribir un acuerdo con la Administración de Seguridad Social para poder continuar cotizando a la Seguridad Social, sin necesidad de realizar una actividad por la cual estén encuadrados en algún Régimen de la Seguridad Social (Panizo Robles 2004:84). La Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social establece como objeto la cotización al Régimen de la misma en cuyo ámbito se suscriba el convenio y la cobertura de las situaciones derivadas de contingencias comunes mediante el otorgamiento de las prestaciones a que se extienda la acción protectora de dicho Régimen de la Seguridad Social por tales contingencias, de las que quedan excluidas, salvo en los supuestos en que disponga lo contrario la norma, las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo y los subsidios correspondientes a las mismas. Asimismo, quedarán excluidas del convenio especial la cotización y la protección por Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional.

El convenio especial es el remedio normal que la ley ofrece para mantener la situación de alta y evitar que las cuotas pagadas con anterioridad no tengan en el futuro efecto alguno, pues el convenio pretende mantener al trabajador/a en alta y evitar que las cotizaciones satisfechas carezcan de todo efecto.

La finalidad principal del convenio especial es la de incluir bajo el paraguas de la Seguridad Social a determinadas actividades asimiladas a las desarrolladas por los trabajadores/as por cuenta ajena o por cuenta propia. Además, sirve para que quienes han desarrollado una actividad profesional y han cesado en ella, o reducido el tiempo dedicado a la misma, puedan mantener intactas sus expectativas de protección, conviniendo con la Seguridad Social, de forma individuali-

zada, la consideración ficticia de sujeto activo con, normalmente, la carga económica de seguir pagando las cotizaciones a su costa, de manera que puedan conservar el derecho a las prestaciones cuando las contingencias se actualicen, como si estuvieran en alta (González Ortega; Barcelón Cobedo y Quintero Lima 2022:108). Al mismo tiempo, consiguen mejorar las expectativas de acceso a las prestaciones (Goerlich Peset y Mercader Uguina 2014:1178), de manera que esto podría evitar conductas fraudulentas, tendentes a simular una relación laboral como pretexto para el ingreso de cotizaciones que sirvan para lucrar o completar el periodo mínimo de carencia exigible para causar derecho a la pensión o a otra prestación de la Seguridad Social (Fernández Orrico 2013:55). Suscribir el convenio especial es una forma de evitarlo, pues está previsto para circunstancias semejantes en las cuales no existe relación laboral y se arbitra la posibilidad de ingresar cotizaciones a la Seguridad Social con el fin de obtener una futura prestación.

Existen diversas teorías en torno a la naturaleza del convenio especial, que van desde su consideración como un contrato de seguro de adhesión, hasta llegar a configurarse con la naturaleza jurídica del contrato de seguro de la cual participa todo convenio y lo aleatorio del riesgo asumido. Ahora bien, a la vista del carácter contractual del convenio al derivar el mismo de su suscripción voluntaria y del carácter público de esta institución de forma que la declaración de voluntad de la administración de la Seguridad Social se determina a través de un acto administrativo reglado, podría encajar como una figura híbrida entre el contrato y el acto administrativo.

Por contra, en el convenio especial para supuestos de despido colectivo que afecten a personas trabajadoras de 55 años o más edad, la suscripción del convenio es obligatoria para la empresa, lo cual acarrea numerosos problemas.

4. Régimen del convenio especial en despidos colectivos que afecten a trabajadores/as de 55 años o más

La nota característica del convenio especial con la Seguridad Social cuando el despido colectivo incluya a trabajadores/as de 55 años o más es el de su carácter obligado, lo cual difiere de la norma general, pues en principio no es exigible la suscripción de un convenio especial. Por otra parte, en la mayoría de los convenios especiales donde destaca la voluntariedad de su suscripción el último responsable del cumplimiento de las obligaciones, entre ellas el abono de las cotizaciones, es la propia persona trabajadora. En cambio, el mencionado convenio especial en los supuestos de despido colectivo se aparta de las notas genéricas al establecer una suscripción obligatoria, donde la responsabilidad en dicha suscripción recae en el empresario/a hasta un segundo momento a partir del cual la

responsabilidad se traslada al trabajador/a. Esta figura encaja con dificultad en el concepto de situación asimilada al alta y podría resultar interesante plantear la reubicación de la misma en otra institución diferente al convenio especial. Otro problema viene dado por la naturaleza híbrida del convenio anteriormente referida, habida cuenta de que la parte convencional aparece matizada, pues la única voluntad que le queda al trabajador/a es aceptar o no la oferta (Rodríguez Hurtado 2002:171).

Los trabajadores/as que suscriban el convenio especial permanecerán en situación asimilada a la de alta, cotizarán junto con el empresario/a de forma sucesiva y podrán acceder a las prestaciones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común o accidente no laboral, jubilación, muerte y supervivencia, servicios sociales y asistencia sanitaria. Quedan excluidas de la acción protectora las prestaciones derivadas de una suspensión del contrato de trabajo o de una contingencia profesional como pueden ser la incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, maternidad, paternidad y por cuidados de menores con cáncer y otras enfermedades graves, la protección por desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional.

Con la obligación de suscribir convenio especial en caso de despido colectivo de trabajadores/as de 55 años o más la norma pretende, por una parte, desincentivar la expulsión de personas mayores del mercado de trabajo a través de prejubilaciones o simplemente despidos colectivos, encareciendo la adopción de dichas medidas; por otra, garantizar una mayor sostenibilidad del sistema de Seguridad Social a través de cotizaciones como si el trabajador/a continuara en activo y favorecer el mantenimiento de los derechos en curso de adquisición en materia de Seguridad Social (Aragón Gómez 2021:810). Efectivamente, un objetivo del convenio especial en supuestos de despido colectivo es mantener la carrera de seguro de los afectados/as, para que no vean recortadas sus prestaciones, en especial la pensión de jubilación.

Como se ha señalado, la suscripción del convenio especial en los despidos colectivos que afectan a personas trabajadoras de 55 o más años es obligatoria para el empresario/a, sin resultar pacífica la respuesta a si se trata de una obligación laboral o de Seguridad Social. Dicha cuestión no resulta indiferente, pues dependiendo de la solución será aplicable un régimen jurídico u otro en cuestiones relativas a la prescripción de la obligación, la tramitación procesal, la titularidad del crédito, etc. La obligación se enmarca en el artículo 51.9 ET, pero también en la Disposición Adicional 13.^a LGSS realizando ambos preceptos remisiones recíprocas; de modo que el artículo 51.9 ET remite a la regulación recogida por la legislación de Seguridad Social, y la Disposición Adicional 13.^a LGSS hace referencia al convenio especial del artículo 51.9 ET.

A mero título de ejemplo, parte de la doctrina judicial señala que la pretensión de la condena de la empresa a la suscripción del convenio especial no

es una pretensión de Seguridad Social, sino que conforma una obligación legal de carácter laboral, de manera que la Tesorería General de la Seguridad Social no se ve afectada directamente por la condena aun cuando sí indirectamente en tanto en cuanto debe calcular las cuotas a pagar y suscribir el convenio, lo cual evidencia un interés y determina su legitimación pasiva⁹. Manteniendo una tesis radicalmente opuesta, algunos tribunales consideran que el convenio especial se configura como una institución de Seguridad Social y en consecuencia, el plazo de prescripción del que dispone el empleado/a para exigir la suscripción del convenio especial y el pago de las cotizaciones por el empresario/a, ante el incumplimiento de este, es el de cinco años en virtud del artículo 53.1 LGSS y no el plazo de prescripción de un año establecido para el cumplimiento de las obligaciones laborales en el artículo 59.1 ET¹⁰. Un sector minoritario en la jurisprudencia apunta que la obligación de suscripción del convenio especial se enmarca en el ámbito de los actos instrumentales, inmatriculación y/o gestión recaudatoria de la Seguridad Social atribuyendo su conocimiento al orden contencioso-administrativo¹¹.

Sentencias más recientes consideran a la Jurisdicción Social competente para conocer de la demanda colectiva instando la condena a suscribirlo cuando se trate de un despido colectivo anterior a la declaración de concurso, siendo irrelevante tanto la notificación a los trabajadores/as que tuviera lugar el mismo día del auto de tal declaración, como que la demanda fuera interpuesta con posterioridad a la resolución dictada a dicho efecto por el Juez de lo Mercantil¹². Asimismo, el incumplimiento de la obligación de suscribir este convenio especial respecto a algún trabajador/a no es causa suficiente para la declaración del procedimiento y del despido como no ajustado a derecho, sin perjuicio de la acción del interesado/a de solicitarlo por vía judicial, o de instar la indemnización por los daños derivados de tal desconocimiento de cuanto impone la ley¹³.

En fin, una posible solución sería diferenciar entre las vicisitudes anteriores a la suscripción del convenio especial, que sería una obligación laboral ligada al artículo 51.9, y las posteriores a la suscripción del convenio, donde operarían las reglas de legislación en materia de Seguridad Social.

4.1. **Ámbito subjetivo**

Mientras en el convenio especial de carácter general, los sujetos intervinientes son el propio trabajador/a o asimilado/a y la Tesorería General de la Seguridad Social (a excepción del convenio especial aplicable a los Diputados y

⁹ STSJ, de 12 de marzo de 2014 (rec. núm. 61/2014).

¹⁰ STSJ, de 3 de junio de 2015 (rec. núm. 667/2015).

¹¹ STSJ, de 17 de julio de 2012 (rec. núm. 1765/2012).

¹² STS, de 26 de octubre de 2016 (rec. núm. 2216/2015).

¹³ SAN, de 13 de abril de 2018 (proc. núm. 6/2018).

Senadores de las Cortes Generales y del Parlamento Europeo o de los miembros de Parlamentos y Gobiernos de las Comunidades Autónomas), el convenio especial en caso de despido colectivo será suscrito por el empresario/a y el trabajador/a, por un lado, y la Tesorería General de la Seguridad Social, por otro. Aun cuando se trata de una relación tripartita, solo se considera la existencia de dos partes intervinientes en el convenio, al dar por supuesto el acuerdo entre empresa y trabajador/a (Trillo García 2016:942). El acuerdo previo refleja la imposición del artículo 51.9 ET de suscribir el convenio especial en los supuestos de despidos colectivos que afecten a trabajadores/as de 55 o más años de edad y que, de atender a la información que proporcionen a la Tesorería General de la Seguridad Social, deberán suscribirlo en las condiciones establecidas tanto en la Disposición Adicional 31.^a LGSS como en el artículo 20.1 de la Orden TAS/2865/2003, y que ha de cumplir la Tesorería cuando se formalice el convenio.

4.2. Requisitos para la suscripción del convenio especial en despidos colectivos con personas maduras afectadas

Tras la sustitución de la exigencia formal de obtener autorización administrativa para proyectar un despido colectivo por la mera comunicación a la autoridad laboral, se modificó la referencia al expediente de regulación de empleo por la de despido colectivo. Así, los destinatarios/as hasta el 11 de febrero de 2012 eran aquellos trabajadores/as que hubiesen visto extinguido su contrato de trabajo a consecuencia de la aprobación de un expediente de regulación de empleo por la autoridad laboral. A partir del 12 de febrero de 2012 iba destinado a quienes quedarán afectados/as por una decisión empresarial relativa a un despido colectivo. A esta primera reforma, la siguieron otras tanto en materia laboral como de Seguridad Social.

Para comenzar, la obligación de suscribir este convenio proviene del ámbito laboral en virtud del artículo 51.9 ET el cual introduce una serie de condiciones, una relativa a la empresa y dos al trabajador/as, a saber: i) empresas no incursas en procedimientos concursales; ii) que afecte a trabajadores/as de 55 o más años y iii) que los trabajadores/as no hubieran tenido la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967.

4.2.1. *Empresas que no estén incursas en un procedimiento concursal*

Si bien la empresa debe estar inmersa en un proceso de despido colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la situación no puede ser de insolvencia al punto de incumplir sus obligaciones con los trabajadores/as, especialmente el abono de las cotizaciones. La justificación de este requisito viene dada por la necesidad de garantizar cierta viabilidad de la empresa, lo cual no queda cubierto si está incursa en un procedimiento concursal.

Ahora bien, resulta esencial identificar la noción procedimiento concursal. Queda comprendida a partir de la declaración de la empresa en concurso de acreedores, por la cual el procedimiento de despido colectivo se regula según lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, en la redacción de las modificaciones recientemente introducidas por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre. El concurso de acreedores trata de salvar o de reorganizar desde el punto de vista crediticio a aquella persona física o jurídica deudora común de varios acreedores que no puede atender regularmente a sus pagos mediante la utilización de instrumentos legalmente previstos que permitan soportar más holgadamente esta situación de insolvencia (Sanz Sáez 2018:219).

Cabe matizar la existencia de diferencias sustanciales con la fase preconcursal, la cual está destinada a obtener un acuerdo extrajudicial de pagos o un acuerdo de refinanciación, sustituidos por los planes de reestructuración conforme a la nueva denominación implementada por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, tendentes a evitar el concurso o asegurar la ordenación de la satisfacción de los créditos ante una futura declaración concursal (Cegarra Cervantes 2021:382). En aplicación del antiguo artículo 71 bis.1 de la Ley Concursal 27/2003 era perfectamente posible realizar el despido colectivo y la suscripción del convenio especial durante el periodo previo establecido para llegar a un acuerdo de refinanciación, debiendo considerar que dicha posibilidad continuará siendo factible en los nuevos planes de reestructuración regulados en los artículos 614 y siguientes de la Ley Concursal de 2020 tras la reforma acaecida en el año 2022, o que tras el despido la empresa se vea inmersa en un concurso, siendo válido el compromiso de suscripción del convenio especial anterior a la declaración del concurso de acreedores¹⁴. Resulta previsible, a la espera de pronunciamiento judicial en este sentido, que continúe siendo de aplicación la interpretación seguida hasta el momento en la materia. Así pues, cuando en el momento en el que nace la obligación de la empresa de suscribir el convenio especial, esta no se halle en concurso de acreedores, y teniendo el trabajador/a una edad superior a 55 años, no existe causa alguna para la denegación de la solicitud de alta en el convenio especial¹⁵. De igual forma, si la empresa obligada al pago de las cuotas correspondientes al convenio especial suscrito fuera declarada en concurso de acreedores, la Tesorería General de la Seguridad Social dictará providencia de apremio a fin de dar cuenta a la administración concursal en la certificación administrativa de la deuda, pues no podrá iniciar ejecuciones singulares pudiendo llegar únicamente hasta la emisión de la providencia.

Distinta cuestión es determinar quién resulta competente para determinar la obligación de suscribir el convenio y del abono empresarial de las cuo-

¹⁴ STSJ, de 3 de junio de 2015 (rec. núm. 667/2015).

¹⁵ STSJ, de 30 de abril de 2013 (rec. núm. 770/2012).

tas, cuando la empresa está incurso en un concurso de acreedores¹⁶. Cuando el concurso sea voluntario la facultad de suscribir el convenio especial corresponde al deudor, pues conserva las facultades de administración y disposición, aun cuando la capacidad la puede ostentar el administrador concursal cuando sea necesario.

4.2.2. *Trabajadores/as de 55 años o más*

Los trabajadores/as incluidos en el despido colectivo deben haber cumplido 55 años, aun cuando puede acordarse la suscripción del convenio especial con abono empresarial de las cotizaciones a favor de personas trabajadoras menores de 55 años. Esta condición responde a la especial dificultad de encontrar un nuevo empleo para estos trabajadores/as y de este modo se les facilita la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada, pese a seguir al amparo de la protección por desempleo, siendo el Servicio Público de Empleo el organismo encargado de abonar la prestación por desempleo o, en su caso, el subsidio hasta que el empleado/a cumpla los 61 o 63 años de edad, momento en el cual se trasladará al ámbito de protección de la jubilación en sus diversas modalidades (Fernández Fernández 2006:1537).

Ha sido objeto de debate si el momento en el que el trabajador/a debe cumplir los 55 años para poder suscribir el convenio es en la fecha de la toma de decisión del despido colectivo o la fecha de efectividad de este. En este sentido, es en la fecha del cese en el trabajo en el que se ha de tener cumplida la edad de 55 años para que surja la obligación de suscripción del convenio especial y del pago de las correspondientes cuotas. En efecto, la fecha a tener en cuenta para poder suscribir el convenio especial es la correspondiente a la extinción de la relación laboral, siendo dicho momento ya preclusivo cuando el trabajador/a tiene que tener cumplidos los 55 años, pues solo a partir de dicha fecha despliega sus efectos la institución del convenio especial prevista en el artículo 51.9 ET; esto es, el trabajador/a deja de estar en alta en la Seguridad Social para pasar a la situación asimilada al alta, situación en la que el convenio especial adquiere su vigencia y comienza la cotización del mismo¹⁷.

4.2.3. *Los trabajadores/as no pueden tener la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967*

En sentido negativo, se exige que el trabajador/a no haya sido mutualista antes del 1 de enero de 1967. Según la Disposición Transitoria 4.^a.1.2.^a 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. En tal caso,

¹⁶ STSJ, de 27 de marzo de 2015 (rec. n.º 37/2014).

¹⁷ STSJ, de 16 de septiembre de 2014 (rec. núm. 550/2014).

la cuantía de la pensión se reducirá en un 8 por ciento 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. Sin embargo, la exclusión del convenio especial de quienes tuvieran la condición de mutualista, así como la restricción de esta posibilidad a la existencia de un despido colectivo, carece de sentido habida cuenta de que, tras las diversas reformas, la jubilación anticipada se prevé por cese en el trabajo con aplicación de coeficientes reductores (Sempere Navarro 2002:17).

Por un lado, no pueden negarse ciertas diferencias en los requisitos exigidos para acceder a la jubilación anticipada a los trabajadores/as que fueron mutualistas antes del 1 de enero de 1967 y los exigidos a quienes acceden a una jubilación por cese en el trabajo en virtud del artículo 207 LGSS, pues la jubilación anticipada de los primeros no requiere de causa específica para el acceso, la edad mínima es de 60 años, no se requiere previa inscripción como demandante de empleo, ni periodo de cotización previa más allá del exigible para acceder a la jubilación en su modalidad ordinaria, salvo para mejorar los coeficientes reductores. Por otro lado, estas diferencias no presentan entidad suficiente capaz de justificar el trato excluyente, al resultar claramente similar el efecto del despido colectivo en un trabajador/a mutualista de 55 años o más y en uno/a que no lo es. En suma, la norma debería modular el convenio a favor de quienes son mutualistas, en lugar de dejarlos fuera de la protección (Fernández Orrico 2013:232-233).

4.3. Forma y plazo de solicitud

Para formalizar el convenio especial en supuestos de despidos colectivos donde se vean afectadas personas de 55 años o más la solicitud se efectuará mediante la presentación del modelo correspondiente (modelo TA-0040-ERE) ante la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma, en función del domicilio de actividad de la empresa responsable del pago, durante la tramitación del procedimiento de despido colectivo y, en todo caso, hasta la fecha en que el empresario notifique individualmente el despido a cada trabajador afectado conforme a lo establecido en el artículo 51.4 ET. En el caso de que el empresario/a no proceda a la solicitud del convenio en los términos señalados, el trabajador/a podrá solicitar el convenio dentro de los seis meses naturales siguientes a la fecha en que el empresario/a notifique individualmente el despido.

La notificación por la Tesorería sobre la procedencia de celebrar el convenio especial solicitado 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 desestimada la petición por silencio administra-

tivo según lo dispuesto en el artículo 129.3 LGSS. Si, por el contrario, la solicitud del convenio fuese estimada expresa o tácitamente, se suscribirá dentro de los tres meses siguientes a fecha de la notificación de su procedencia o estimación, entendiéndose caducado el procedimiento iniciado cuando transcurra dicho plazo sin que tenga lugar la firma por causa imputables a los interesados/as (la caducidad no afectará al plazo de prescripción para exigir la formalización del convenio)¹⁸.

El momento en el cual ha de efectuarse la suscripción ha sido tradicionalmente contemplado con cierta flexibilidad. De esta manera, el artículo 20 de la Orden TAS/2865/2003 establece claramente la obligatoriedad de realizar la solicitud durante la tramitación del despido colectivo, ahora bien las peculiaridades en su tramitación pueden dificultar la tarea de determinar los trabajadores/as afectados por el mismo y su edad, a efectos de la solicitud, por tanto puede realizarse en el momento de la extinción y se debe realizar incluso cuando no se recoja tal obligación en la documentación relativa al despido colectivo proyectado¹⁹. Más aún, algunos órganos juzgadores consideran la posibilidad de suscribir el convenio especial en un plazo de cinco años²⁰. En la misma línea, el convenio puede suscribirse tras el cese en el trabajo cuando la decisión de despido colectivo difiera en el tiempo de la efectividad del cese, o tras la extinción de la prestación por desempleo consecuencia del despido colectivo.

En lo que respecta al plazo de efectos, el artículo 5.2 de la Orden TAS/2865/2003 establece que si la solicitud del convenio especial se hubiere 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 extinción de la obligación de cotizar, el convenio surtirá efectos desde el día siguiente a aquel en que haya producido efectos la baja en el Régimen correspondiente. En cambio, si la solicitud del convenio se hubiere presentado fuera del plazo de los noventa días naturales, el mismo surtirá efectos desde el día de la presentación de la solicitud de convenio especial.

4.4. Responsabilidad del pago y bases de cotización

La obligación de cotizar comenzará el día siguiente a la baja en el Régimen correspondiente, o el día siguiente a la extinción del derecho a la prestación contributiva por desempleo y durará hasta que la persona trabajadora cumpla la edad ordinaria de jubilación referida en el artículo 205.1.a) LGSS. Tendrán derecho a la pensión de jubilación quienes hayan cumplido sesenta y siete años de edad, o sesenta y cinco años cuando se acrediten treinta y ocho años y seis meses

¹⁸ STSJ, de 21 de mayo de 2015 (rec. núm. 900/2015).

¹⁹ STSJ, de 22 de octubre de 2015 (rec. núm. 1162/2015).

²⁰ STSJ, de 3 de junio de 2015 (rec. núm. 667/2015).

de cotización. Si bien, la Disposición Transitoria 7.^a LGSS establece un régimen transitorio desde 2013 a 2027 con diferentes periodos de cotización y edad exigida.

A diferencia de otros convenios especiales, donde la responsabilidad del ingreso de las cotizaciones corresponde a una sola persona, ya sea trabajador/a, empresa o incluso Administración General del Estado, la responsabilidad del convenio especial en supuestos de despido colectivo recae en la empresa y en el trabajador/a, de forma sucesiva. Las cotizaciones correspondientes al convenio serán a cargo del empresario/a hasta la fecha en que el trabajador/a cumpla los sesenta y tres años, salvo en los casos de expedientes de despido colectivo por causas económicas, en los que dicha obligación se extenderá hasta el cumplimiento, por parte del trabajador/a, de los sesenta y un años.

Cuando en el despido colectivo concurren causas económicas con causas técnicas, organizativas o de producción, la causa económica tiene vis atractiva a efectos de determinar en 61 años el momento en el que cesa la obligación de cotizar de la empresa. Dichas cotizaciones se ingresarán 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 Tesorería (Fernández Domínguez 2018:221). De esta manera, el elemento clave para la distribución es la causa del despido colectivo.

De optarse por el pago fraccionado, que no aplazado, el ingreso de la primera anualidad se deberá realizar en el plazo de treinta días naturales a partir de la notificación de la cantidad a ingresar, presentando en el mismo plazo, para responder de las cotizaciones pendientes, bien aval solidario suficiente a juicio de la Tesorería General de la Seguridad Social o bien sustituyendo, con el consentimiento de dicho servicio común, la responsabilidad del empresario/a por la de una entidad financiera inscrita o una entidad aseguradora debidamente autorizada, en los mismos términos que establece el apartado siguiente para el aval. El aval habrá de tener validez desde la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese 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.

Dicho aval 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. Para que puedan ser aceptados estos avales será necesario: que las firmas de los otorgantes del aval estén legitimadas o el documento intervenido por Notario/a colegiado; que conste en el aval su número de inscripción en el Registro Especial de Avales y que se acompañe copia,

previamente cotejada con el original, de los poderes de las personas firmantes del aval. Asimismo, podrá ser presentado por una entidad aseguradora debidamente autorizada por el Ministerio de Economía y Empresa cuando las firmas de los otorgantes del aval estén legitimadas o intervenido el documento por Notario/a; conste el número de inscripción en el Registro Especial de Avaluos y el número de póliza a la que corresponde y se acompañe copia de las condiciones generales y particulares de la póliza suscrita por el avalado/a con la compañía avalista. En tercer y último lugar podrá presentar aval 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, y demás normas complementarias, acompañando certificado expedido por el secretario/a del consejo de administración, con el visto bueno de su presidente/a, en el que se acredite la cantidad avalada y que la sociedad reúne todos los requisitos exigidos por la referida ley, debiendo tener dicha certificación legitimadas las firmas por Notario/a.

La falta de ingreso de las cotizaciones por este convenio especial a cargo del empresario/a, en las formas, condiciones y plazo, determinará su reclamación en los términos establecidos en el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

Si durante el periodo de cotización a cargo del empresario/a el trabajador/a realizase 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/a, en los términos que reglamentariamente se determinen y sin perjuicio del derecho del empresario/a al reintegro de las cuotas que procedan, de existir remanente en la fecha en que aquel cause la pensión de jubilación. En síntesis, a fin de fomentar el empleo, está permitida la realización de actividades que no impliquen cotización, como son los trabajos por cuenta ajena o propia de carácter marginal dada su naturaleza esporádica, su ínfima remuneración u otras circunstancias concurrentes y, según apuntan algunos autores (Trillo García 2016:970), también la realización de actividades profesionales colegiadas cuando se opte por la inclusión en una Mutualidad de Previsión Social.

Asimismo, cuando el trabajador/a cumpla 61 años en casos de despido colectivo por causas económicas o 63 años en despidos colectivos por causas técnicas, organizativas o de producción, la Tesorería General de la Seguridad Social determinará si el importe de la cotización ingresada por el empresario/a coincide con la efectuada por la realización de actividades del trabajador/a, tras el acuerdo de empresario/a y trabajador/a de aplicarlo al pago del convenio especial. Sin embargo, en tanto no se haya aplicado la totalidad de la cotización realizada por el empresario/a, la realización de las actividades por parte del trabajador/a no su-

pone la extinción del convenio especial, el cual quedará en suspenso si las bases de cotización correspondientes a las actividades son iguales o superiores a las del convenio. En cualquier caso, si en la fecha de efectos de la pensión de jubilación y, en último extremo, en la fecha en que cumpla 65 años no se hubiera aplicado al pago de las cotizaciones del trabajador/a en el convenio la totalidad de la cotización a cargo del empresario/a que haya sido retenida, la Tesorería devolverá el importe sobrante al empresario/a.

A partir del cumplimiento por parte del trabajador/a de la edad de sesenta y tres o, en su caso, sesenta y un años, las aportaciones al convenio especial serán 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 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. El plazo de ingreso de las aportaciones a cargo del trabajador/a es el del mes natural siguiente al devengo de las mismas, de modo que ingresará las cotizaciones con la misma dinámica de las cotizaciones ordinarias (Aragón Gómez 2021:821).

Surge la pregunta de si la Tesorería General de la Seguridad Social debe proceder a recaudar las cuotas coactivamente cuando el trabajador/a se encuentre en situación de insolvencia. El artículo 51.9 ET concibe la suscripción del convenio como un derecho para el trabajador/a y no como una carga; pero, la Disposición Adicional 13.^a LGSS establece que las cuotas son obligatorias. La solución pasa por aplicar el artículo 10.2.c) de la Orden TAN/2865/2003, esto es, considerar extinguido el convenio especial por falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades consecutivas o a cinco alternativas, quedado a salvo la posibilidad de volver a suscribir el convenio cuando se encuentre al corriente en el pago de las cuotas adeudadas en el convenio anterior.

Otra opción, es la prevista en el artículo 8 de la Orden TAN/2865/2003 por la que podrán actuar como sustitutos de los trabajadores/as o asimilados/as que suscriban el convenio especial o, en su caso, de los empresarios/as obligados al pago de la aportación correspondiente las personas físicas o jurídicas que asuman voluntariamente esta obligación con autorización expresa de dichos trabajadores/as, empresarios/as o asimilados/as (Aragón Gómez 2021:821). En tales casos y a los solos efectos de facilitar la liquidación y cumplimiento de la obligación de cotizar en virtud del convenio especial, la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma correspondiente dará traslado de una copia de dicho convenio especial a la persona física o jurídica que sustituya al trabajador/a en el cumplimiento de la obligación de ingresar las cuotas respectivas. La sustitución en la persona del deudor/a hecha sin consentimiento expreso de la Tesorería no liberará al suscriptor/a del convenio, sin perjuicio de que, si el sustituto realizare el pago, este se considere efectuado por tercero.

4.4.1. *Bases de cotización*

Las cotizaciones se determinarán aplicando al promedio de las bases de cotización del trabajador/a, en los últimos seis meses de ocupación cotizada, el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial. De la cantidad resultante se deducirá la cotización, a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal, correspondiente al periodo en el que el trabajador/a 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 tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio. Según dispone el artículo 6.2 de la Orden TAS/2865/2003 la base de cotización por convenio especial tendrá carácter mensual. En los supuestos en que fuese necesario tomar bases diarias, la base anterior se dividirá por treinta en todos los casos. Lo anterior implica el carácter provisional del cálculo de la base.

En este sentido, cabe recordar que el convenio debe ser solicitado durante la tramitación del despido colectivo, el cual se materializa en un solo pago y dada la dinámica de la obligación de cotizar la Tesorería General de la Seguridad Social no puede conocer exactamente el montante de las bases de cotización de los últimos seis meses. Así pues, procederá a realizar un cálculo provisional y cuando conozca las bases reales de cotización, procederá a modificar la cuantía y a reajustar los avales en el supuesto de fraccionamiento en el pago de las cotizaciones. Ahora bien, habida cuenta que para determinar la base de cotización deben tomarse en cuenta las bases de ocupación cotizada de los últimos meses, si durante dicho periodo se contemplan periodos de huelga, dichos periodos se han de descontar en el cálculo de la base de cotización (Trillo García 2016:953).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 147 LGSS y el artículo 23 del Reglamento General de Cotización, aprobado por Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, la base de cotización para todas las contingencias y situaciones amparadas por la acción protectora del Régimen General 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/a o asimilado/a, o la que efectivamente perciba de ser esta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena y las percepciones de vencimiento superior al mensual se prorratearán a lo largo de los doce meses del año.

Asimismo, se considerará remuneración la totalidad de las percepciones recibidas por los trabajadores/as, en dinero o en especie y ya retribuyan el trabajo efectivo o los periodos de descanso computables como de trabajo, así como los importes que excedan de los límites determinados para los conceptos excluidos de cotización. 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.

A estos efectos, las percepciones correspondientes a vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral serán objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de la extinción del contrato. La liquidación y cotización complementaria comprenderán los días de duración de las vacaciones, aun cuando alcancen también el siguiente mes natural o se inicie una nueva relación laboral durante los mismos, sin prorrateo alguno y con aplicación, en su caso, del tope máximo de cotización correspondiente al mes o meses que resulten afectados/as. No obstante, lo establecido anteriormente, serán aplicables las normas generales de cotización en los términos que reglamentariamente se determinen cuando, mediante ley o en ejecución de la misma, se establezca que la remuneración del trabajador/a debe incluir, conjuntamente con el salario, la parte proporcional correspondiente a las vacaciones devengadas.

Procede matizar que en este convenio donde la base de cotización es la base promediada de los últimos seis meses, no resulta de aplicación el límite mínimo de artículo 6.2.1.c) de la Orden TAS/2865/2003, que establece una base mínima de cotización, en la fecha de efectos del convenio especial, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, pues en ningún caso, al importe de la base de cotización será inferior a la base mínima que en cada momento esté establecida en el Régimen de la Seguridad Social de procedencia del suscriptor/a y de la categoría profesional en que estuviera inscrito.

La cotización efectuada por la empresa no tiene incidencia en la liquidación sobre el impuesto sobre la renta de las personas físicas de los trabajadores/as ni como ingreso ni como gasto deducible en la determinación del rendimiento neto del trabajo. La cotización de la empresa en sustitución del trabajador/a por el periodo que le corresponde a este a partir de los 61 o 63 años constituye una retribución en especie del trabajo. Pero si la empresa entrega la trabajador/a importes en metálico para que haga frente a las cuotas de la Seguridad Social, dichos importes tendrán la consideración de renta dineraria (Trillo García 2016:978). Las cotizaciones al convenio especial están incluidas como gastos deducibles del rendimiento neto del trabajo.

4.4.2. *Mejora de las bases de cotización*

De continuar el análisis del artículo 6 de la Orden TAS/2865/2003 se observa que los trabajadores/as y/o los empresarios/as pueden incrementar las bases de cotización a través de una cláusula adicional en el convenio donde se determine el responsable del pago del incremento de las cuotas, sin necesidad de presentar aval ni de sustituir por un tercero al responsable del pago. En suma, en el momento de suscribir el convenio especial el interesado podrá elegir cualquiera de las siguientes bases mensuales de cotización: i) La base máxima de cotización

por contingencias comunes del grupo de cotización correspondiente a la categoría profesional del interesado/a o en el régimen en que estuviera encuadrado, en la fecha de baja en el trabajo determinante de la suscripción del convenio especial, siempre que haya cotizado por ella al menos durante veinticuatro meses, consecutivos o no, en los últimos cinco años; ii) La base de cotización que sea el resultado de dividir por 12 la suma de las bases por contingencias comunes por las que se hayan efectuado cotizaciones, respecto del trabajador/a 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; iii) De tener 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; iii) La base mínima de cotización vigente, en la fecha de efectos del convenio especial, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores/as por Cuenta Propia o Autónomos; y, iv) una base de cotización que esté comprendida entre las bases determinadas conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores.

A opción del interesado/a que las hubiese elegido, las bases de cotización a que se refieren los apartados i) y ii) anteriores podrán incrementarse en cada ejercicio posterior a la baja en el trabajo o al cese en la actividad en el mismo porcentaje en que se aumente la base máxima del grupo de cotización correspondiente a su categoría profesional o la del régimen en el que hubiera estado encuadrado.

Además, cada vez que, durante el período de vigencia del convenio especial, la base mínima de cotización en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores/as por Cuenta Propia o Autónomos sea modificada la base de cotización correspondiente al convenio será incrementada, como mínimo, en el mismo porcentaje que haya experimentado aquella base mínima o, en su caso, en el porcentaje superior que tenga derecho a elegir el interesado/a, hasta que la cuantía de la base resultante sea como máximo la base de cotización prevista por contingencias comunes correspondientes a la categoría del afectado/a.

En lo que respecta a las personas que suscriban el convenio especial y hayan optado por la base de cotización a que se refieren los apartados i), ii) y iv) anteriores podrán solicitar que, mientras mantengan su situación de alta o asimilada a la de alta por la suscripción del convenio, su base de cotización se incremente automáticamente en el mismo porcentaje en que se aumente en lo sucesivo la base máxima de cotización del Régimen de la Seguridad Social de que se trate.

Asimismo, en ningún caso la base de cotización resultante podrá ser superior al tope máximo de cotización vigente. En los casos de suspensión del convenio especial, cuando el trabajador/a o asimilado/a, por los periodos de actividad, fuere objeto de inclusión en el mismo o en otro Régimen de la Seguridad Social

y coincidieren 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, en su caso, rectificarse la base de cotización del convenio especial en la cantidad necesaria para que no se produzca la superación del indicado tope máximo.

En fin, en aquellos Regímenes en que han de tenerse en cuenta, a efectos de cotización, distintas categorías profesionales, las bases mínima o máxima se entenderán referidas a las correspondientes al grupo de cotización en que se encuentre comprendida la categoría que tenía el trabajador/a antes de la baja, siempre que sean superiores a la base mínima de cotización vigente en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores/as por Cuenta Propia o Autónomos.

Por su importancia práctica en la materia, procede examinar el régimen de suspensión y extinción de la cláusula de incremento voluntario de la base de cotización de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Orden TAS/2865/2003. En cuanto a la suspensión hace, el incremento de la base de cotización voluntariamente establecido en el convenio especial con la Seguridad Social en supuestos de despido colectivo quedará suspendido, respecto de la obligación de cotizar y la protección correspondiente, durante los periodos de actividad del trabajador/a o asimilado/a que lo hubiera suscrito cuando los mismos, 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 que la base de cotización a este sea inferior a la base de cotización aplicada en el convenio especial, salvo que el suscriptor/a del convenio especial manifieste expresamente su voluntad de que el convenio se extinga o que el mismo siga vigente en cuanto al incremento (Trillo García 2016:956).

A tales efectos, la realización de las actividades que den lugar a dicha suspensión habrá de ser comunicada, por el suscriptor/a del convenio o por su representante, a la respectiva Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma correspondiente, dentro de los diez días naturales siguientes a la citada reanudación de actividades, produciendo efectos la suspensión del convenio especial desde el día anterior al de la incorporación al trabajo. Si se notificare después de dicho plazo, la suspensión únicamente surtirá efectos desde la fecha de comunicación.

Finalizada la causa determinante de la suspensión del convenio especial, podrá reanudarse la efectividad del convenio que se tenía suscrito desde el día siguiente a aquel en que finalizó la causa de la suspensión, si el interesado/a efectúa comunicación al respecto a la correspondiente Dirección Provincial de la Tesorería o Administración de la misma dentro del mes natural siguiente a aquel en que se produjo el cese en el trabajo determinante de la suspensión. Si se comunicara después de dicho plazo, la reanudación de la efectividad del con-

venio se producirá desde el día de la presentación de la comunicación, salvo que hubiere efectuado con anterioridad cotizaciones por el convenio, en cuyo caso la reanudación se producirá desde la fecha de efectos del primer pago, en plazo reglamentario, posterior a la fecha en que se haya producido el cese en el trabajo determinante de la suspensión.

Por otra parte, el incremento de la base de cotización se extinguirá: i) por quedar el interesado/a comprendido, por la realización de actividad, en el campo de aplicación del mismo Régimen de Seguridad Social en el que se suscribiera el convenio o en otro Régimen de los que integran el Sistema de la Seguridad Social, siempre que el trabajador/a o asimilado/a que lo suscribiere 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 que corresponda sea igual o superior a la base de cotización del convenio especial; ii) por adquirir el interesado/a la condición de pensionista por jubilación o de incapacidad permanente en cualquiera de los Regímenes del Sistema de Seguridad Social; iii) 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 cuyo caso el interesado/a no podrá suscribir nuevo convenio especial hasta que se encuentre al corriente en el pago de las cuotas adeudadas por convenio anterior, en cuyo caso el nuevo convenio únicamente surtirá efectos desde el día de la nueva solicitud; iv) por fallecimiento del interesado/a; v) por decisión del interesado/a, comunicada por escrito o por medios técnicos a la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración correspondiente de la misma. En este caso, la extinción del convenio especial tendrá lugar a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de la comunicación.

No obstante, no se producirá la extinción del convenio especial por la primera causa, salvo que el interesado/a manifieste expresamente lo contrario, en los casos de pluriempleo o pluriactividad. Tampoco se extinguirá el convenio especial por desplazamiento del suscriptor/a al extranjero, aunque este desplazamiento supere el plazo de 90 días o, en su caso, la prórroga que pueda concederse, tanto si el trabajador/a o asimilado/a queda incluido como si queda excluido del campo de aplicación de la Seguridad Social en el país al que se desplace el suscriptor/a del convenio.

4.4.3. *Tipos de cotización*

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. Para determinar la cuota a ingresar por convenio especial se calculará la cuota íntegra aplicando a la base de cotización que corresponda el tipo único de cotización vigente en el Régimen General. El resultado

obtenido se multiplicará por el coeficiente o coeficientes reductores aplicables y el producto que resulte constituirá la cuota líquida a ingresar. A estos efectos, los coeficientes a aplicar para la cotización en la situación de convenio especial serán los fijados anualmente por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Cuando los efectos iniciales o finales del convenio especial no sean coincidentes 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 el convenio.

Según el artículo 4 de la Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, 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 2022, a partir del 1 de enero de 2022, los tipos de cotización al Régimen General son para las contingencias comunes, el 28,30 por ciento, del que el 23,60 por ciento será a cargo de la empresa y el 4,70 por ciento, a cargo del trabajador.

4.4.4. *Deducción de las cotizaciones por desempleo*

Cuando se produzca el cese en el trabajo, la empresa suscribirá obligatoriamente el convenio especial para quienes en el momento en que produzca efectos el despido colectivo no tengan derecho a la prestación contributiva por desempleo. Si al iniciarse el procedimiento de despido colectivo el afectado/a tuviera derecho a la prestación por desempleo no será necesario aplicar el convenio especial, pues el SEPE será el organismo encargado de abonar las cotizaciones simultáneamente descontándolas de la prestación. Durante el periodo de percepción de la prestación por desempleo, la entidad gestora ingresará las cotizaciones a la Seguridad Social, asumiendo la aportación empresarial y descontando de la cuantía de la prestación, la aportación correspondiente al trabajador/a. Durante la situación legal de desempleo, la base de cotización a la Seguridad Social de aquellos trabajadores/as por los que existe obligación de cotizar, será equivalente al promedio de las bases de cotización de los últimos seis meses de ocupación cotizada por contingencias comunes o, por contingencias de accidente de trabajo o enfermedad profesional, anteriores a la situación legal de desempleo.

Las cotizaciones referidas al periodo en el que se está obligado a cotizar, de la cantidad resultante se deducirá la cotización a cargo del SEPE, correspondiente al periodo en el que el trabajador/a pueda tener derecho a la percepción del subsidio de desempleo y corresponda cotizar por la contingencia de jubilación. A fin de cuentas, la entidad gestora cotizará por la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio por desempleo para trabajadores mayores de cincuenta y dos años, tomándose como base de cotización el 125 por ciento del tope mínimo de cotización vigente en cada momento *ex* 280 LGSS.

Durante la percepción de la prestación por desempleo, la obligación de cotizar al convenio queda neutralizada totalmente, siendo la entidad gestora de la prestación por desempleo la encargada de cotizar, reactivándose el convenio especial cuando cesa el percibo de la prestación. Sin embargo, habida cuenta de que la cotización durante la percepción del subsidio para mayores de 55 años es muy reducida, la percepción solo neutraliza parcialmente la obligación de cotizar del convenio, el cual se activa por la diferencia entre la cotización establecida para el convenio y la cotización prevista por el artículo 280 LGSS, siendo el momento en el que empieza a producir efectos el convenio especial el del cese de la cotización por desempleo (Fernández Orrico 2013:236-237). En cambio, si una vez producida la extinción de la prestación por desempleo, el trabajador/a no tuviera derecho al subsidio para mayores de 55 años, el convenio queda activado por la totalidad de la cotización establecida en ese preciso momento.

4.5. Incumplimiento y extinción

Con respecto a las consecuencias del incumplimiento las obligaciones de suscripción o abono de del convenio especial existen dos posturas doctrinales. Por un lado, las aportaciones de empresario/a y trabajador/a son cotizaciones, si bien su gestión y recaudación presentan peculiaridades, por lo que las deudas tendrían la consideración de recurso de la Seguridad Social objeto del procedimiento de recaudación ejecutiva de tipo administrativo, de forma que la Tesorería General de la Seguridad Social puede proceder contra el patrimonio del deudor a fin de solventar el crédito.

Por otro lado, la mayor parte de la doctrina entiende que se trata de una obligación legal de tipo laboral, derivada del ejercicio de la potestad empresarial de efectuar un despido colectivo. Así, el impago de las aportaciones constituye un incumplimiento laboral cuya exigencia procede en la Jurisdicción Social. Aun cuando la Tesorería General de la Seguridad Social no puede sustituir la voluntad empresarial, ni arbitrar un procedimiento coactivo en tal sentido, no obstante, y previa acreditación de que el trabajador/a reúne los requisitos del artículo 51.9 ET, puede solicitar el convenio especial para supuestos de despido colectivo, pues se actuará dirigiéndose a la empresa incumplidora recordándole su obligación legal, otorgándole un plazo prudencial para su cumplimiento (Sanz Sáez 2018:223). Además, comunicará al afectado las actuaciones realizadas, a salvo de las acciones legales que este último considere oportunas en defensa de sus intereses. Si la empresa resultará condenada a suscribir el convenio tras la oportuna interposición de demanda ante el Juzgado de lo Social, la suscripción deberá atenerse a los términos de la ejecución, aun cuando resulta una práctica frecuente por parte de la Tesorería preparar el documento del convenio especial, citando a la empresa, de un lado, y al trabajador/a, de otro, para proceder a la firma en cumplimiento del fallo de la sentencia.

Ahora bien, es posible distinguir entre el supuesto en el que la empresa no formaliza el convenio y no paga las cuotas y el supuesto en el que formalizado el convenio especial no se abonan total o parcialmente las cuotas. En el primer caso, el trabajador/a requerirá judicialmente la obligación de suscribir el convenio y abona las aportaciones, siendo competentes los órganos jurisdiccionales para proceder a la ejecución del crédito laboral²¹. En el segundo caso, se trataría de un crédito público en virtud del acto de suscripción, con carácter de ingreso del sistema y susceptible de reclamación por la Tesorería General de la Seguridad Social e incluso de su recaudación por la vía de apremio²².

El incumplimiento en la suscripción del convenio está tipificado como una infracción muy grave *ex* artículo 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 Social, sancionada con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.000 euros y en su grado máximo de 100.006 a 187.515 euros. Por su parte, el incumplimiento de abonar parcial o totalmente las cotizaciones es una infracción del artículo 23.1.b) LISOS, sancionada con una multa en su grado mínimo del 50 al 65% del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos recaudatorios no ingresados, incluyendo recargos, intereses y costas; en su grado medio, con multa de 65,01% al 80% y en el grado máximo, con multa de 80,01% al 100%.

Sin embargo, es difícil el encaje de esta segunda conducta en dicho precepto, el cual queda circunscrito al incumplimiento de obligaciones de cotización ligadas al cumplimiento de las obligaciones de liquidación del artículo 29 LGSS; si bien resulta adecuada la separación de las conductas, pues será relevante para determinar la titularidad de la acción, la titularidad de las facultades declarativas y ejecutivas, la titularidad del crédito e incluso la naturaleza del crédito.

Procede aclarar que parte de la doctrina entiende que el incumplimiento de la obligación del empresario/a de abonar las cotizaciones no determina la responsabilidad empresarial y el principio de automaticidad que obliga a las entidades gestoras a adelantar el pago de la prestación, pues la obligación del abono surge de una norma laboral (Trillo García 2016:974-975). Como lógica consecuencia de lo expuesto, no se aplica el principio de automaticidad de las prestaciones, aun cuando el trabajador/a pueda exigir indemnización al empresario/a que haya incumplido. En cambio, la doctrina judicial opta por reconocer la automaticidad de las prestaciones (Muros Polo 2022:780).

En cuanto a la extinción hace, el convenio especial se extinguirá o bien por fallecimiento del trabajador/a o bien cuando el interesado/a adquiera la condi-

²¹ STSJ, de 19 de mayo de 2015 (rec. núm. 7643/2014).

²² STSJ, de 4 de junio de 2015 (rec. núm. 18118/2015).

ción de pensionista por jubilación o de incapacidad permanente en cualquiera de los Regímenes del Sistema de la Seguridad Social. Cuando se produzca el fallecimiento o la incapacidad permanente durante el periodo de cotización correspondiente al empresario/a, este tendrá derecho al reintegro de las cuotas que, en su caso, se hubieran ingresado por el convenio especial correspondientes al periodo posterior a la fecha en que tuviera lugar el fallecimiento o el reconocimiento de la pensión (Fernández Domínguez 2018:221).

En principio, la Tesorería General de la Seguridad Social realiza una liquidación provisional, pero una vez conocidas las bases reales se efectuará una liquidación definitiva que culminará con el pago de la última fracción y sobre la base de esta liquidación se devolverán las cuotas por el periodo transcurrido desde el día del fallecimiento o el de efectos de la incapacidad permanente y la fecha en que naturalmente se extinguiría la obligación del empresario/a de abonar las cuotas. La fecha del fallecimiento no plantea problemas, sí lo hace, la fecha de incapacidad permanente debiendo situarla en el momento en que las lesiones se determinan como definitivas.

Los reintegros devengarán el interés legal del dinero vigente en la fecha en que se produzca su hecho causante, calculado desde el momento en que tenga lugar hasta la propuesta de pago. Para su abono, la Tesorería General de la Seguridad Social 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 convenios en que el sujeto responsable es el trabajador/a, el convenio especial se podrá extinguir por cualquiera de las causas previstas en el artículo 10.2 de la citada Orden TAS/2865/2003.

5. Conclusiones

La regulación del convenio especial en supuestos de despido colectivo que incluyan a trabajadores/as de 55 años o más dista de estar acomodada a la situación derivada de las sucesivas crisis económicas y sanitaria de los últimos años que han aumentado exponencialmente el número de despidos colectivos proyectados por las empresas. No se ajusta ni a la regulación procedimental de dichos despidos, ni a las reformas acaecidas en el sistema de la Seguridad Social, especialmente las referidas a la edad de jubilación y el acceso a la jubilación anticipada. De este modo, procede adecuar la distribución de la obligación a la edad de acceso de este a la jubilación anticipada y especificar las consecuencias del incumplimiento.

En referencia a este último problema, cabe poner de relieve el elevado nivel de incumplimiento empresarial en esta materia. Además, es necesario tomar en

consideración que no es hasta 2013 cuando entra en vigor la tipificación como infracción muy grave del incumplimiento en la suscripción de este convenio *ex* artículo 23.1.i) LISOS. Ahora bien, dicha responsabilidad en caso de incumplimiento no ha logrado el carácter disuasorio pretendido, ni ha constituido una vía de reparación para los afectados/as. En 2019 se consigue reforzar las facultades de la Tesorería General de la Seguridad Social para formalizar el convenio ante la negativa de la empresa, previa solicitud del trabajador/a y para despidos colectivos iniciados a partir del 9 de abril de 2019.

En cualquier caso, parece evidente la necesidad de distinguir dos momentos. El primero, en caso de no haber suscripción del convenio especial, en el que la titularidad del crédito laboral reside en el trabajador/a y este deberá reclamar ante la Jurisdicción Social. El plazo de prescripción será de un año desde el cese del contrato. En el segundo, si el convenio especial ha sido suscrito, pero no abonar las cotizaciones parcial o totalmente, el crédito tendrá naturaleza será público, siendo susceptible de reclamación de deuda por la Tesorería General de la Seguridad Social e incluso de recaudación por la vía de apremio.

La figura del convenio especial en el supuesto de despido colectivo se aparta de los elementos comunes de los convenios especiales, pues existe una íntima conexión del ámbito laboral y de Seguridad Social. En opinión de quien suscribe, resulta necesario reflexionar acerca de la propia naturaleza jurídica del convenio especial, para establecer su carácter voluntario para el trabajador/a con la obligación empresarial de abonar las cotizaciones como sustituto legal en el pago de las cotizaciones. En fin, cabe plantear la posibilidad de desgajar esta modalidad del convenio especial para convertirla en una figura jurídica de Seguridad Social con regulación propia, pues la institución actual no se corresponde realmente con la concepción tradicional del convenio especial de la Seguridad Social.

6. Bibliografía

- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, «El convenio especial con la seguridad social en los despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros», en MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Reestructuraciones empresariales*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, 807-826.
- BARRIOS BAUDOR, Guillermo Leandro y SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, *La situación de alta o asimilada y el acceso a las prestaciones de Seguridad Social*. Pamplona: Aranzadi Social, 1998, 87-94.
- CEGARRA CERVANTES, Felipe José, «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 MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Reestructuraciones empresariales*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2021, 377-392.

- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, «Despido colectivo», en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José (Dir.), *Tratado del despido*, Madrid: Wolters Kluger, 2018, 157-252.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto, «El renacer legislativo de las cláusulas de jubilación forzosa previstas en convenio colectivo (A propósito de la Ley 14/2005, de 1 de julio)», *La Ley*, 2, 2006, 1534-1542.
- FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier, *El Convenio Especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*. Valladolid: Thomson Reuters, 2013, 464.
- GOERLICH PESET, José María y MERCADER UGUINA, Jesús Ramón, *Prácticum Social*. Valladolid: Thomson Reuters, 2014, 2048.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago; BARCELÓN COBEDO, Susana y QUINTERO LIMA, María Gema, *Introducción al derecho de la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2022, 438.
- LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, «Las prejubilaciones», en MILLÁN GARCÍA, Antonio (Coord.), *El sistema de pensiones en España*. Madrid: INSS, 2003, 137-161.
- MUROS POLO, Alejandro, «Configuración general del convenio especial con la Seguridad Social en caso de despidos colectivos que incluyan a trabajadores de 55 años o más: sus aspectos más problemáticos» en EDICIONES LABORUM (ed.), *La encrucijada de las pensiones del sistema español de Seguridad Social*, Murcia: Laborum, 2022, 763-785.
- 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 e Inmigración*, 2004, 83-126.
- PÉREZ DEL PRADO, Daniel, «El debate actual sobre el futuro de las pensiones: algunos datos para el análisis», *Información Laboral*, 9, 2018, 233-246.
- RODRÍGUEZ HURTADO, Juan Luis, *La voluntariedad en el Sistema de Protección Social. Aseguramiento voluntario público y previsión complementaria*, Tesis Doctoral dirigida por SASTRE IBARRECHE, Rafael Ramón, 2002, 395.
- SANZ SÁEZ, Concepción, «¿Cabe suscribir un Convenio Especial con la Seguridad Social cuando la empresa que tramita un expediente de regulación de empleo está incurso en procedimiento concursal?», *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 16, 2018, 211-229.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, «Una primera reflexión sobre la jubilación flexible», *Aranzadi Social*, 12, 2002, 159-168.
- 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, 967-1014.