

I. DISPOSICIÓN XERAIS

MINISTERIO DE TRABAJO, MIGRACIONES E SEGURIDADE SOCIAL

5143 Orde TMS/397/2019, do 4 de abril, pola que se modifica a Orde TAS/2865/2003, do 13 de outubro, pola que se regula o convenio especial no sistema da Seguridade Social.

A Orde TAS/2865/2003, do 13 de outubro, pola que se regula o convenio especial no sistema da Seguridade Social, dedica o seu artigo 20 á figura do convenio especial de empresarios e traballadores suxeitos a procedementos de despedimento colectivo que inclúan traballadores con 55 ou máis anos de idade, en desenvolvemento e aplicación do réxime xurídico do dito convenio establecido na disposición adicional décimo terceira do texto refundido da Lei xeral da seguridade social, aprobado polo Real decreto legislativo 8/2015, do 30 de outubro.

O desenvolvemento regulamentario do citado artigo 20 non se encontra adaptado, porén, á regulación legal actual do despedimento colectivo contida no artigo 51 do texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, aprobado polo Real decreto legislativo 2/2015, do 23 de outubro, nin, sobre todo, á do dito convenio especial tras as modificacións introducidas no seu réxime xurídico pola Lei 27/2011, do 1 de agosto, sobre actualización, adecuación e modernización do sistema da Seguridade Social, que tiveron por obxecto a súa adaptación ás novas idades de xubilación recollidas nesa lei.

Para tal efecto, mediante esta orde actualízase esa regulación regulamentaria en canto ás referencias ao número 9 do artigo 51 do texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, onde se encontra actualmente previsto este tipo de convenio, así como ás da idade do traballador que determinan o momento a partir do cal as achegas ao convenio especial serán a cargo del.

Ademais, a posta en práctica desta modalidade de convenio especial desde o seu establecemento puxo de manifesto a existencia dalgúns aspectos problemáticos no seu funcionamento que motivan a necesidade de introducir as seguintes melloras na súa configuración xurídica.

Por un lado, en virtude das actuacións levadas a cabo pola Inspección de Traballo e Seguridade Social, evidenciáronse reiterados incumprimentos por parte dos empresarios da súa obrigaçión de subscribir este tipo de convenio especial previsto no referido artigo 51.9 do texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, o que produce un claro prexuízo para os traballadores afectados. Por isto, para garantir o cumprimento da dita obrigaçión legal, modifícase o citado artigo 20 da Orde TAS/2865/2003, do 13 de outubro, e mantense a obrigaçión de solicitar a subscriçión do convenio especial por parte do empresario durante a tramitación do procedemento de despedimento colectivo, caso en que se subscribiría entre o empresario e o traballador, por un lado, e a Tesouraría Xeral da Seguridade Social, por outro, como até o momento, ben que, con carácter subsidiario para o suposto en que o empresario non solicite o convenio especial, se vai facultar o traballador para formular a dita solicitude no prazo de seis meses, contados desde a data en que o empresario lle notifique individualmente o seu despedimento; neste suposto, o convenio especial subscribiríase unicamente entre o traballador e a Tesouraría Xeral da Seguridade Social.

Ademais, neste último suposto, con carácter previo á sinatura do convenio, a Tesouraría Xeral da Seguridade Social concederá trámite de audiencia ao empresario para que, no prazo de dez días, realice as alegacións que considere pertinentes, poida adherirse ao convenio ou propor modificacións a este, a cuxo termo quedará visto para a súa resolución.

Por outro lado, a práctica demostrou a dificultade para solicitar esta modalidade de convenio nos termos previstos actualmente no referido artigo 20 da orde, posto que non se fixa con precisión un prazo para que o empresario efectúe a dita solicitude, polo que se considera conveniente modificar este aspecto, acoutando o momento para realizar este trámite, como máximo, até a data en que se lle notifique individualmente o despedimento a cada traballador afectado.

Por último, clarifícase outro aspecto desta modalidade de convenio especial, no sentido de que a obrigatoriedade de asumir a súa cotización por parte dos traballadores afectados a partir de faceren os 63 ou, se for o caso, 61 anos de idade, en substitución do respectivo empresario, non constitúe óbice para que poidan aplicarse as causas xerais de extinción do convenio previstas no artigo 10.2 da Orde TAS/2865/2003, do 13 de outubro, de tal maneira que este aspecto pasa a recollerse expresamente entre as previsións do seu artigo 20.

Esta orde atense aos principios de boa regulación previstos no artigo 129 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas. Así, a norma é respectuosa cos principios de necesidade, eficacia e proporcionalidade, xa que con ela se persegue o fin pretendido, como é a actualización da regulación regulamentaria relativa ao convenio especial aplicable nos procedementos de despedimento colectivo, e non se trata dunha norma restritiva de dereitos.

Así mesmo, a iniciativa é coherente co resto do ordenamento xurídico tanto nacional como da Unión Europea. En materia de procedemento administrativo, a iniciativa normativa non establece trámites adicionais ou distintos aos previstos na Lei 39/2015, do 1 de outubro, polo que se axusta ao principio de seguridade xurídica.

No seu proceso de tramitación, a presente orde someteuse ao trámite de audiencia e información pública, de acordo co establecido no artigo 26.6 da Lei 50/1997, do 27 de novembro, do Goberno.

Esta orde dítase no exercicio da habilitación conferida para o efecto no artigo 5.2.b) e na disposición derradeira oitava do texto refundido da Lei xeral da seguridade social, aprobado polo Real decreto lexislativo 8/2015, do 30 de outubro, e de acordo coa competencia exclusiva en materia de réxime económico da Seguridade Social, que o artigo 149.1.17.^a da Constitución española atribúe ao Estado.

Na súa virtude, coa aprobación previa da ministra de Política Territorial e Función Pública, e de acordo co Consello de Estado, dispoño:

Artigo único. Modificación da Orde TAS/2865/2003, do 13 de outubro, pola que se regula o convenio especial no sistema da Seguridade Social.

A Orde TAS/2865/2003, do 13 de outubro, pola que se regula o convenio especial no sistema da Seguridade Social, queda modificada como segue:

Un. O artigo 20 queda redactado nos seguintes termos:

«Artigo 20. Convenio especial que se subscribirá en procedementos de despedimento colectivo que inclúan traballadores con 55 ou máis anos.

O convenio especial suscrito en relación cos procedementos de despedimento colectivo de empresas non incurso en procedemento concursal que inclúan traballadores con 55 ou máis anos de idade que non tivesen a condición de mutualistas o 1 de xaneiro de 1967, a que se refire o artigo 51.9 do texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores, aprobado polo Real decreto lexislativo 2/2015, do 23 de outubro, rexerese polo establecido na disposición adicional décimo terceira do texto refundido da Lei xeral da seguridade social, aprobado polo Real decreto lexislativo 8/2015, do 30 de outubro, así como polas disposicións contidas no capítulo I desta orde, coas particularidades sinaladas nos seguintes números:

1. A solicitude desta modalidade de convenio especial deberá ser formulada polo empresario durante a tramitación do procedemento de despedimento colectivo

e, en todo caso, até a data en que o empresario notifique individualmente o despedimento a cada traballador afectado conforme o establecido no artigo 51.4 do texto refundido da Lei do Estatuto dos traballadores.

O convenio especial será suscrito polo empresario e o traballador, por un lado, e a Tesouraría Xeral da Seguridade Social, por outro.

2. No caso de que o empresario non solicite o convenio especial nos termos sinalados no número anterior, o traballador afectado poderá solicitar o convenio especial dentro dos seis meses naturais seguintes á data en que o empresario lle notifique individualmente o despedimento.

Neste suposto, o convenio especial será suscrito polo traballador e a Tesouraría Xeral da Seguridade Social. Recibida a solicitude, a Tesouraría Xeral da Seguridade Social concederá trámite de audiencia ao empresario para que, no prazo de dez días, realice as alegacións que considere pertinentes.

Unha vez finalizado o dito trámite de audiencia, asinarase o convenio, do cal se dará traslado ao empresario xunto coa notificación do importe total das cotas que debe ingresar ao seu exclusivo cargo.

3. As cotas correspondentes a estes convenios especiais, determinadas conforme o disposto no número 2 da citada disposición adicional décimo terceira do texto refundido da Lei xeral da seguridade social, serán obxecto de totalización pola Tesouraría Xeral da Seguridade Social respecto de cada traballador até que este faga os 63 anos de idade, ou 61 anos cando o despedimento colectivo sexa por causas económicas, e por todas as contingencias incluídas na acción protectora do convenio especial.

As cotizacións a que se refire o parágrafo anterior serán a cargo exclusivo do empresario, que poderá optar, respecto de todos os traballadores, por realizar un pagamento único destas, caso en que deberá manifestalo por escrito á Tesouraría Xeral da Seguridade Social e efectuar o seu ingreso dentro do mes seguinte ao da notificación por parte do dito servizo común da cantidade que se deberá ingresar, ou por solicitar da Tesouraría Xeral da Seguridade Social o fraccionamento do seu pagamento en tantas anualidades como anos lle falten ao traballador ou traballadores para facer a idade de 63 ou, se for o caso, de 61 anos, cun máximo de oito ou seis anos, respectivamente.

De optarse polo pagamento fraccionado, o ingreso da primeira anualidade deberase realizar no prazo de trinta días naturais a partir da notificación da cantidade que se deberá ingresar, e presentarse no mesmo prazo, para responder das cotizacións pendentes, ben aval solidario suficiente a xuízo da Tesouraría Xeral da Seguridade Social, ou ben substituírse, co consentimento do dito servizo común, a responsabilidade do empresario pola dunha entidade financeira inscrita ou dunha entidade aseguradora debidamente autorizada, nos mesmos termos que establece o número seguinte para o aval.

O prazo para ingresar as anualidades fraccionadas distintas da primeira será o dos trinta días naturais inmediatamente anteriores á iniciación da anualidade de que se trate.

En todo caso, estes pagamentos fraccionados deberán ser obxecto de domiciliación nalgunha das entidades financeiras habilitadas para actuar como oficinas recadadoras, nos termos establecidos nos regulamentos xerais de recadación da Seguridade Social e da xestión financeira da Seguridade Social e nas súas respectivas normas de desenvolvemento.

A falta de ingreso das cotizacións por este convenio especial a cargo do empresario, nas formas, condicións e prazos antes sinalados, determinará a súa reclamación nos termos establecidos no citado Regulamento xeral de recadación da Seguridade Social.

4. O aval a que se refire o número anterior deberá ter validez desde a data en que se produza o cesamento no traballo ou, se for o caso, en que cese a obriga

de cotizar por extinción da prestación por desemprego contributivo e até, ao menos, un ano despois do vencemento da anualidade ou anualidades que garante.

O dito aval axustarase ao modelo que estableza a Tesouraría Xeral da Seguridade Social e poderá ser presentado por:

a) Unha entidade financeira inscrita no Rexistro Oficial de Bancos ou Banqueiros ou unha cooperativa de crédito inscrita no Rexistro Especial do Banco de España. Para que poidan ser aceptados estes avais será necesario:

1.º Que as sinaturas dos outorgantes do aval estean lexitimadas ou o documento intervido por notario colexiado.

2.º Que conste no aval o seu número de inscrición no Rexistro Especial de Avais.

3.º Que se xunte copia, previamente cotexada co orixinal, dos poderes das persoas asinantes do aval.

b) Unha entidade aseguradora debidamente autorizada polo Ministerio de Economía e Empresa para operar neste ramo de caución. Para que poidan ser aceptados estes avais será necesario:

1.º Que as sinaturas dos outorgantes do aval estean lexitimadas ou o documento intervido por notario.

2.º Que conste o número de inscrición no Rexistro Especial de Avais e o número de póliza a que corresponde.

3.º Que se xunte copia das condicións xerais e particulares da póliza suscrita polo avalado coa compañía avalista.

c) Unha sociedade de garantía recíproca. Se o aval for prestado por este tipo de sociedade, deberán cumprirse os requisitos establecidos na Lei 1/1994, do 11 de marzo, sobre o réxime xurídico das sociedades de garantía recíproca, e nas demais normas complementarias, e xuntarase certificado expedido polo secretario do consello de administración, co visto e prace do seu presidente, en que se acredite a cantidade avalada e que a sociedade reúne todos os requisitos exixidos pola referida lei, e a dita certificación deberá ter lexitimadas as sinaturas por notario.

5. A base de cotización aplicada respecto de cada traballador nesta modalidade de convenio especial poderá ser incrementada en cada exercicio a partir de se faceren os 63 ou, se for o caso, 61 anos, nos termos establecidos nos números 2.2 a 2.5 do artigo 6 desta orde.

Así mesmo, a base de cotización aplicable neste convenio especial respecto dos traballadores menores de 63 ou, se for o caso, de 61 anos poderá ser incrementada en cada exercicio conforme o establecido nos números 2.2 a 2.5 do artigo 6 desta orde, nos seguintes termos:

a) Nos supostos en que o convenio especial sexa solicitado polo empresario conforme o establecido no número 1 deste artigo, cando o dito incremento o pida, con carácter voluntario, o empresario ou o traballador afectado ou ambos.

Para estes efectos, as partes interesadas subscribirán unha cláusula adicional ao convenio pola que se determine o responsable do pagamento do incremento de cotas resultante, e será aplicable á suspensión e extinción da dita cláusula o establecido no artigo 10 desta orde.

b) Nos supostos en que o convenio sexa solicitado polo traballador conforme o establecido no número 2 deste artigo, cando o dito incremento o solicite, con carácter voluntario, o traballador afectado.

Para estes efectos, o traballador interesado subscribirá unha cláusula adicional ao convenio para determinar a súa responsabilidade polo pagamento do incremento

de cotas resultante, e será aplicable á suspensión e extinción da dita cláusula o establecido no artigo 10 desta orde.

6. Nos supostos de falecemento do traballador e de recoñecemento dunha pensión de incapacidade permanente, a que se refire o número 3 da disposición adicional décimo terceira do texto refundido da Lei xeral da seguridade social, así como no suposto do recoñecemento dunha pensión de xubilación, o convenio especial extinguirase e a Tesouraría Xeral da Seguridade Social devolverá ao empresario as cotas ingresadas que correspondan ao período posterior á data de falecemento do traballador ou á data de efectos da pensión de incapacidade permanente ou de xubilación que este causase, unha vez efectuada a liquidación definitiva da cotización correspondente a este convenio.

7. No suposto de realización de actividades polo traballador durante o período de cotización a cargo do empresario, a que se refire o número 4 da disposición adicional décimo terceira do texto refundido da Lei xeral da seguridade social, non procederá a devolución das cotas aboadas por este último, que deberá ingresar as anualidades ao seu cargo que, se for o caso, aínda estivesen pendentes de pagamento, nos termos sinalados no número 2.

Cando o traballador faga 63 ou, se for o caso, 61 anos de idade, a Tesouraría Xeral da Seguridade Social determinará o importe en que a cotización ingresada polo empresario resultou coincidente coa efectuada pola realización de actividades por parte do traballador, e acordará a súa aplicación ao pagamento do convenio especial durante o período a cargo deste último. A resolución pola que se adopte o dito acordo será notificada ao empresario e ao traballador.

Mentres non se aplicase a totalidade da cotización efectuada polo empresario, a realización de actividades por parte do traballador non suporá a extinción do convenio especial, que unicamente quedará en suspenso se as bases de cotización que correspondan como consecuencia das ditas actividades son iguais ou superiores á daquel.

Se na data de efectos da pensión de xubilación que cause o traballador e, en todo caso, na data en que faga a idade a que se refiren o artigo 205.1.a) e a disposición transitoria sétima do texto refundido da Lei xeral da seguridade social non se aplicase ao pagamento do convenio especial a totalidade da cotización a cargo do empresario que fose obxecto de retención, a Tesouraría Xeral da Seguridade Social devolverá o importe sobrance a este último. Tamén procederá a devolución se o traballador falecese ou causase unha pensión de incapacidade permanente durante o período ao seu cargo.

8. Os reintegros a que se refiren os números 6 e 7 devindicarán o xuro legal do diñeiro vixente na data en que se produza o seu feito causante, calculado desde a data do falecemento do traballador, desde a data de efectos das pensións de incapacidade permanente ou de xubilación por el causadas ou desde a data en que faga a idade a que se refiren o artigo 205.1.a) e a disposición transitoria sétima do texto refundido da Lei xeral da seguridade social, até a respectiva proposta de pagamento, pero non darán dereito ao cobramento do custo dos avais ou das substitucións do empresario debedor.

Para o seu aboamento, a Tesouraría Xeral da Seguridade Social poderá acordar a retención do pagamento da devolución na contía estritamente necesaria para asegurar o cobramento da débeda que o titular do dereito á devolución tivese coa Seguridade Social, nos termos regulados polo artigo 54 do Regulamento xeral de recadación da Seguridade Social, e sen prexuízo de notificar, se for o caso, o crédito pola devolución á unidade de recadación executiva correspondente.

9. A partir do momento en que o traballador faga a idade de 63 ou, se for o caso, de 61 anos, as achegas ao convenio especial serán a cargo del, o cal poderá extinguirse por calquera das causas previstas no artigo 10.2 desta orde.»

Dous. Queda suprimido o anexo I relativo ao modelo de aval que debe presentar o empresario obrigado ao pagamento do convenio especial a que se refire o artigo 20.

Disposición transitoria única. *Aplicación da orde.*

O establecido nesta orde non resultará de aplicación aos convenios especiais que se subscriban en procedementos de despedimento colectivo que se iniciasen con anterioridade á súa entrada en vigor.

Disposición derradeira primeira. *Título competencial.*

Esta orde dítase ao abeiro do disposto no artigo 149.1.17.^a da Constitución española, que atribúe ao Estado a competencia exclusiva en materia de réxime económico da Seguridade Social.

Disposición derradeira segunda. *Facultades de aplicación.*

Facúltase a persoa titular da Secretaría de Estado da Seguridade Social para ditar cantas disposicións resulten necesarias para a aplicación e execución do previsto nesta orde.

Disposición derradeira terceira. *Entrada en vigor.*

A presente orde entrará en vigor o día seguinte ao da súa publicación no «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 4 de abril de 2019.–A ministra de Traballo, Migracións e Seguridade Social, Magdalena Valerio Cordero.