

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

SECCIÓN PRIMERA

PROCEDIMIENTO ORDINARIO
RECURSO Nº 59/2016

SENTENCIA: 00478/2017

SENTENCIA NÚMERO: 478/2017

En Zaragoza a 10 de noviembre de 2017, habiendo visto los presentes autos la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, constituida por los Ilmos. Sres:

Presidente.

D. Juan Carlos Zapata Híjar, ponente de esta resolución.

Magistrados.

D^a. Carmen Muñoz Juncosa.

D. Juan José Carbonero Redondo.

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO: Partes del recurso

Recurrente D^a. María Elisa Herrer Ramón representado por el Procurador D. José María Angulo Sainz de Varanda y defendido por el Letrado D. José Luis de Miguel Aubán.

Demandada la Tesorería General de la Seguridad Social representada y defendida por el Letrado de sus servicios jurídicos.

SEGUNDO: Actuación recurrida.

La resolución de 14 de enero de 2016 de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución de 9 de Diciembre de 2015 del Director de la Administración nº 50/05 de la Seguridad Social cha 12/08/2015, por la que se comunica a la actora que se ha procedido a la novación de oficio del Convenio especial de empresarios y trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo que incluyan trabajadores con 55 años o más años, previsto en la Disposición Adicional Trigésimo primera de la Ley General de la Seguridad Social entre la actora y la empresa DANA AUTOMOCIÓN, S.A., a partir del 13 de noviembre de 2015, fecha en que la actora alcanza los 61 años, pasando a ser de su obligación exclusiva el pago de las cotizaciones correspondientes al convenio especial hasta su extinción por adquirir la condición de pensionista (exp. 50/101/2016/00007/0).

TERCERO: Procedimiento.

Se interpuso el recurso el 15 de marzo de 2016

Demanda el 29 de junio de 2016.

Contestación a la demanda el 8 de julio de 2016.

Se señaló para votación y fallo el 2 de noviembre de 2017 tras el cual quedaron los autos conclusos y vistos para Sentencia.

CUARTO: Cuantía.

Indeterminada.

QUINTO: Pretensiones de la parte recurrente.

- 1) Estimación de la demanda y Nulidad del acto recurrido.
- 2) Condenar a la TGSS a declarar la extinción del Convenio Especial.
- 3) Reconocer el derecho de la actora a que dicha extinción lo sea con efectos de 1 de enero de 2016 dado que la decisión de extinción fue comunicada por la interesada, por escrito a la Administración en el mes de diciembre de 2015.
- 4) Imponer las costas del recurso a la Administración.

Resumen de los motivos de impugnación del acto recurrido.

1) Se firmó el Convenio Especial por la actora, la empresa y la TGSS el 20 de junio de 2011, con fecha de efectos de 1 de enero de 2012. En el mismo consta que la empresa se hace cargo de las cuotas hasta el día

anterior a que la trabajadora cumpla 61 años (cláusula Tercera) y que la trabajadora se hace cargo de las cuotas a partir de esa edad y hasta su jubilación (cláusula séptima). También consta que se podrá extinguir – entre otras causas por decisión del interesado, comunicada a la Administración (cláusula décima).

2) Tras cumplir 61 años se notifica la novación del convenio, debiendo realizar el pago de las cotizaciones del convenio la trabajadora, con fecha de efectos de enero de 2016. La actora interponer alzada contra esta decisión y solicita la extinción del convenio el 29 de diciembre de 2015. Es denegada por la resolución objeto del recuso.

3) En la demanda se sostiene que es posible la extinción por desistimiento del trabajador en justa aplicación de la Disposición Adicional 31ª de la Ley General de la Seguridad Social, Orden TAS 2865/2003 (art. 10.2) de 13 de octubre y el Modelo de convenio especial.

SEXTO: Pretensiones de la Administración demandada.

Desestimación de la demanda y confirmación del acto recurrido.

Resumen de los motivos de oposición al recurso.

Considera que se trata de un convenio específico, en el cual no es posible ejercer el desistimiento del trabajador, pues así viene impuesto en la cláusula séptima del mismo.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS.

PRIMERO: La posibilidad de ejercer el desistimiento del trabajador en un Convenio Especial de trabajadores mayores de 55 años, afectados por la Disposición Adicional 31ª de la LGSS.

La cuestión aquí debatida ha sido analizada y resuelta por la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Zaragoza de 18 de enero de 2017, (procedimiento abreviado 6/2016) con argumentos que este Tribunal hace suyos. En la Sentencia se indica:

TERCERO: La situación del convenio especial derivado de ERE en la fase a cargo de trabajador: la Disposición Adicional 31ª de la Ley General de la Seguridad Social , la Orden TAS 2865/2003, de 13 de octubre, y el Modelo de convenio especial.– Por lo que se

refiere a la normativa aplicable, hay que tener en cuenta que el Estatuto de los Trabajadores en su art. 51.15 (en la actualidad 52.9) establece, para los casos de procedimientos de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal, la obligación de abonar las cuotas para la financiación de un convenio especial para trabajadores de más de 55 años.

A.- La D.A. 31ª de la Ley General de la Seguridad Social .- Es de preferente aplicación, en primer lugar, el contenido de la Ley General de la Seguridad Social, en su Disposición adicional 31ª sobre "Régimen jurídico del convenio especial a suscribir en determinados expedientes de regulación de empleo". Esta disposición ha sufrido modificaciones que se reseñan a continuación:

I.- **Redacción dada por art. 7 de la Ley 35/2002, 12 julio , de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible («B.O.E.» 13 julio). Vigencia: 14 julio 2002:

"Régimen jurídico del convenio especial a suscribir en determinados expedientes de regulación de empleo"

1. En el convenio especial a que se refiere el apartado 15 del artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, las cotizaciones abarcarán el periodo comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que se cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo, y la fecha en la que el trabajador cumpla los sesenta y cinco años, en los términos establecidos en los apartados siguientes.

2. A tal efecto, las cuotas se determinarán aplicando al promedio de las bases de cotización del trabajador en los últimos seis meses de ocupación cotizada, el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial. De la cantidad resultante se deducirá la cotización, a cargo del Instituto Nacional de Empleo, correspondiente al periodo en el que el trabajador pueda tener 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 de la edad de sesenta y un años, las cotizaciones serán a cargo del empresario y 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 General de la Seguridad Social, en los términos que establezca el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

A partir del cumplimiento por parte del trabajador de la edad de sesenta y un años, las aportaciones al convenio especial serán 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 sesenta y cinco años o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada.

3. En los supuestos de fallecimiento del trabajador, de reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente o de realización de actividades en virtud de las cuales se efectúen cotizaciones al sistema de Seguridad Social, se reintegrarán al empresario, previa regularización anual y en los términos que reglamentariamente se establezcan, 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.

4. En lo no previsto en las normas precedentes, este convenio especial se registrará por lo dispuesto en las normas reglamentarias sobre el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social."

II.- **Redacción dada por art. 2 del R.D.-ley 2/2009, de 6 de marzo , de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas («B.O.E.» 7 marzo). A partir de: 8 marzo 2009

"1. En el convenio especial a que se refiere el apartado 15 del artículo 51 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, las cotizaciones abarcarán el periodo comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que se cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo, y la fecha en la que el trabajador cumpla los sesenta y cinco años, en los términos establecidos en los apartados siguientes.

2. A tal efecto, las cuotas se determinarán aplicando al promedio de las bases de cotización del trabajador en los últimos seis meses de ocupación cotizada, el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial. De la cantidad resultante se deducirá la cotización, a cargo del Instituto Nacional de Empleo, correspondiente al periodo en el que el trabajador pueda tener 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 de la edad de sesenta y un años, las cotizaciones serán a cargo del empresario y 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 General de la Seguridad Social, en los términos que establezca el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

A partir del cumplimiento por parte del trabajador de la edad de sesenta y un años, las aportaciones al convenio especial serán 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 sesenta y cinco años o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada.

3. En los supuestos de fallecimiento del trabajador, de reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente o de realización de actividades en virtud de las cuales se efectúen cotizaciones al sistema de Seguridad Social, se reintegrarán al empresario, previa regularización anual y en los términos que reglamentariamente se establezcan, 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.

4. En lo no previsto en las normas precedentes, este convenio especial se registrará por lo dispuesto en las normas reglamentarias sobre el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social."

III.- **Redacción dada por el número uno de la disposición adicional sexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social («B.O.E.» 2 agosto) Vigencia: 1 enero 2013.

"2.- (...) Las cotizaciones correspondientes al convenio serán a cargo del empresario hasta la fecha en que el trabajador cumpla los 63 años, salvo en los casos de expedientes de regulación de empleo por causas económicas, en los que dicha obligación se extenderá hasta el cumplimiento, por parte del trabajador, de los 61 años.

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 General de la Seguridad Social, en los términos que establezca el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

A partir del cumplimiento por parte del trabajador de la edad de 63 o, en su caso, 61 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 la letra a) del apartado 1 del artículo 161 o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 4."

IV.- **Redacción vigente en virtud del apartado tres del artículo segundo de la Ley 13/2012, de 26 de diciembre, de lucha contra el empleo irregular y el fraude a la Seguridad Social («B.O.E.» 27 diciembre), Vigencia: 1 enero 2013:

"1. En el convenio especial a que se refiere el artículo 51.9 del Estatuto de los Trabajadores, 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 a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 161, en los términos establecidos en los apartados siguientes."

V.- **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, entrada en vigor 2/1/2016, plasma la redacción vigente en la Disposición adicional decimotercera. "Régimen jurídico del convenio especial a suscribir en determinados expedientes de despido colectivo.":

"1. En el convenio especial a que se refiere el artículo 51.9 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, 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 a que se refiere el artículo 205.1.a), en los términos establecidos en los apartados siguientes.

2. A tal efecto, las cotizaciones por el referido periodo se determinarán aplicando al promedio de las bases de cotización del trabajador, en los últimos seis meses de ocupación cotizada, el tipo de cotización previsto en la normativa reguladora del convenio especial. De la cantidad resultante se deducirá la cotización, a cargo del Servicio Público de Empleo Estatal, correspondiente al periodo en el que el trabajador pueda tener derecho a la percepción del subsidio de desempleo, cuando corresponda cotizar por la contingencia de jubilación, calculándola en función de la base y tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio especial.

Las cotizaciones correspondientes al convenio serán a cargo del empresario hasta la fecha en que el trabajador cumpla los sesenta y tres años, salvo en los casos de expedientes de despido colectivo por causas económicas, en los que dicha obligación se extenderá hasta el cumplimiento, por parte del trabajador, de los sesenta y un años.

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 General de la Seguridad Social, en los términos que establezca el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

A partir del cumplimiento por parte del trabajador 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), o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 4.

3. En caso de fallecimiento del trabajador o de reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente durante el período de cotización correspondiente al empresario, este tendrá derecho al reintegro de las cuotas que, en su caso, se hubieran ingresado por el convenio especial correspondientes al período posterior a la fecha en que tuviera lugar el fallecimiento o el reconocimiento de la pensión, previa regularización anual y en los términos que reglamentariamente se establezcan.

4. Si durante el período de cotización a cargo del empresario el trabajador 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 período a cargo del trabajador recogido en el último párrafo del apartado 2, en los términos que reglamentariamente se determinen y sin perjuicio del derecho del empresario al reintegro de las cuotas que procedan, de existir remanente en la fecha en que aquel cause la pensión de jubilación.

5. Los reintegros a que se refieren los apartados 3 y 4 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.

A tal efecto, el hecho causante del reintegro tendrá lugar en la fecha del fallecimiento del trabajador o en aquella en la que este hubiera causado pensión de incapacidad permanente para los supuestos previstos en el apartado 3, y en la fecha en que el trabajador hubiera causado pensión de jubilación, para el supuesto previsto en el apartado 4.

6. En lo no previsto en los apartados precedentes, este convenio especial se regirá por lo dispuesto en las normas reglamentarias reguladoras del convenio especial en el sistema de la Seguridad Social."

De una atenta lectura de las sucesivas reformas se pone de relieve que la referida disposición adicional desde el primer momento ha establecido:

-Que las cotizaciones en este tipo de convenio especial abarcan el período de tiempo que va desde el cese en el trabajo hasta la fecha de jubilación.

-Que tras el cumplimiento de 63 años (o 61) las cotizaciones serán obligatorias y a cargo del trabajador.

-Que en lo no previsto en la disposición adicional son de aplicación las normas reglamentarias al efecto.

He considerado efectuar de forma analítica este repaso ya que hay opiniones que atribuyen a alguna modificación legislativa un cambio en la postura de la Seguridad Social, aunque, como se puede comprobar, las modificaciones han sido más bien de detalle.

B.- El desarrollo reglamentario y el Modelo de convenio especial.- El desarrollo reglamentario se plasmó, tras la Ley 35/2002, en la Orden TAS 2865/2003, de 13 de octubre, ya citada. Siguiendo a PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO ["Los Convenios Especiales de Beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social (Reforma operada por Orden TAS 2865/2003, de 13 de octubre. BOE de 18 de octubre)", 2003] hay que señalar que la finalidad de la norma de 2003 es fundamentalmente la de unificar las distintas modalidades de convenios especiales reguladas por muy distintas normas, que habían sobrepasado la Orden de 18 de julio de 1991 y que necesitaban una refundición normativa. También señalan la finalidad de completar las lagunas existentes en la regulación de ciertos convenios especiales (convenio especial entre empresas y trabajadores sujetos a expediente de regulación de empleo que incluyan a trabajadores de 55 años o más, previsto en la Disposición Adicional 31 de la LGSS).

El contenido de dicha Orden avala la postura de la parte recurrente, en la medida en que:

a.- Se introduce como causa de extinción del convenio especial la decisión del trabajador en su art. 10.e), además del impago de tres mensualidades consecutivas o cinco alternas, lo que también remite a la voluntad del trabajador.

b.- Se aprueba un Modelo de convenio especial para trabajadores sujetos a ERE [Anexo II] en cuya cláusula 7ª e) se plasma como causa de extinción la decisión del interesado; además de la falta de abono en la cláusula 7ª c).

Precisamente, el convenio especial suscrito por la trabajadora, la empresa y la Seguridad Social es el del Modelo del Anexo II de la Orden de 2003, y contiene las cláusulas indicadas.

Hay que tener en cuenta que el Modelo no es común para todo tipo de convenios especiales, sino que se trata de un modelo específico para los derivados de ERE para trabajadores mayores de 55 años. Incluso que quien elaboró el modelo tuvo en cuenta este tipo de convenio especial y partía de la voluntariedad de la pervivencia del mismo durante el período a cargo de trabajador, ya que alude de forma reiterada a la modalidad especial y a que el pago pase a ser efectuado por el trabajador a partir de 61 años de edad.

Por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social se considera que la alusión que hace la disposición adicional 31ª.4 de la Ley General de la Seguridad Social [en las diferentes versiones de dicho precepto que he indicado] a que "las aportaciones al convenio especial serán obligatorias y a cargo exclusivo del mismo" justifica que el trabajador no se puede desligar del convenio especial por su propia voluntad.

Las pautas para la interpretación de las normas jurídicas se contienen en el art. 3 del Código Civil. En el mismo se establece que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Pero finaliza indicando que lo fundamental es atender al espíritu y finalidad de las normas jurídicas.

De esta forma, aplicando estas reglas en el caso que nos ocupa, existe una interpretación del dicho precepto compatible con el desarrollo reglamentario al que he aludido, en el sentido de que, desde el momento en que el convenio especial siga vigente, será obligación del trabajador la de pagar las cuotas. Pero si no hay convenio especial no habrá obligación. También en relación con otro tipo de convenios que pactan trabajadores con la TGSS se indica la "obligación" de abonar las cuotas, que es lo que señala el art. 6 de la Orden de 2003: "en situación de convenio especial la cotización a la Seguridad Social será obligatoria..." Pero hay que distinguir la obligación de efectuar las aportaciones, de la posibilidad de desvincularse del convenio especial mediante la decisión comunicada a la TGSS.

Existe otro argumento que podría calificarse como algo parecido a una "reducción al absurdo", y que según el Código civil supone "atender al espíritu y finalidad de las normas jurídicas". Si p.e. un trabajador tiene 60 años y 11 meses cuando es despedido y se pacta el convenio especial, cabe la posibilidad de que el empresario tenga que cotizar un mes y que el trabajador tenga que cotizar 5 o 6 años. En tales condiciones, parece evidente que se debe dejar al trabajador la opción de decidir si mantener o no el convenio especial. La interpretación de una norma de protección del trabajador no puede suponer en el fondo una carga para el mismo.

Cuarto.- Otras consideraciones.-

A.- La Orden TAS 3862/2004. Por su parte, la "ORDEN TAS/3862/2004, de 22 de noviembre, por la que se modifica la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social" abunda en la interpretación favorable a la parte recurrente ya que:

a.- Introduce un nuevo art. 28 en el que indica que las disposiciones del Capítulo I se aplican de forma supletoria respecto del Capítulo II. En el Capítulo I se incluye la regla sobre extinción del convenio especial con carácter general, que, de esta forma, también es de aplicación al convenio especial de empresarios y trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo [regulado en el Capítulo II].

Dicho precepto señala lo siguiente:

"Artículo 28. Aplicación supletoria.

En lo no previsto en los artículos anteriores de este Capítulo se aplicará lo dispuesto en el Capítulo I de esta Orden."

b.- Se otorga a los interesados la posibilidad de reducir la cotización por su voluntad:

"Uno. Se adicionan dos nuevos párrafos al apartado 3 del artículo 20, con la siguiente redacción:

«Asimismo, la base de cotización aplicable en este convenio especial, respecto de los trabajadores menores de 61 años de edad, podrá ser incrementada en cada ejercicio conforme a lo establecido en los apartados 2.2 a 2.5 del artículo 6 de esta Orden, cuando, con carácter voluntario, se solicite por el empresario o por el trabajador afectados o por ambos.

A estos efectos las partes interesadas suscribirán una cláusula adicional al convenio por la que se determine el responsable del pago del incremento de cuotas resultante, sin necesidad de presentar aval u otra garantía ni de sustituir por tercero al responsable del pago, siendo aplicable a la suspensión y extinción de dicha cláusula lo establecido en el artículo 10 de esta Orden.»"

Si se otorga la posibilidad a los partícipes de decidir [en virtud de la remisión que se hace al art. 10.g de la Orden de 2003] por su propia voluntad que en los convenios especiales se reduzca la cotización, se está admitiendo de forma implícita que la voluntad del trabajador tiene relevancia para definir el contenido de los convenios especiales de empresarios y trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo.

B.- La competencia del Director de la Administración.- Por el Sr. Letrado de la Administración se indicó en la contestación a la demanda de otros asuntos similares, que el Director de la Administración de la Seguridad Social carece de competencia para apartarse de lo dispuesto en una norma con rango de ley [de la ya citada D.A. 31ª de la Ley General de la Seguridad Social].

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, no se trata tanto de la competencia o potestad de un órgano de la Administración para dictar un determinado acto administrativo u otorgar un convenio, como del contenido de una disposición reglamentaria, aprobada en desarrollo de una norma con rango de ley.

En este sentido, no se puede olvidar que el contenido del convenio especial objeto del presente proceso no es otro que el del modelo aprobado por la Orden de 2003. El Director se ha limitado a usar el modelo fijado, sin introducir cláusulas especiales. Es decir, no se está cuestionando la autoridad o potestad del Director de la Administración,

sino del propio Ministro al aprobar la Orden Ministerial, y, aquí sí, entra en juego la potestad reglamentaria para el desarrollo de la Ley.

C.- La Orden TIN/2077/2009, de 27 de julio, por la que se modifica la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social [BOE 31/7/2009]. Esta Orden Ministerial modifica la de 2003 y en lo que interesa al presente proceso, suprime el Modelo de convenio especial para ERE. Se indica lo siguiente en la Exposición de Motivos: "Asimismo, se reforma la disposición final primera de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, a efectos de que la Tesorería General de la Seguridad Social actualice el modelo de convenio especial de empresarios y trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo, hasta ahora recogido como anexo II de dicha norma y que es objeto de supresión por esta orden."

Tres. La disposición final primera queda redactada en los siguientes términos:

«Disposición final primera. Habilitación.

Se faculta a la Tesorería General de la Seguridad Social para aprobar y, en su caso, modificar los modelos a los que han de ajustarse los distintos tipos de convenio especial regulados en esta orden, con sujeción en todo caso a lo dispuesto en ella.»

Disposición adicional única. Actualización de modelaje.

Queda suprimido el anexo II de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, relativo al modelo de convenio especial de empresarios y trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo, cuya adaptación a las reformas efectuadas en la disposición adicional trigésima primera de la Ley General de la Seguridad Social, por el Real Decreto-ley 2/2009, de 6 de marzo, y en el artículo 20 de la citada norma reglamentaria, por esta orden, corresponderá a la Tesorería General de la Seguridad Social.

La referencia que en el apartado 2.1 del artículo 20 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, se efectúa al anexo I, se entenderá hecha al anexo de dicha orden.

Disposición transitoria única. Aplicación de la orden.

Lo dispuesto en esta orden resultará de aplicación a los convenios especiales de empresarios y trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo suscritos desde el 8 de marzo de 2009, fecha de entrada en vigor de la modificación de la disposición adicional trigésima primera de la Ley General de la Seguridad Social, efectuada por el Real Decreto-ley 2/2009, de 6 de marzo.

Ciertamente, por las partes se utilizó el año 2013 un modelo que ya no estaba vigente. Pero esta cuestión no puede tener relevancia para la desestimación del recurso contencioso-administrativo, en la medida en que no consta que se haya aprobado otro modelo diferente para este tipo de convenios especiales.

D.- La naturaleza jurídica contractual del convenio especial.- Con todas las matizaciones y precisiones que sean procedentes, la figura del convenio especial participa de una naturaleza contractual, al igual que otros conciertos de la Administración en diferentes ámbitos. Desde esta perspectiva, no se puede dejar de lado la vinculación que supone para las partes que suscriben dichos convenios el contenido de los mismos. En el caso que nos ocupa, las cláusulas sobre extinción del convenio especial tienen fuerza

vinculante y han de ser aplicadas, pudiendo la Administración haber acudido a mecanismos de revisión de actos administrativos para casos de nulidad de pleno Derecho o de anulabilidad; ya sea respecto del Modelo de convenio especial, ya sea respecto del convenio especial objeto del presente proceso. Nada de eso se hizo.

La vinculación que deriva del contenido del convenio especial se refleja en adagios como "pacta sunt servanda" o el contenido del art. 1.256, Cc que señala que la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las partes.

E.- La doctrina de los actos propios (como plasmación del principio de buena fe) y el principio de confianza legítima.- Estos principios, que se plasman con carácter general en el art. 3 de la Ley 30/1992, determinan en el caso que nos ocupa, que la Tesorería General de la Seguridad Social haya de verse sujeta a la posibilidad de extinción del convenio especial por decisión de la interesada. Si en su momento suscribió el convenio especial en que se permite la extinción por decisión de la interesada, no es factible que, una vez suscrito, la TGSS ignore su contenido y no se sujete a las consecuencias jurídicas derivadas del mismo. La Administración no puede firmar una cláusula y a continuación actuar como si no existiera.

En atención a que el supuesto en que nos encontramos es idéntico, en todo al que fue objeto de resolución en la sentencia transcrita, hemos también aquí, estimar la demanda, reafirmando los argumentos allí expuestos y en particular.

No hay ninguna norma en la Orden TAS/2865/2003 que permita excepcionar su regulación a éste convenio. Como queda expresado de hecho se reguló con posterioridad a su instauración y se ha modificado con posterioridad sin afectar al art. 10, que establece como causa de extinción la voluntad del trabajador.

La interpretación que ofrece la Seguridad Social es contrario al modelo firmado y a la confianza legítima y buena fé. En el modelo consta que una de las causas de extinción es la voluntad del trabajador y en esas condiciones firmó su obligación de aportar sus cuotas a la Seguridad Social.

SEGUNDO: De conformidad a lo dispuesto en el art. 139 de la LRJCA, al estimar el recurso deben imponerse las costas a la Administración demandada con el límite por todo concepto de 1.500 euros.

III. FALLO.

ESTIMAR EL PRESENTE RECURSO Nº 59/2016, INTERPUESTO POR DA. MARIA ELISA HERRER RAMÓN Y EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: DECLARAR NO SER CONFORME A DERECHO LA ACTUACIÓN RECURRIDA QUE SE ANULA.

SEGUNDO: RECONOCER COMO SITUACIÓN JURIDICA INVIDUALIZADA EL DERECHO DE LA ACTORA A LA EXTINCION DEL CONVENIO CON EFECTOS DE 1 DE ENERO DE 2016.

TERCERO: HACER EXPRESA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS DEL PRESENTE RECURSO CON EL LIMITE ALUDIDO.

Notifíquese esta Sentencia a las partes personadas, incorpórese al Libro de Sentencias de esta Sección y llévase testimonio a los autos principales.

Una vez firme, COMUNÍQUESE ESTA SENTENCIA en el plazo de DIEZ DÍAS al órgano que realizó la actividad objeto del recurso, para que el citado órgano:

1. Acuse recibo de la comunicación, en idéntico plazo de DIEZ DÍAS desde su recepción, indicando a este Tribunal, el órgano responsable del cumplimiento del fallo de la Sentencia.
2. Lleve a puro y debido efecto y practique lo que exija el cumplimiento del fallo de la Sentencia.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, los Ilmos Sres. Magistrados D. Juan Carlos Zapata Híjar, D^a. Carmen Muñoz Juncosa y D. Juan José Carbonero Redondo de la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.