

Cómo afecta la reforma de las cotizaciones a los pactos efectuados en despidos colectivos

Ante un acuerdo adoptado en despido colectivo que fija el pago del convenio especial para los trabajadores próximos a la jubilación, se estima que el blindaje de aquél sobre posibles modificaciones legales futuras afecta también al mecanismo de equidad intergeneracional (MEI), previsto para «contratos vigentes».

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Por obligación legal (art. 51.9 del Estatuto de los Trabajadores), cuando una empresa no incura en procedimiento concursal tramite un despido colectivo en el que se incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad —no mutualistas—, deberá abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial respecto de estos trabajadores en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

Esta última, a su vez, regula en su disposición adicional decimotercera el régimen jurídico del convenio especial que se ha de suscribir en estos despidos colectivos. Las cotizaciones abarcarán 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 cumpla la edad para acceder

a la jubilación. Según establece este precepto, las cotizaciones correspondientes al convenio serán a cargo del empresario hasta la fecha en que el trabajador cumpla 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, de sesenta y un años de edad. A partir de que el trabajador cumpla 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 hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada. En lo no previsto, este convenio especial se regirá por lo dispuesto en las normas reglamentarias reguladoras del convenio especial en el sistema de la Seguridad Social (Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre; *BOE* de 18 de octubre).

Es normal que las empresas pacten las reglas sobre el abono de determinadas cantidades a los trabajadores, también las del convenio especial con la Seguridad Social, como contenido del acuerdo alcanzado en el despido colectivo. Este convenio, como acaba de apuntarse, conlleva el pago de cotización a la Seguridad Social, bien a cargo de la empresa, bien a cargo del trabajador, según la edad de este último. El problema surge cuando el importe y, sobre todo, el contenido de la cotización a la Seguridad Social se modifica con posterioridad a la fijación de estos acuerdos y cuando el despido ya se ha hecho efectivo, en cuyo caso surge la duda de si la cotización se ha de alterar y, de ser así, a quién se imputa el coste de dicha variación.

Entre otras modificaciones, recientemente se ha incorporado a las nóminas de los trabajadores el descuento por el mecanismo de equidad intergeneracional (MEI), un importe que, de acuerdo con el artículo 127 *bis* de la Ley General de la Seguridad Social, trata de preservar el equilibrio entre generaciones y fortalecer la sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social a largo plazo. Consiste dicho descuento en una cotización finalista aplicable en todos los regímenes y en todos los supuestos en los que se cotice por la contingencia de jubilación, que no será computable a efectos de prestaciones y que nutrirá el Fondo de Reserva de la Seguridad Social. La cotización será de 1,2 puntos porcentuales. En el supuesto de los trabajadores por cuenta ajena, un punto porcentual corresponderá a la empresa y 0,2 puntos porcentuales al trabajador. Esta cotización no podrá ser objeto de bonificación, reducción, exención o deducción alguna. De igual forma no podrá ser objeto de disminución por la aplicación de coeficientes u otra fórmula que disminuya la cotización ni por cualquier otra variable que pueda resultar de aplicación respecto de las aportaciones empresariales o de los trabajadores. Esta modificación entró en vigor el 18 de marzo del 2023 (RDL 2/2023, de 16 de marzo; *BOE* de 17 de marzo) y, de acuerdo con la disposición transitoria cuadragésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social, la cotización de aquellos 1,2 puntos porcentuales se realizará de manera progresiva a partir del 1 de enero del 2023 hasta el 31 de diciembre del 2050, con arreglo a una escala que en el 2023 fue de 0,60 puntos porcentuales, de los que 0,50 corresponden a la empresa y 0,10 al trabajador; en el 2026 es de 0,90 puntos porcentuales,

de los que 0,75 corresponden a la empresa y 0,15 al trabajador, y, a partir del 2029 en adelante, ya será de 1,2 puntos porcentuales, de los cuales un punto porcentual corresponderá a la empresa y 0,2 al trabajador.

2. El cúmulo de circunstancias expuestas es el que se plantea en el conflicto resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo número 28/2026, de 15 de enero, que, más allá de las indicaciones concretas del caso que analiza, permite extrapolar algunas reflexiones de interés.

En el acuerdo adoptado por las empresas demandadas, y con una fórmula muy habitual, se admitiría, mucho antes de que se impusiera esta nueva cotización por el mecanismo de equidad intergeneracional, que, durante el tiempo en que el trabajador se encuentre en situación de desempleo, la empresa deberá abonar el coste estimado del convenio especial con la Seguridad Social con el fin de permitir al trabajador obtener la mayor pensión de jubilación posible en su momento. En el supuesto de que el trabajador tenga una edad igual o superior a cincuenta y cinco años y no fuera mutualista, la empresa abonará directamente a la Seguridad Social el coste legal del mencionado convenio hasta que el trabajador cumpla sesenta y un años, pagando directamente al trabajador, desde que finaliza la prestación de desempleo, la diferencia entre el *coste legal* y el *coste estimado*, con el objeto de que aquél pueda suscribir el convenio especial adicional. Desde que cumpla esa edad y hasta los sesenta y dos años o hasta la fecha en que reúna las condiciones exigidas para causar cualquier tipo de jubilación anticipada, la empresa le sufragará

mensualmente el coste estimado para que sea el propio trabajador el que abone directamente el convenio a la Seguridad Social. A todos los demás trabajadores la empresa les ingresará mensualmente el coste estimado del convenio para que sean ellos quienes lo abonen a la Seguridad Social. En el supuesto de que el trabajador estuviera trabajando, la empresa le pagará el coste del convenio especial con la Seguridad Social por la diferencia, si la hubiere, a fin de que pueda mantener las bases de cotización estimadas y que se indican en su boletín de condiciones económicas. Todas estas cantidades se calcularán conforme a los incrementos previstos en los años de referencia.

Los sindicatos interponen demanda de conflicto colectivo contra las empresas en cuestión solicitando que se declare que los afectados por el conflicto tienen derecho a que, en cumplimiento de sus obligaciones de pago del convenio especial con la Seguridad Social, las empresas les abonen una cantidad que incluya el tipo de cotización a la Seguridad Social que corresponda en cada momento. La Audiencia Nacional, estimando la demanda, condena efectivamente a las empresas a asumir el coste de la cotización adicional por aplicación del mecanismo de equidad intergeneracional, en cumplimiento de la obligación de abono del convenio especial con la Seguridad Social derivada del acuerdo alcanzado en el despido colectivo. Estima, en este sentido, que las normas que regulan dicho mecanismo prevalecen sobre los acuerdos adoptados en el seno de las empresas afectadas.

3. Al margen de algunas consideraciones procesales planteadas en el recurso, el

debate —entiende la Sala de lo Social del Tribunal Supremo— ha estado en todo momento centrado en el impacto y significado que el mecanismo de equidad intergeneracional tiene sobre los acuerdos alcanzados en el despido colectivo y, en concreto, sobre el abono del convenio especial con la Seguridad Social que se establece en aquellos acuerdos y, en particular, en la aplicación de los artículos 51.9 del Estatuto de los Trabajadores y la disposición adicional decimotercera de la Ley General de la Seguridad Social, antes citados.

Atendiendo a los aspectos puntuales del acuerdo en este caso concreto, el referido pacto alude expresamente al «coste estimado» del convenio especial y al abono efectuado «directamente» a la Seguridad Social del «coste legal» del mencionado convenio especial hasta que el trabajador cumpla sesenta y un años, pagando «directamente» al trabajador, a su vez y desde que finaliza la prestación por desempleo, la «diferencia entre el coste legal y el coste estimado» al objeto de que el trabajador pueda suscribir el convenio especial «adicional». Parece claro, además, que, desde que el trabajador cumple aquella edad y hasta los sesenta y dos años o hasta la fecha en que reúna las condiciones exigidas para causar cualquier tipo de jubilación anticipada, la empresa ingresará al trabajador mensualmente el «coste estimado» para que sea el propio trabajador el que abone directamente el convenio a la Seguridad Social. Por su parte, al resto de los trabajadores la empresa les abonará mensualmente el «coste estimado» del convenio especial para que sean ellos quienes lo abonen a la Seguridad Social.

Aclara el citado acuerdo que todas las estimaciones de cálculo se han realizado conforme a la normativa vigente en la fecha en que se aprueba el despido colectivo. Si bien, «el comportamiento real posterior de los parámetros antes citados, así como las posibles modificaciones legislativas, no darán lugar a regularización de cantidad alguna, ni a favor de la empresa ni a favor de los trabajadores». Según señala la sentencia recurrida, la finalidad de esta previsión es la de «blindar las condiciones del acuerdo (ERE) a futuros cambios o modificaciones legislativas con un fin determinado, esto es, no dar lugar a regularización de cantidad alguna ni a favor de la empresa, ni a favor de los trabajadores». Es clara así la literalidad del acuerdo y la voluntad de sus firmantes en el sentido de que se pactan costes estimados que se traducen en cantidades que, mejorando las legales, no se quiere que tengan que ser objeto de regularización alguna, ni a favor de la empresa ni a favor de los trabajadores, como consecuencia de posibles modificaciones legislativas.

Sin embargo, para la sentencia recurrida, prevalece el principio de jerarquía normativa, y las prescripciones legales sobre el mecanismo de equidad intergeneracional han de aplicarse en todo caso, sin que puedan verse afectadas por la previsión del acuerdo del despido colectivo aquí analizado, que inmuniza el acuerdo frente a «posibles modificaciones legales», de manera que esas modificaciones legales «no darán lugar a regularización de cantidad alguna, ni a favor de la empresa ni a favor de los trabajadores». Según la Audiencia Nacional, a pesar de esta previsión inequívocamente contraria a toda regularización

de las cantidades acordadas por posteriores modificaciones legales, debe prevalecer la regulación legal del citado mecanismo, toda vez que lo que pretende la norma es el mantenimiento del sistema público de pensiones con una distribución del coste de la cotización entre empresa y trabajador que se impone en todo caso.

4. Mas el Tribunal Supremo decide revocar esta decisión y aceptar los recursos interpuestos por las empresas demandadas. Principalmente, porque, en este caso, «no se trata tanto del MEI, sino de las previsiones sobre el convenio especial con la Seguridad Social del acuerdo ERE. Y lo que ocurre es que resulta verdaderamente difícil llegar a la conclusión de que estas previsiones incumplen la regulación legal del MEI». Ciertamente, a partir del 2023, se ha de cumplir el mecanismo de equidad intergeneracional, pero «aquí estamos no con contratos de trabajo vigentes, sino con contratos extinguidos en las condiciones del acuerdo ERE. Y debemos recordar que, en estas condiciones, la empresa únicamente abona “directamente” a la Seguridad Social el coste “legal” del convenio especial hasta que el trabajador cumple sesenta y un años; parece claro que, en este primer supuesto, la empresa tendrá que abonar directamente ese coste teniendo en cuenta el MEI, y lo que corresponde cotizar por tal concepto a la empresa. Pero, en los demás casos del acuerdo ERE, no es la empresa la que abona directamente el convenio especial a la Seguridad Social, sino que es el trabajador el que lo hace» (FJ 3).

Y cita algunos ejemplos. Eso es lo que sucede con la diferencia legal entre el coste legal y el coste estimado que la empresa

abona directamente al trabajador desde que finaliza la prestación por desempleo a fin de que aquél pueda suscribir el convenio especial «adicional». Ocurre igual desde que el trabajador cumple sesenta y un años y hasta los sesenta y dos o hasta la fecha en que reúna las condiciones para causar cualquier tipo de jubilación anticipada, puesto que la empresa abonará el coste estimado al trabajador para que sea éste quien pague directamente el convenio especial a la Seguridad Social. Téngase, en cuenta, en este sentido, que la disposición adicional decimotercera de la Ley General de la Seguridad Social establece que, a partir de la edad de sesenta y tres años, o en su caso sesenta y un años, las aportaciones al convenio especial son a «exclusivo cargo» del trabajador. Finalmente, a todos los demás trabajadores cuyo contrato se haya extinguido, la empresa les abonará el coste estimado para que sean ellos quienes lo abonen a la Seguridad Social. Pues bien, «en ninguno de estos supuestos se incumple por la empresa la regulación legal del MEI, siquiera sea porque —ha de insistirse— los contratos de los trabajadores se han extinguido, por lo que la empresa no cotiza ya por ellos (tampoco por tanto por el MEI), sin que la empresa abone directamente a la Seguridad Social el convenio especial, porque lo hacen los propios trabajadores. Y debemos recordar, en todo caso, que el coste “estimado” del convenio especial con la Seguridad Social es superior y mejora el coste “legal”, diferencia de coste que permite al trabajador suscribir y financiar un convenio especial “adicional”» (FJ 3).

Por consiguiente —entiende la Sala—, en un contexto como el descrito en el que la

empresa no incumple las prescripciones del mecanismo de equidad intergeneracional, no hay razón para que se deje de

modificación legal. Las partes acordaron inmunizar y hacer impermeable el acuerdo ERE respecto de los costes estima-

dos acordados del convenio especial con la Seguridad Social, de forma que las concretas cuantías estimadas no tuvieran que ser objeto de regularización por posteriores cambios legales. Y la mencionada referencia a “la mayor pensión de jubilación posible”, no es suficiente, por sí sola y en sí misma, para

inaplicar tan clara e inequívoca previsión del acuerdo ERE» (FJ 3). Porque, «en el presente caso el acuerdo ERE sobre el convenio especial no significa que la empresa incumpla las previsiones del MEI, ni las cotizaciones que le imponen esas previsiones legales. Los contratos de trabajo de los trabajadores están ya extinguidos y son los trabajadores los que abonan directamente a la Seguridad Social el convenio especial, y en el único caso en el que no es así, sí lo hacen con el convenio de mejora “adicional”» (FJ 3). No en vano, a partir de la edad de sesenta y tres años (o, en su caso, sesenta y uno), las aportaciones al convenio especial son a «exclusivo cargo» del trabajador, estimando así los recursos planteados por las empresas demandadas.

5. Ésta es una interesante decisión que obligará a replantear los términos de los acuerdos sobre convenio especial de los despidos colectivos para evitar discrepancias de esta naturaleza.

Conviene efectuar, no obstante, algunas precisiones. El convenio especial —también

Los contratos de trabajo de los trabajadores están ya extinguidos y son los trabajadores los que abonan directamente a la Seguridad Social el convenio especial

aplicar la clara previsión del acuerdo ERE que pone a este acuerdo al abrigo de «posibles modificaciones legislativas», de manera que dichas modificaciones no dan lugar «a regularización alguna, ni a favor de la empresa ni a favor de los trabajadores». Otra cosa es que, «como consecuencia del MEI, y según parece apuntar alguno de los recursos, la mejora pactada en el acuerdo ERE del convenio especial con la Seguridad Social no sea ya suficiente para financiar un convenio de bases máximas o para obtener “la mayor pensión de jubilación posible” a la que hace referencia el acuerdo ERE y destaca la inicial demanda [de] conflicto colectivo. Téngase en cuenta, en este sentido, que “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” (art. 7.1 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social). Pero lo anterior entra dentro de la inequívoca previsión del acuerdo ERE contraria a toda regularización, a favor de cualquiera de las partes, como consecuencia de una posible

el convenio especial derivado de despidos colectivos— persigue dos finalidades íntimamente vinculadas entre sí; de forma inmediata, permitir mantener la cotización cuando no existe soporte legal que la sustente y, de manera mediata, evitar que se produzca una merma, e incluso la anulación, en el acceso a una determinada pensión o prestación, normalmente la pensión de jubilación. De ahí que se aluda al periodo comprendido desde la fecha en que se produce el cese de la obligación de cotizar hasta la fecha que determine la norma, en este caso, el cumplimiento de la edad de jubilación o el acceso a la jubilación anticipada. De hecho, la norma reglamentaria recoge todos esos supuestos que quedan excluidos de la obligación de cotizar como parte del ámbito subjetivo de la norma (art. 2 de la Orden TAS/2865/2003 citada).

Ahora bien, cuando se refiere a la obligación de cotizar en estos casos, siempre alude a las bases por contingencias comunes de los grupos de cotización correspondiente y, al establecer el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar, se remite al artículo 9.1.1m del Reglamento General de Recaudación de Recursos del Sistema de Seguridad Social para que, en la situación de convenio especial, los obligados al cumplimiento sean el comprometido en el convenio a abonar a su cargo el importe de la cuota correspondiente en los términos que el convenio establezca y, en su caso, aquel a quien se imponga expresamente dicha obligación. Mas, lo sea el empresario o lo sea el trabajador, la norma reglamentaria dispone que las cuotas correspondientes a estos convenios especiales serán objeto de totalización por la Tesorería General de la

Seguridad Social respecto de cada trabajador y por todas las contingencias incluidas en la acción protectora de dicho convenio. El empresario podrá optar, respecto de todos los trabajadores, por realizar un pago único de dichas cuotas, en cuyo caso deberá manifestarlo por escrito a la Tesorería General de la Seguridad Social y efectuar su ingreso dentro del mes siguiente al de la notificación por parte de dicho servicio común de la cantidad a ingresar, o podrá solicitar de la Tesorería General de la Seguridad Social el fraccionamiento de su pago en tantas anualidades como años le falten al trabajador o trabajadores para cumplir la edad de sesenta y tres años o, en su caso, de sesenta y uno, con un máximo de ocho o seis años, respectivamente. A partir del momento en que el trabajador cumpla la edad correspondiente, las aportaciones anteriores serán a su cargo.

No parece que exista, salvo regulación legal expresa en contrario, ninguna excepción de aplicación del mecanismo de equidad intergeneracional en los supuestos del convenio especial, establecidos precisamente para garantizar el acceso a una pensión, lo mismo que pretende dicho mecanismo para quienes tienen expectativas de obtener una pensión futura al garantizar la viabilidad del sistema. Por lo tanto, en la exigencia de «totalización» de la cotización por el convenio especial en el supuesto que nos ocupa, ya le corresponda a la empresa, ya, posteriormente, sea responsabilidad del trabajador, deberá estar incluido el coste de este mecanismo que, durante la etapa en activo se divide entre trabajador y empresario, pero que, en los supuestos de despido colectivo, los soportan «por etapas»

íntegramente uno u otro —que no uno y otro— según la edad del trabajador.

De ahí que pueda resultar dudosa la extrapolación de la conclusión que alcanza esta sentencia porque podría deducirse, con un planteamiento cuestionable, que los convenios especiales derivados del

Cuando el coste estimado es inferior al coste legal, se impone un abono adicional

despido colectivo no deberán incluir el pago del mecanismo de equidad intergeneracional. Nada más lejos de la realidad. Por el momento, el legislador no ha eximido de pagar el coste de este mecanismo a los convenios especiales a los que impone la «totalización» de la cotización sin excepción. Genera así la decisión del Tribunal Supremo una cierta zozobra al circunscribir este cargo exclusivamente a los contratos en vigor («siquiera sea porque —ha de insistirse— los contratos de los trabajadores se han extinguido», señala la Sala).

Cosa distinta es que, en atención al acuerdo suscrito por las partes, pueda interpre-

tarse si el pago (total) de esta nueva cantidad —mecanismo de equidad intergeneracional— le corresponde a la empresa (en el periodo en que haya de totalizar el importe de las cotizaciones) o ha de asumirlo íntegramente el trabajador (por cuanto el acuerdo recoge expresamente que «el comportamiento real posterior de los parámetros antes citados, así como las posibles modificaciones legislativas, no darán lugar a regularización de cantidad alguna, ni a favor de la empresa ni a favor de los trabajadores»). Faltan datos (que sí ha de haber apreciado la Sala) para efectuar una interpreta-

ción sistemática del pacto alcanzado por los trabajadores y sus representantes con las empresas demandadas, pero, a tenor de lo recogido en la sentencia, se comprometió un «coste legal» del convenio especial por encima de su «coste estimado» (de ahí la fijación de una obligación empresarial de abonar una cantidad adicional si aquél no coincidiera con este último) y el «coste legal» del convenio especial actual incluye, salvo determinación legal en contrario, el abono del mecanismo de equidad intergeneracional, aquí, en la totalización de las cotizaciones a efectuar, ya por el empleador, ya por el trabajador, según la edad de este último.