

EL DEBER EMPRESARIAL DE REALIZAR APORTACIONES AL TESORO PÚBLICO POR EL DESPIDO DE TRABAJADORES DE CINCUENTA O MÁS AÑOS MEDIANDO BENEFICIOS. UN ANÁLISIS DE DATOS Y FINALIDADES⁹⁷

Ricardo Esteban Legarreta

Universitat Autònoma de Barcelona, Spain

Resumen:

El artículo analiza algunos de los principales rasgos del deber empresarial de realizar aportaciones públicas al Tesoro Público en caso de despido colectivo que afecte a trabajadores de cincuenta o más años, llevado a cabo por medianas y grandes empresas. De modo especial en su primera parte, el artículo resalta algunas cuestiones generales de la obligación como son la naturaleza de este deber, el despido colectivo como requisito y, además, se facilitan algunas cifras sobre la aplicación de este deber empresarial desde 2011 hasta 2015. Además, hay otros tres puntos adicionales. El primero de ellos se refiere al alcance de la aportación económica, lo que puede ayudar a evaluar la efectividad de la medida. El segundo, se centra en la relación y articulación de este medida con otras que también se dirigen a combatir la discriminación por edad, como es el caso del derecho administrativo sancionador. En fin, el artículo se detiene en el escaso papel de esta carga económica, como medida compensatoria para aquellos concretos trabajadores de edad que pierdan su puesto de Trabajo

Palabras clave:Despidos colectivos, trabajadores de edad, protección de empleo.

Abstract:

This article deals with some of the main features related with the corporate duty to make financial contributions to the Exchequer in case of collective dismissal, including a high number of mature workers, carried out by medium-big sized companies. Especially in its first part, the paper

⁹⁷ Este artículo constituye un resultado del Proyecto de Investigación “El impacto de la normativa en el empleo de los trabajadores de edad. Evaluación y propuestas de mejora”(DER 2013-41638R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad

underlines general issues, as the nature of the duty, the collective dismissal as a needed condition, and it provides some figures on the application of the duty from 2011 to 2015. Moreover, there are another three basic points. The first one refers to the reach of the economic burden, so, and it may be useful in order to assess the effectiveness of this duty. Besides, the paper focuses on the relationship between the burden and other ways to struggle ageing discrimination, as economic sanctions and, in general, the law on labor administrative sanction. Finally, the article deals on the scarce role of this burden, in order to compensate mature workers for the loss of their jobs

Keywords: Collective dismissal, mature workers, employment protection.

1. PLANTEAMIENTO

La medida objeto de análisis en esta comunicación constituye una obligación de realizar aportaciones económicas que recae sobre las empresas que acreditando beneficios lleven a cabo despidos colectivos, a fin de que no incluyan un número desproporcionado de trabajadores de cincuenta o más años entre los afectados por el despido. Se trata de una medida que en sus orígenes fue diseñada por la Ley 27/2011 como una suerte de norma-acto con un destinatario en principio evidente; a saber, se trataba de evitar que Telefónica cargase sobre el presupuesto del Servicio Público Estatal de Empleo importantes costes derivados del despido colectivo llevado a cabo entre 2011 y 2013⁹⁸ y que afectó a más de seis mil trabajadores, cuando en realidad la compañía presentaba beneficios.

La obligación de realizar aportaciones al Tesoro Público es una figura singular, lo que exige que su análisis se haga con prudencia, para lo cual, señalaremos a título de presentación los rasgos más destacables de esta figura.

Tras un total de tres reformas, en su versión actual la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011 recoge una obligación que de modo creciente se ha ido adaptando al tamaño de la empresa española. El texto actual es fruto de las modificaciones introducidas mediante el Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo. En concreto, el contenido objeto de comentario se encuentra en el Capítulo VI del Real Decreto-Ley, dedicado a la regulación de medidas para evitar la discriminación de los trabajadores de más edad en los despidos colectivos. Más allá del amplio contenido legal, se ha de recordar que la regulación de esta obligación quedó completada mediante la aprobación del Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, que a su vez ha sido objeto de una reforma tras la aprobación del Real Decreto-Ley 5/2013.

En la presente comunicación se llevará a cabo en un primer apartado (1) una exposición de las principales características de la figura como son el tipo de despido contemplado, la exigencia de beneficios, la naturaleza de la obligación y una referencia a las grandes cifras de aplicación de la medida, conocidas hasta hoy. Tras este apartado, la comunicación se detiene (2) en el alcance de las aportaciones, lo que os permitirá valorar hasta qué punto se trata de una medida eficaz en su principal objetivo: evitar una presencia desproporcionada de trabajadores de edad en los despidos colectivos instados por empresas con beneficios. A continuación (3) se analiza la relación de esta obligación empresarial con la normativa sancionadora encargada de combatir las conductas

⁹⁸ Sobre la cuestión puede verse: http://economia.elpais.com/economia/2013/08/04/actualidad/1375641209_585949.html. Por su parte, Cabeza Pereiro, 2012, 16 y 17) lleva a cabo una excelente descripción de los antecedentes que dieron lugar a la aprobación de la norma.

discriminatorias empresariales, cerrándose el trabajo (4) con unas breves reflexiones a propósito del escaso carácter resarcitorio o compensador de la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011.

2. RASGOS, NATURALEZA Y ALGUNAS CIFRAS A PROPÓSITO DE LA OBLIGACIÓN DE REALIZAR APORTACIONES AL TESORO PÚBLICO.

2.1 Despidos incluidos, tamaño de las empresas afectadas y necesidad de una presencia desproporcionada de los trabajadores de edad entre los despedidos

La obligación de realizar aportaciones al Tesoro Público afectará a empresas que realicen despidos colectivos, pero no serán empresas de cualquier dimensión. En este sentido, dedicaremos algunas líneas a señalar qué tipos de despidos dan lugar a la realización de aportaciones al Tesoro Público y, de otro lado, a la cuestión de las plantillas de las empresas afectadas y al volumen de trabajadores de edad afectados.

En todas las versiones de la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011, la obligación de realizar aportaciones al Tesoro Público se limita a supuestos de despido colectivo, de modo que se está exigiendo siempre y en todo caso que la decisión empresarial tenga aquella dimensión para que la norma despliegue sus efectos. A este respecto, cabe plantearse en primer lugar si se trata de una opción razonable y si no hubiese sido necesario ampliar el supuesto a los despidos por causas empresariales de carácter individual del artículo 52 c] TRLET que se lleven a cabo dentro de un periodo determinado, sin necesidad de que finalmente se lleve a cabo un despido colectivo. Desde una perspectiva de protección del empleo de los trabajadores de edad y de evitación de situaciones de discriminación tal opción se me antoja mucho más eficaz por razones obvias. Sin embargo, parece evidente que el legislador no desea ejercer una presión tan fuerte sobre empresas de pequeña y mediana dimensión, menos tendentes a llevar a cabo extinciones colectivas del artículo 51 TRLET.

A mi juicio el hecho de que la Ley se limite a los despidos colectivos “formales”, concurre o no causa real de despido (Cabeza Pereiro, 2012, p. 20), no es óbice a que se puedan incluir entre los empresarios obligados a realizar aportaciones, a aquellos que incurran en lo que el Tribunal Supremo ha denominado como “despidos colectivos de hecho”⁹⁹, en los que en un periodo de

⁹⁹En su sentencia de 25 de noviembre de 2013 (RJ 2014/36), el Alto Tribunal señala en su fundamento jurídico segundo que” (...) una decisión extintiva de carácter colectivo puede adoptarse formalmente como tal, sometiéndose al procedimiento legalmente previsto en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de desarrollo reglamentario. Pero puede también producirse al margen de este procedimiento - prescindiendo, por ejemplo, del periodo de consultas- o incluso ocultando su carácter colectivo. En el primer caso, estaríamos ante un despido colectivo irregular y en el segundo ante lo que la sentencia recurrida denomina, con acierto, un “despido colectivo de hecho”, que también podría calificarse en determinados casos como un despido fraudulento”.

noventa días se habrá alcanzado el volumen de despidos previsto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, sin que la empresa haya iniciado el oportuno periodo de consultas. Para estos casos, deberán computarse todos los despidos llevados a cabo por motivos no inherentes a la persona del trabajador, incluyéndose entre otros, los despidos económicos individuales del artículo 52 c] TRLET así como los despidos disciplinarios reconocidos o declarados como improcedentes.

Además de acreditar beneficios, requisito al que nos referiremos más adelante, las empresas deberán acreditar una plantilla no inferior a 100 trabajadores, aunque también se extiende la obligación a empresas que estén integradas en grupos con 100 o más trabajadores. Por lo tanto, las empresas de menor dimensión quedarán eximidas de dicha obligación legal.”. Cabe destacar la evolución en este rasgo, ya que en la versión original de la norma, la obligación de realizar aportaciones se limitaba a empresas de más de 500 trabajadores o a empresas integradas en grupos que superasen la cifra de los 500 trabajadores y que además llevasen a cabo despidos en los que hubiese no menos de 100 trabajadores afectados. Todo ello convertía la aplicación de esta medida en una mera anécdota si atendemos a la modesta cifra de empresas de 500 o más trabajadores, existentes en nuestro tejido productivo. De todos modos, cabe adelantar algunos datos que más adelante se detallarán¹⁰⁰ y que confirman que la medida se aplica preferentemente a empresas de media/grande dimensión. Así, del conjunto de empresas afectadas por la obligación de realizar aportaciones al Tesoro Público, veintisiete hasta mayo de 2015, un total de diecinueve (el 70'4 por 100) tenían más de 250 trabajadores, mientras que solamente ocho (el 29'6 por 100) tenían hasta 250 trabajadores.

En fin, en su versión inicial la Ley establecía la obligación de realizar aportaciones por despidos de trabajadores de cincuenta o más años, con independencia del número de despidos llevados a cabo, mientras que en la actualidad se exige una desproporción de trabajadores de cincuenta o más años entre aquellos que van a ser objeto de despido, y la plantilla de la empresa. De este modo y como veremos, en un principio este deber empresarial estuvo marcadamente inspirado en la pretensión de reubicar cargas sociales sobre las empresas de grandes dimensiones con beneficios aliviando a las arcas del sistema de la Seguridad Social, especialmente por los costes asumidos en materia de protección por desempleo. Como se verá, las cosas han variado sensiblemente con la reforma del Real Decreto-Ley 5/2013 ya que se camina hacia un mecanismo con tintes más claros de medida antidiscriminatoria.

2.2 Necesidad de generación de beneficios.

Una tercera “pata” de la obligación de las empresas de realizar aportaciones al Tesoro Público se basa en la necesidad de que presenten beneficios de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011. En este sentido, en los cambios legislativos que se han

¹⁰⁰ Datos facilitados por la Subdirección General de Relaciones Institucionales y Asistencia Jurídica del Servicio Público Estatal de Empleo, mediante escrito de fecha 27 de julio de 2015.

producido a lo largo de estos años permiten augurar que a medio plazo puede haber un número creciente de empresas que se vean obligadas a hacer aportaciones al Tesoro Público. Al respecto, en su versión inicial la Disposición Adicional Decimosexta hacía recaer responsabilidades sobre aquellas empresas que hubiesen obtenido beneficios durante los dos ejercicios anteriores al del despido. Ahora bien, tras la reforma de 2013 se mantiene la regla anterior pero se incluye las empresas responsables a aquellas “que obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del período comprendido entre el ejercicio económico anterior al despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha”. Este cambio no es menor ya que una coyuntura económica de una cierta recuperación puede propiciar con el tiempo, un futuro deber de realizar aportaciones al Tesoro Público. Dicho en otras palabras, la inclusión de un número desproporcionado de personas de edad entre las que sean objeto del despido puede convertirse en muchos casos en una bomba de relojería ya que es perfectamente posible que dentro de un margen de cuatro ejercicios posteriores al despido colectivo, se den dos años seguidos de beneficios que pueden dar lugar al pago de elevadas sumas al Tesoro Público.

2.3 Naturaleza de la obligación de realizar aportaciones y algunas cifras a propósito de esta obligación.

En lo que concierne a la naturaleza de la obligación de realizar aportaciones al Tesoro Público, nos encontramos ante un ejemplo de los denominados tributos con fines no fiscales. En este sentido, el deber de realizar aportaciones se apartaría de la finalidad básica de los tributos, que no es otra que la obtención de recursos, y estaría orientada a “encauzar en una determinada dirección comportamientos o conductas de los contribuyentes” (Vega Herrero y Muñoz del Castillo, 2009, p. 111). Por lo tanto, mediante un instrumento tributario se pretende reorientar inercias en los comportamientos empresariales, evitando la presencia desproporcionada de trabajadores de cincuenta o más años entre los que son objeto de despido colectivo. Esta naturaleza tributaria del deber empresarial de realizar aportaciones al Tesoro Público, comporta la intervención de la Administración Tributaria en su recaudación (art. 10 RD 1484/2012, de 29 de octubre) y posiblemente ha alimentado la falta de un sistema de infracciones y sanciones para el caso en el que se produzca un incumplimiento de esta obligación. Al respecto, nos hallamos ante un tributo no fiscal con inevitables connotaciones sancionadoras, aunque no se trate de una sanción en sentido estricto.

Lo cierto es que las grandes cifras de la aplicación de la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley General de la Seguridad Social muestran cómo el alcance en la aplicación de la norma es más bien modesto, aunque son cifras que pueden tener una cierta significación. Así, en base a expedientes ya cerrados entre el momento de la entrada en vigor de esta obligación y mayo de 2015¹⁰¹ el total

¹⁰¹Datos facilitados por la Subdirección General de Relaciones Institucionales y Asistencia Jurídica del Servicio Público Estatal de Empleo, mediante escrito de fecha 27 de julio de 2015.

pagado por las empresas obligadas a hacer aportaciones al Tesoro Público asciende a 207.609.966'79 euros. Ahora bien, si observamos el número de empresas concernidas veremos que se trata de un número bastante modesto, de lo que cabe deducir que solo –o casi solo– empresas de notable dimensión se han visto afectadas por la medida. A este respecto, el número de empresas afectadas ha sido de veintisiete, de las cuales diecisiete tenían su sede en Madrid, cuatro en Barcelona y seis en el resto de España. Del conjunto de empresas afectadas, un total de diecinueve (el 70'4 por 100) tenían más de 250 trabajadores, mientras que solamente ocho (el 29'6 por 100) tenían hasta 250 trabajadores.

Ahora bien, no debe olvidarse que es posible una lectura más positiva de estas cifras y es que la escasa aplicación práctica de la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011 responde quizás a una conducta preventiva de las empresas, que ha tendido a evitar la incorporación de una alta cantidad de trabajadores de edad entre los despedidos. En otras palabras, en la medida en que la norma haya logrado en buena parte sus objetivos, es lógico pensar que el número de expedientes encaminados a realizar aportaciones va a ser modesto.

3. UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS COSTES A ASUMIR POR LAS EMPRESAS Y SU POSIBLE INCIDENCIA EN LA DINÁMICA DE LA GESTIÓN DEL PERSONAL.

Como es natural, un elemento clave en el análisis de esta materia es la valoración de los costes que va a comportar para la empresa el hecho de incurrir en un despido con sobrerepresentación de trabajadores de edad, lo que intuitivamente nos va a permitir valorar hasta qué punto las previsiones legales van a condicionar o no la decisión empresarial. Vaya por delante que uno de los problemas en el actual diseño de la obligación está en que la empresa podría ser obligada a realizar aportaciones al Tesoro Público incluso cuando obtenga beneficios durante el tercer y el cuarto ejercicios posteriores a aquél en el que se haya procedido a efectuar el despido colectivo. La cuestión no es menor porque es muy importante que el responsable empresarial sea consciente de la “bomba de relojería” que supone la obligación que puedeemerger años más tarde, cuando los resultados empresariales remonten. Ahora bien, teniendo en cuenta el tamaño de las empresas potencialmente afectadas por la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011, cabe deducir que el potencial disuasorio de la Disposición es elevado, lo que se deduce de las consultas cautelares recibidas por la Administración Laboral competente en materia de despidos colectivos¹⁰².

¹⁰²En el marco del Proyecto de Investigación en el que incluye esta comunicación, se han mantenido contactos con la Dirección General de Relaciones Laborales de la Generalitat de Cataluña, organismo desde donde se nos ha señalado que algunas empresas han realizado consultas al respecto de la posibilidad de que se viesen obligadas a realizar aportaciones al Tesoro Público.

En todo caso, el alcance de la obligación de efectuar aportaciones al Tesoro Público se determina en el apartado 3 la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011, que establece los tres componentes que van a integrar la base sobre la que se obtendrá la cuantía a ingresar al Tesoro Público en concepto de responsabilidad por prestaciones por desempleo. Los conceptos previstos son los siguientes:

- A) De un lado, la cuantía total abonada efectivamente por el Servicio Público de Empleo Estatal a los trabajadores de cincuenta o más años en concepto de prestaciones por desempleo¹⁰³.
- B) Cuantía total efectivamente abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por las cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, de conformidad con lo previsto en el artículo 214 de la LGSS.
- C) Un canon fijo por cada trabajador que haya iniciado el cobro del subsidio por desempleo por agotamiento de la prestación, de los previstos en los artículos 215.1.1. a] y b]¹⁰⁴ o el de mayores de cincuenta y cinco años del artículo 215.1.3 LGSS. De acuerdo con la Ley, el canon “se calculará mediante la totalización durante un periodo de seis años de la suma del coste anual del subsidio por desempleo más el de la cotización por jubilación por cuenta de la entidad gestora hasta el año del agotamiento”. En este último caso, lo llamativo es que no todos los trabajadores que accedan al subsidio asistencial van a cobrarlo durante seis años, ni todos van a beneficiarse de la cotización a la Seguridad Social durante el periodo de percepción de su subsidio¹⁰⁵. Por lo tanto, cabe deducir que nos hallamos ante un planteamiento punitivo¹⁰⁶ que pretende cargar a las empresas con unos costes de subsidios de desempleo más altos que los reales con la finalidad de proteger a trabajadores de edad especialmente vulnerables—precisamente a los que no van a poder acceder al subsidio de mayores de 55 años--, pero que paradójicamente no son resarcidos directamente con esta medida¹⁰⁷. Abundando en esta solución, la Ley no olvida la posibilidad de que los

¹⁰³ Ahora bien, como contrapunto a lo anterior, y a petición de la empresa —en el trámite de alegaciones del expediente, remarca el desarrollo reglamentario -- podrá excluirse a ésta de responsabilidad por los trabajadores despedidos y posteriormente recolocados “en la misma empresa, o en otra empresa del grupo del que forme parte, o en cualquiera otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de sus contratos de trabajo”. La medida es de todo punto razonable teniendo en cuenta, además que la recolocación va a generar un evidente ahorro en materia de prestaciones por desempleo

¹⁰⁴ Se trata de subsidios a los que se tendrá derecho por a] haber agotado la prestación por desempleo y tener responsabilidades familiares o; por b] haber agotado la prestación por desempleo, carecer de responsabilidades familiares y ser mayor de 45 años en la fecha de agotamiento. Para los supuestos de la letra a] el artículo 216.1 LGSS prevé subsidios con una duración que oscila entre los veinticuatro y los treinta meses. Para el caso de la letra b], el mismo precepto establece un subsidio con una duración de seis mensualidades.

¹⁰⁵ Ver la nota anterior, a cuyo contenido cabe añadir, en base a lo previsto en el artículo 218 LGSS, el único subsidio de desempleo por el que se cotiza es el que corresponde a los mayores de 55 años.

¹⁰⁶ Quizás también concurre la voluntad de simplificar y abbreviar el procedimiento ya que el canon permite un cierre del expediente muy anterior a la finalización del disfrute de subsidios por parte de los trabajadores despedidos.

¹⁰⁷ Evidentemente, cabría interpretar que por los subsidios diferentes al de trabajadores de 55 años deben computarse en el canon únicamente cantías equivalentes a la duración máxima legal, pero de una interpretación sistemática del art. 3.2 c] del Real Decreto 1484/2012 no parece deducirse esta interpretación ya que el elemento punitivo sobrevuela el

trabajadores de cincuenta o más años accedan directamente al subsidio “contributivo” del artículo 215.2) LGSS, en cuyo caso la empresa también estará obligada a contemplar un canon por dichos trabajadores. En este caso la regla es especialmente áspera ya que este subsidio tiene una duración máxima de veintiún meses cuando se acrediten responsabilidades familiares y una duración máxima de seis meses si no se acreditan responsabilidades familiares (art. 216.2 LGSS). Por lo contrario, cabría interpretar que las cotizaciones no se incluirán en la base cuando éstas no deban realizarse (CABEZA PEREREIRO 2012, p. 22), que es la regla general en el subsidio asistencial, salvo en el caso del subsidio de mayores de 55 años.

Una vez identificada la cuantía de la base, el tipo a aplicar para determinar la aportación empresarial irá desde un máximo del 100 por 100 hasta un 60 por 100 de la base, lo que va a depender de la plantilla de la empresa o grupo; del porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años en relación con el número de trabajadores despedidos y, en fin, del porcentaje de beneficios de la empresa o del grupo sobre los ingresos, (apartado 4 de la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011)¹⁰⁸. Nótese que la Ley se refiere a empresas o grupos de empresas, de modo que siempre que nos hallemos ante empresas integradas en grupos, la perspectiva de computo debería ser la del grupo.

Uno de los elementos determinantes en el volumen de las aportaciones empresariales será el cómputo de la plantilla de modo que como en tantos otros ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico, la mayor dimensión de la plantilla o del grupo de empresas incidirá en una aportación de mayor envergadura, de manera que se mantiene la presunción legal de que a mayor volumen de

Decreto. No debe olvidarse que, a los efectos del canon, se fijará la cuantía con independencia de la duración efectiva de los subsidios.

¹⁰⁸La fijación del canon y los elementos de ponderación se establecen en la Ley del modo que sigue.

Porcentaje de trabajadores afectados de 50 o más años en relación con el número de trabajadores despedidos	Porcentaje de beneficio sobre los ingresos	Número de trabajadores en la empresa		
		Más de 2.000	Entre 1.000 y 2.000	Entre 100 y 999
Más del 35 %	Más del 10 %	100 %	95 %	90 %
	Menos del 10 %	95 %	90 %	85 %
Entre el 15 % y el 35 %	Más del 10 %	95 %	90 %	85 %
	Menos del 10 %	90 %	85 %	80 %
Menos del 15 %	Más del 10 %	75 %	70 %	65 %
	Menos del 10 %	70 %	65 %	60 %

plantilla mayor capacidad de la empresa y, muy probablemente, mayor capacidad de adaptar el perfil del grupo de trabajadores despedidos a una “apariencia de no discriminación”.

Llegados a este punto, a partir de los datos facilitados por el Servicio Público de Empleo Estatal, ya referenciados, cabe deducir que muy probablemente las empresas afectadas van a ser por lo general de más de 1000 trabajadores. Y en todo caso, lo más posible es que los porcentajes que se tengan que realizar al Tesoro Público oscilen entre un 80 y un 85 por 100 de las bases de la aportación¹⁰⁹. A título de ejemplo, a partir de un salario mensual bruto de 2000 euros con prorrata de pagas extraordinarias incluida, una cifra plausible en el caso de trabajadores de cincuenta o más años, podríamos hallarnos con la obligación de realizar aportaciones al 80 por 100 nada desdenables (García-Perrote Escartín, 2015, p. 4). En este sentido, a partir del salario bruto señalado –2000 euros con prorrata de pagas extraordinarias–, el despido de un trabajador de cincuenta o más años cumpliendo los requisitos de la Disposición Adicional significaría un coste para la empresa de en torno a 21.120 en concepto de prestaciones por desempleo y 9.062110 euros en concepto de cotizaciones a la Seguridad Social vinculadas a la prestación, todo ello para en el supuesto de que el trabajador despedido tenga derecho a una prestación por desempleo de dos años, y agote su duración, algo desgraciadamente esperable hoy en día. Ahora bien, los costes no se quedarían ahí sinó que si tras agotar la prestación por desempleo el trabajador despedido percibe el subsidio de mayor de 55 años¹¹¹, los costes para la empresa –también al 80 por 100– ascenderían a 24.537'60 euros en concepto de subsidios y a 10.285 en concepto de cotización a la Seguridad Social¹¹². Los costes generados por el cobro del subsidio de mayor de 55 años se han

¹⁰⁹Ello es así teniendo en cuenta que si la empresa incurre en el supuesto de verse obligada a realizar aportaciones al Tesoro Público, es perfectamente posible que el número de trabajadores de cincuenta o más años superen al 15 por 100 de los despedidos, lo que en muchos casos nos va a llevar a aportaciones de entre un 80 y un 85 por ciento de la base. La razón es bien clara: si la empresa supera los umbrales de sobrerepresentación de trabajadores de cincuenta o más años y, por lo tanto, ha de asumir el pago de aportaciones, es natural que no sea tan restrictiva a la hora de incluir a trabajadores de edad entre los despedidos.

¹¹⁰El cálculo de las prestaciones parte de una base de 2000 euros y una prestación total durante los primeros seis meses, al 70 por 100 de 8400 euros y una prestación total durante los posteriores dieciocho meses –al 50 por 100–, de 18.000 euros. La suma de ambas cifras da un resultado de 26.400 euros que reducido al 80 por 100 queda en 21.120 euros. En lo que concierne a las cotizaciones, se ha partido de una base de 2000 euros, a la que se ha aplicado el tipo de contingencias comunes previsto para 2015 en la cuota patronal (23'6), lo que nos da una cifra de cotización durante dos años de 11.328 euros, que reducida al 80 por 100 quedaría en 9.062 euros.

¹¹¹Obviamente, para tener derecho al subsidio de mayores de 55 años es necesario disponer de esta edad en el momento del acceso, de manera que no todos los trabajadores potencialmente afectados por la Disposición Adicional Decimosexta –mayores de 50– van a acceder necesariamente a este subsidio. De todos modos la Ley prevé también una fuerte responsabilidad en caso de acceso a otros subsidios, aunque en tal caso no está del todo claro que se deriven para la empresa responsabilidades por cotizaciones ya que el único subsidio que genera el derecho a cotizaciones por parte del Servicio Público de Empleo Estatal es el correspondiente a mayores de 55 años. Por lo demás, las últimas reformas están dificultando el acceso al subsidio de mayores de 55 años ya que actualmente se tienen en cuenta, en el cómputo del límite de rentas, no solo los ingresos del solicitante, sino también los del núcleo familiar (art. 215.3 LGSS).

¹¹²El cálculo de estas aportaciones partiría de multiplicar la cuantía mensual del subsidio en 2015 (426 euros), por 72

calculado teniendo en cuenta cifras de 2015 y considerando además que de conformidad con lo previsto en la Ley en estos casos se realiza un cálculo a tanto alzado, con independencia de que se alcancen o no los seis años de cobro del subsidio. En suma, si tenemos en cuenta que las aportaciones van a afectar a todos los trabajadores de cincuenta o más años despedidos –salvo los recolocados, bajo las condiciones de la norma—nos hallamos ante un coste no desdeñable que deberá ser cuidadosamente valorado por el empleador.

A este respecto, cabe añadir que la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en su sentencia de 5 de junio de 2015 (Sentencia 100/2015) ha subrayado que la obligación de realizar aportaciones se mantiene aunque en los periodos en los que deban realizarse las aportaciones la empresa acredite pérdidas o escasos beneficios. Evidentemente, el criterio de la Audiencia Nacional puede ser percibido como rígido pero lo cierto es que la normativa no deja margen para otro tipo de interpretaciones más amables hacia las empresas, sin olvidar, por lo demás, que como señala dicho órgano judicial las empresas pueden implementar estrategias que eviten los efectos de la norma; máxime tras la reforma de 2013, en la que los efectos de la Disposición Adicional Decimosexta quedan condicionados a la concurrencia de una desproporcionada presencia de personas de cincuenta o más años entre los despedidos.

4. EL CARÁCTER DISCRIMINATORIO DE LA CONDUCTA EMPRESARIAL, SU NATURALEZA DE MEDIDA ANTIDISCRIMINATORIA Y SU COORDINACIÓN CON LA NORMATIVA SANCIONADORA.

Se acompañan a continuación dos reflexiones complementarias a propósito del alcance de la Disposición Adicional Decimosexta. La primera de estas reflexiones tiene que ver con la asimilación de la realidad recogida en esta disposición a acto discriminatorio. La segunda, pretende determinar si, en su caso, alcanzar los umbrales de trabajadores de edad recogidos en la norma es susceptible de generar una doble responsabilidad: la referida a la aportación al Tesoro Público y la que pueda derivarse de la sanción administrativa a imponer a la empresa en aplicación del artículo 8.2 de la LISOS.

En este sentido, la obligación empresarial de realizar aportaciones al Tesoro Público ha generado la cuestión a propósito de que si la superación de los umbrales de personas de edad en los despidos de conformidad con lo previsto en la Disposición Adicional Decimosexta constituye o no

mensualidades, correspondientes a seis años de cobro, lo que nos da una cifra de 30.672 euros, que rebajada al 80 por 100 resultaría 24.537'60 euros. En lo que concierne a la cifra de cotizaciones a la Seguridad Social se ha tenido en cuenta la base de cotización del subsidio de mayores de 55 años (756'60 euros), a la que tras aplicarle el 23'6 de cuota patronal por contingencias comunes nos da una cifra mensual de 178'56, que multiplicada por 72 mensualidades nos llevaría a un total de 12.856'32 euros, que finalmente rebajada al 80 por 100 daría como resultado una cifra de 10.285 euros de aportaciones empresariales por cotizaciones a la Seguridad Social.

una conducta discriminatoria, ya que ello podría tener sus efectos sobre la calificación de despido y, en su caso, sobre a la potestad sancionadora de la administración. Algunas voces consideran que la presencia desproporcionada de trabajadores de cincuenta o más años en los términos de la Disposición Adicional Decimosexta , sería una conducta discriminatoria, mientras que la no superación de dichos umbrales, certificaría el carácter no discriminatorio de la conducta empresarial (DEL REY GUANTER, 2014, p. 4 y 5). Existen algunas razones para establecer esta asimilación a conducta discriminatoria y una de ellas podría ser que en el Real Decreto-Ley 5/2013 el objetivo antidiscriminatorio aparece como esencial. Ahora bien, a mi entender no cabe presumir el carácter discriminatorio de la decisión empresarial que comporte una presencia hiperrepresentada de trabajadores de cincuenta o más años entre los despedidos, para lo que cabe aportar algunos argumentos. En primer lugar, si asumismo que los umbrales de la Ley 27/2011 son marcadores de conducta discriminatoria, nos encontraríamos que ante una conducta inequívocamente discriminatoria, nuestro ordenamiento jurídico sugeriría tolerancia¹¹³ a cambio de una suerte de penalización, lo que no es aceptable en nuestro modelo jurídico. De otra parte, quedar por debajo de los umbrales de la Ley 27/2011 no es garantía de que la decisión empresarial se considere legítima; sobre todo, si queda acreditado que la elección de los trabajadores objeto del despido se ha fundamentado básicamente en su edad, sin que haya elementos concurrentes que expliquen razónablemente este criterio¹¹⁴. En este sentido, el alcance de la Disposición Adicional objeto de estudio y el planteamiento del artículo 8.12 de la LISOS¹¹⁵ --y si se quiere también del artículo 17.1 TRLET-- es otro no del todo coincidente. Seguramente, más que perseguir la identificación de conductas discriminatorias, lo que se ha pretendido es identificar situaciones de riesgo de discriminación para actuar sobre ellas disuadiendo al empresario de ejecutar despidos con fuerte presencia de trabajadores de edad, bajo el riesgo de soportar una importante carga económica. Por lo demás, como se señalará, la Disposición Adicional Decimosexta se aplica solo a empresas que obtengan beneficios, de modo que en ningún caso podría constituir una herramienta global o general de lucha contra la discriminación.

Una segunda cuestión, en clave discriminatoria, permite plantearse si alcanzar los umbrales de personas de cincuenta o más años, previstos en la Disposición Adicional Decimosexta y pagar la aportación al Tesoro Público va a eximir a la empresa del pago de la sanción administrativa que, en su caso, pudiese corresponderle. Evidentemente, nos estamos refiriendo a supuestos en los que

¹¹³Cabría deducir la tolerancia del sistema porque en ningún apartado de la Disposición Adicional Decimosexta o del Real Decreto-Ley 5/2013 se prevé, por ejemplo, la petición de informes a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a efectos de detectar el carácter discriminatorio de la elección de los trabajadores.

¹¹⁴A este respecto se señalan dos sentencias de gran interés a propósito de la selección de trabajadores por razón de edad a los efectos del despido colectivo, y su carácter discriminatorio: STC 66/2015 de 13 de abril y STSJ de Andalucía (Sevilla) de 23 de febrero de 2015,

¹¹⁵ El artículo 8.12 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS) prevé que “Son infracciones muy graves (...) Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad (...”

además de alcanzarse los umbrales previstos en la Ley, de la conducta de la empresa se deduzda una conducta discriminatoria que encaje en el artículo 8.12 de la LISOS, según el cual, “Son infracciones muy graves (...) Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad (...).” Parece evidente que va a ser posible la doble imposición de sanción administrativa y obligación de aportación al Tesoro Público, sin que se vulnere el principio non bis in idem y ello porque como ya hemos señalado, la realización de aportaciones al Tesoro Público busca “orientar” las conductas empresariales evitando riesgos de discriminación, si bien su objeto no es el de combatir directamente conductas discriminatorias, ya que no estamos ante una sanción administrativa sino ante un tributo con finalidades no fiscales (Vega Herrero y Muñoz del Castillo, 2009, p. 111), cuya única pretensión es la de reducir al máximo la inclusión de personas de cincuenta o más años entre las afectadas por el despido. En este sentido, siguiendo la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 5/2013, en ella se subraya que la medida objeto de esta comunicación pretendería “atemperar los impactos sociales y económicos de los procesos de reajuste empresarial que provocan, de un lado, la expulsión prematura del mercado de trabajo de los trabajadores de más edad, afectados estructuralmente en nuestro mercado de trabajo por una tasa a de actividad por debajo de los países europeos de nuestro entorno”

Todo ello sin olvidar que la aportación económica al Tesoro Público persigue finalidades adicionales a la antidiscriminatoria, como es la de evitar un uso antisocial de las prestaciones por desempleo; de ahí que como he señalado el gravamen económico se impone solo a las empresas que obtengan beneficios, no a todas. En este sentido, nuestro ordenamiento laboral recoge también otras figuras que adolecen de cierto grado de ambigüedad, como es el caso del recargo de prestaciones económicas de Seguridad Social del artículo 123 LGSS, que a pesar de su relieve parasancionador, viene acompañado de una finalidad adicional —resarcitoria— que va a permitir su acumulación con la sanción administrativa que pueda imponerse a la empresa por incumplimiento de la normativa preventiva.

5. EL ESCASO ALCANCE DE LA MEDIDA EN EL TERRENO DEL FOMENTO DEL EMPLEO DE LOS TRABAJADORES DE EDAD. ALGUNAS PROPUESTAS.

Más allá de las otras finalidades de la Disposición Adicional Decimosexta se echa de menos el efecto compensador hacia las personas objeto de despidos colectivos. En este sentido, la Disposición no cuenta con ningún dispositivo que compense al trabajador por su despido, sino que sus finalidades trascienden a los trabajadores que en el caso concreto sean objeto de despido colectivo.

Ahora bien, el Real Decreto-Ley y la Ley 3/2012 consolidaron una finalidad de la Disposición Adicional Decimosexta tímidamente formulada en un principio: vincular la recaudación de las

aportaciones a políticas de empleo a favor de los trabajadores de edad. En este sentido, el apartado 8 de la mencionada disposición va a establecer que “al menos el 50 por 100 de las cantidades recaudadas en el ejercicio inmediatamente anterior se consignarán en el presupuesto inicial del Servicio Público de Empleo Estatal con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo de los trabajadores de cincuenta o más años que se encontraran en situación legal de desempleo”, de manera que el SPEE deberá establecer créditos con la finalidad de financiar acciones y medidas. Ciertamente, esta previsión no ha dado mucho de sí, aunque la formulación ha mejorado ya que en su versión inicial, en 2011, el planteamiento del legislador era totalmente vaporoso, teniendo en cuenta que se venía a señalar que las aportaciones “podrán, en su caso, destinarse total o parcialmente a generar créditos para la financiación de políticas activas de empleo de los trabajadores de más edad, en los términos que se determine reglamentariamente”.

Lo cierto es que desde 2011 y hasta mayo de 2015 se han recaudado un total de 207.609.966'79 euros, y la verdad es que, más allá de las formulaciones de la Ley, sería imprescindible la puesta en marcha de medidas que activen de un modo real y efectivo las posibilidades de empleo de los trabajadores de edad. La verdad es que bien poco de todo ello puede constatarse hoy en día porque desde el Servicio Público de Empleo Estatal tampoco se ha obtenido información fiable y clara a propósito del destino dado al 50 por 100 de lo recaudado.

Por lo tanto, entiendo que sería imprescindible vincular todo lo recaudado a medidas concretas, de modo que sea visible la trazabilidad desde la recaudación hasta la puesta en marcha de las medidas. Además, me parece cicatero limitar los recursos destinados a esta cuestión a un 50 por 100 de lo recaudado. La situación del empleo de los trabajadores de edad es tan desesperada y tan desesperante que lo razonable y adecuado sería destinar todos los recursos a esta finalidad, posiblemente mediante la constitución de un Fondo específico de empleo que permitiese una gestión adecuada de lo recaudado a los fines previstos en la Ley. Además, cabría tanto la puesta en marcha de acciones y medidas de reinserción laboral, como de otras que permitan el mantenimiento del empleo de los trabajadores de edad. A título de ejemplo, sería de todo punto razonable reactivar –o incluso ampliar—las bonificaciones que la Ley 43/2006, de 29 de diciembre preveía para el mantenimiento de los trabajadores ya empleados en la empresa, a partir de la edad de 60 años¹¹⁶, y que fueron derogadas mediante el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio. De hecho, lo razonable y también lo deseable sería reactivar las bonificaciones para los trabajadores ya empleados y ampliarlas a los trabajadores desempleados, en el bien entendido que debería rebajarse la edad para poder acceder a las mismas rebajar la edad para acceder a las bonificaciones.

¹¹⁶ Las bonificaciones por las cuotas de contingències comunes –a excepción de la incapacidad temporal– se limitaban a los trabajadores que alcanzase la edad de 60 años que fuesen contratados mediante vínculo indefinido, siempre que acreditasen una antigüedad mínima de cinco años para lo cual disfrutaban de una bonificación inicial del 50 por 100 que se iría apliando en un 10 por 100 por cada año adicional con el tope del 100 por 100.

BIBLIOGRAFÍA

- Cabeza Pereiro, J. (2012). La aportación económica al Tesoro Público en el caso de despidos colectivos de empresas con beneficiós.*Justicia Laboral*, 50, 15-27.
- García-Perrote Escartín, I. (2015). Trabajadores de cincuenta o más años incluidos en un despido colectivo y aportación económica al Tesoro Público: finalidad de la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011 y contratos extinguidos en los tres años anteriores (Comentario a la sentencia de la Sala de los Social de la Audiencia Nacional 5 de junio de 2015).*Trabajo y Derecho*, 10, octubre.
- Del Rey Guanter, S. (2014). Despido y protección de los trabajadores de mayor edad: sobre la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011, sus sucesivas modificaciones y la necesidad de su redefinición.*IUSlabor*, 3.
- Vega Herrero, M.y Muñoz del Castillo, J.L (2009). Tributos y obligaciones tributarias. En R.Calvo Ortega (Dir.),*Comentario a la Ley General Tributaria (2ª ed.)*, Thomson Reuters.