

LA APORTACIÓN ECONÓMICA AL TESORO POR DESPIDOS COLECTIVOS QUE AFECTEN A TRABAJADORES DE CINCUENTA O MÁS AÑOS

MARIO BARROS GARCÍA
Abogado*

La aportación económica al Tesoro por despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años

Las empresas o grupos que empleen a más de cien trabajadores que realicen despidos colectivos que afecten a empleados de cincuenta o más años de edad y obtengan beneficios se hallan obligadas a realizar una aportación económica al Tesoro. Dicha aportación se basa en el importe de las prestaciones por desempleo obtenidas por los trabajadores de cincuenta o más años afectados por el despido colectivo.

The obligation to pay contributions to the Spanish Treasury by companies implementing collective dismissal affecting employees who are 50 or more years old

Companies or groups employing more than 100 employees that implement a collective dismissal affecting employees who are 50 or more years old and that are profitable are obliged to pay a special contribution to the Spanish Treasury. The amount of that contribution is based on the amount of the government unemployment benefits collected by the employees affected by the collective dismissal who are 50 or more years old.

PALABRAS CLAVE

Despido colectivo, Aportación al Tesoro, Trabajadores de cincuenta o más años de edad, Beneficios, cláusula Telefónica.

KEY WORDS

Collective dismissal, Contribution to the Spanish Treasury, Employees who are 50 or more years old, benefits, «Telefónica clause».

Fecha de recepción: 27-9-2018

Fecha de aceptación: 28-9-2018

1 · INTRODUCCIÓN

La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (la «Ley 27/2011»), incluía una disposición adicional decimosexta (la «DA 16») en la que se establecía una novedosa obligación para las empresas que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años de edad de efectuar una aportación económica al Tesoro Público.

Esta previsión fue añadida a la proposición de ley en el trámite de enmiendas, a propuesta del Grupo Parlamentario Socialista¹, con la siguiente motivación:

«Este tipo de procesos [los despidos colectivos] pueden producir impactos sociales y económicos no deseados.

Por un lado, la expulsión prematura e injusta del mercado de trabajo de los trabajadores de más edad, afectados estructuralmente en nuestro mercado de trabajo por una tasa de actividad por debajo de los países europeos de nuestro entorno y que tie-

nen problemas para poder volver a incorporarse al empleo.

Por otro, un importante coste para nuestro sistema de protección por desempleo, difícil de asumir socialmente cuando las empresas que realizan estos procesos de reestructuración tienen necesidad de ponerlos en práctica aun habiendo obtenido beneficios, tanto más en una coyuntura económica como la actual».

«La conexión de esta propuesta con las prejubilaciones en ciertas empresas era muy obvia desde el principio»². En efecto, la DA 16, a la que frecuentemente se hace referencia con el nombre de «cláusula o enmienda Telefónica», «debe su nombre popular al anuncio de esta empresa en 2011 de prescindir de 6.500 empleados. Aquello provocó la reacción del Gobierno, entonces socialista, que trató de poner coto a las prejubilaciones (la forma menos traumática de reducir plantilla) encareciéndolas. Aprovechó la tramitación parlamentaria de una reforma de pensiones para introducir una enmienda que obligaba a las empresas en beneficios con más de 500 empleados a pagar total o parcialmente

* Del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid)

¹ Enmienda n.º 389, publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso)* de 17 de junio de 2011, serie A, 120-10.

² Jaime Cabeza Pereiro: «La aportación económica al Tesoro Público en el caso de despidos colectivos de empresas con beneficios», *Revista Justicia Laboral*, n.º 50, 2012, pág. 17.

la prestación por desempleo de los mayores de 50 años despedidos»³, y ello con el objeto de evitar la socialización de los costes del despido⁴ en el caso de empresas con beneficios.

Parece que, como consecuencia de lo anterior, la redacción inicial de la DA 16, aprobada el 1 de agosto de 2011, preveía la aplicación de lo dispuesto en ella a los despidos colectivos iniciados a partir del 27 de abril de 2011, lo que ha dado lugar a que se la tache de inconstitucional por tener eficacia retroactiva, como se verá más adelante.

2 · EVOLUCIÓN NORMATIVA

El texto actual de la DA 16 es el resultado de nada menos que cuatro modificaciones del texto original que se sucedieron con rapidez —incluso podría decirse que con cierta precipitación— entre su promulgación original, en agosto de 2011, y diciembre de 2013. Ello ha llevado al Tribunal Supremo a calificar su redacción como «farragosa y atormentada», que «no permite una fácil interpretación de su contenido»⁵.

2.1 · Redacción original

Los elementos de hecho generadores de la obligación de realizar una contribución al Tesoro establecidos en el texto primigenio de la DA 16 eran los siguientes:

- (i) Que se trate de despidos colectivos realizados por empresas de más de quinientos trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores.
- (ii) Que afecten, al menos, a cien trabajadores en un período de referencia de tres años, con independencia del número de trabajadores de cincuenta o más años de edad afectados.
- (iii) Que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, las empresas o el grupo de empresas del

que forme parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a la autorización del expediente de regulación de empleo. A estos efectos, se considera que una empresa ha tenido beneficios cuando el resultado del ejercicio, tal como se define en el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, sea positivo.

(iv) Que los trabajadores de cincuenta o más años de edad afectados no hubieran sido objeto de recolocación en la misma empresa, o en otra empresa del grupo del que forme parte, o en cualquier otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de sus contratos de trabajo.

Se establecía, asimismo, que para el cálculo de la aportación económica citada, se tomarían en consideración el importe de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de cincuenta o más años de edad afectados por el expediente de regulación de empleo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal («SEPE»), y se remitía a un ulterior desarrollo reglamentario en lo atinente a la determinación del concreto importe de la aportación, así como en cuanto al procedimiento, la forma y el momento de realizarla.

Finalmente, la DA 16 preveía su aplicación a los expedientes de regulación de empleo iniciados a partir del 27 de abril de 2011.

2.2 · Real Decreto-ley 3/2012

El texto de la DA 16 fue modificado por la disposición final 4 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante, el «RDL 3/2012»). Los cambios más relevantes introducidos por esta norma son los siguientes:

- Se elimina el requisito consistente en que el despido colectivo afecte, al menos, a cien trabajadores.
- Desaparece la referencia al Plan General de Contabilidad en relación con la definición de beneficios.
- Se incluye una regulación pormenorizada del procedimiento de determinación del importe de la aportación al Tesoro. La remisión reglamentaria se limita al procedimiento para su liquidación y pago.

³ https://elpais.com/economia/2016/10/17/actualidad/1476732057_847189.html

⁴ Cristina Aragón Gómez: «La aportación económica al Tesoro Público prevista en la DA 16ª Ley 27/2011, fruto de la conocida 'Enmienda Telefónica', al hilo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de junio de 2015, núm. 77/2015», *Revista de Información Laboral*, n.º 9, 2015, págs. 109-122.

⁵ Sentencia de 31-10-2017, rec. 235/2016.

— A efectos del cálculo de la aportación, se incluye no solo a los trabajadores de cincuenta o más años afectados por el despido colectivo, sino también a los trabajadores de esa edad cuyos contratos se hubieran extinguido por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo, en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, siempre que dichas extinciones de contratos se hubieran producido en los tres años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo.

2.3 · Ley 3/2012

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante, la «Ley 3/2012») vino a modificar la DA 16, a través de su disposición final 4.1, con dos novedades importantes.

La primera consiste en reducir de quinientos a cien el número de trabajadores que han de tener las empresas que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años o los grupos de empresas de los que aquellas formen parte como requisito de entrada para el devengo de la aportación al Tesoro.

La segunda novedad consiste en precisar que también procederá la aportación al Tesoro cuando la empresa aplique medidas temporales de regulación de empleo que afecten a trabajadores de cincuenta o más años con carácter previo a la extinción de los contratos de trabajo de los mismos trabajadores, cualquiera que sea la causa de la extinción del contrato de trabajo, siempre que no haya transcurrido más de un año desde la finalización de la situación legal de desempleo derivada de la aplicación de las medidas temporales de regulación de empleo y la extinción del contrato de cada trabajador. En tal supuesto, a los efectos del cómputo del importe de la aportación, se tomarán en consideración las prestaciones y cotizaciones satisfechas por el Servicio Público de Empleo Estatal *«durante los periodos de aplicación de medidas de regulación temporal de empleo previos a la extinción de los contratos, incluidos, en su caso, los que pudieran corresponder en concepto de reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo»*.

2.4 · Real Decreto-ley 5/2013

Nuevamente, 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 activo⁶ incide sobre el texto de la DA 16. Su artículo 10 le da una nueva redacción, en la que las novedades más reseñables son las siguiente:

(i) El requisito de obtención de beneficios concurre no solo si se obtienen en los dos años anteriores al inicio del despido colectivo, sino también en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha.

(ii) El periodo de referencia para las extinciones computables pasa de ser los tres años anteriores y posteriores al inicio del despido colectivo a los tres años anteriores y el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo.

2.5 · Real Decreto-ley 16/2013

Finalmente, el artículo 5 del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores vuelve a modificar el apartado 1 de la DA 16, para remitir al artículo 42.1 del Código de Comercio a los efectos del concepto de grupo de empresas, si bien se establece que para la determinación del resultado del ejercicio solo se tendrán en cuenta los resultados obtenidos en España por las empresas que lo integren.

2.6 · Real Decreto 1484/2012

La DA 16 ha sido objeto de desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años (el «RD 1484/2012»).

⁶ Convalidado por Resolución de 11 de abril de 2013, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del 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 (BOE de 17-4-2013).

El RD 1484/2012 fue modificado por el Real Decreto-ley 5/2013 en consonancia con los cambios introducidos por esa norma en la DA 16.

3 · REPROCHES DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA

Se han planteado diversos reparos sobre la posible inconstitucionalidad de la DA 16, tanto con respecto a su redacción original como en relación con algunas de sus modificaciones.

De forma más concreta, se ha puesto de manifiesto, en primer lugar, que la DA 16 podría ser contraria a los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad, reconocidos en el artículo 9.3 de nuestra Constitución, por cuanto resultaba de aplicación a despidos colectivos iniciados con anterioridad a la fecha de su entrada en vigor.

En segundo lugar, se ha formulado esa misma objeción específicamente en relación con la modificación de la DA 16 introducida por el RDL 3/2013, en cuya virtud, a los efectos del cálculo de la aportación, se computan las extinciones contractuales de trabajadores de cincuenta o más años producidas en los tres años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo.

Del mismo modo, se ha tachado de retroactiva la modificación realizada por 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, como consecuencia de la cual el requisito de obtención de beneficios concurre no solo si tales beneficios se obtienen en los dos años anteriores al inicio del despido colectivo, sino también en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha.

A continuación, se examinan con mayor detenimiento cada una de las cuestiones que se acaban de apuntar.

3.1 · Eficacia retroactiva de la DA 16

La Ley 11/2017 fue publicada en el BOE de 2 de agosto de 2011. Sin embargo, el apartado 4 de la DA 16 dispone que lo establecido en dicha norma será

de aplicación a los expedientes de regulación de empleo iniciados a partir del 27 de abril de 2017. Es evidente, por tanto, que la norma que establece la obligación de realizar la aportación al Tesoro en relación con despidos colectivos que afecten a trabajadores de mayor edad tiene eficacia retroactiva, por cuanto se aplica a situaciones producidas con anterioridad a su promulgación y publicación, lo que podría ser contrario a los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad recogidos en el artículo 9.3 de la Constitución.

Por este motivo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid elevó cuestión de inconstitucionalidad, que fue resuelta por medio de auto de 15 de noviembre de 2016⁷. En dicho auto, el Tribunal Constitucional inadmitió a trámite la cuestión de constitucionalidad por considerar que no reunía los presupuestos materiales necesarios y, más concretamente, por carecer de relevancia constitucional, ya que el órgano remitente no justificó en ningún momento que la resolución del proceso dependía de la norma cuestionada⁸.

Posteriormente, en el mismo procedimiento en el que se planteó esta cuestión prejudicial, se reprodujo, esta vez en sede casacional, la solicitud de que se planteara cuestión de inconstitucionalidad. Sin embargo, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de abril de 2018⁹, manifestó que no apreciaba motivos para plantear tal cuestión, ya que no encontraba «razones para dudar de la constitucionalidad de una norma legal que se enmarca dentro de lo que permite el art. 2.3 del Código Civil, al establecer que «Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario», sin exceder los límites que en esta materia impone el art. 9.3 CE».

En esta sentencia, el Tribunal Supremo, tras recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al principio de seguridad jurídica «y a su corolario, el principio de confianza legítima»¹⁰, razona que la aplicación de lo dispuesto en la DA 16 a

⁷ Auto n.º 184/2016.

⁸ A este respecto, el Tribunal Constitucional razonaba que «[...] alegada la prescripción y la inaplicabilidad —por falta de alguno de sus presupuestos materiales— de la obligación de aportación económica al Tesoro Público en el escrito de demanda que inicia el proceso origen de la presente cuestión de inconstitucionalidad, la inexistencia de un razonamiento de la Sala que permitiera entender que no existe tal prescripción o tal inaplicabilidad nos conduce a concluir que no se ha satisfecho el juicio de relevancia exigido por el art. 35 LOTC, lo que hace procedente el pronunciamiento de inadmisión de la cuestión planteada».

⁹ Recurso de casación 84/2017.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 61/2016, de 17-3-2016.

despidos colectivos iniciados con anterioridad a su publicación no constituye «un supuesto de retroactividad auténtica o de grado máximo que pudiere comprometer la afectación a derechos económicos ya adquiridos y consolidados, sino que estaríamos ante una situación de retroactividad impropia o de grado medio en la que la valoración de los intereses generales en juego justifica perfectamente una medida de esta naturaleza, que: a) reserva su aplicación a las grandes empresas o grupos de empresas; b) que hubieren tenido beneficios en ejercicios económicos anteriores propios o del grupo al que pertenecen; c) con importante número de trabajadores afectados por el despido colectivo; d) en el contexto de la grave crisis económica que el país atravesaba en aquellas fechas y a la sustancial incidencia que el elevado número de despidos colectivos que venían produciéndose suponía en las prestaciones de desempleo y el sostenimiento del sistema».

En apoyo de lo anterior, el Alto Tribunal razona que ha de asumirse que los destinatarios de la DA 16 son «operadores económicos prudentes y diligentes», por cuanto se trata de empresas de muy importante envergadura que acometen despidos colectivos de gran dimensión. Por este motivo, en modo alguno, la modificación legislativa en esta materia podía resultar imprevisible para dichas empresas, pues el proyecto de Ley 27/2011 «fue presentado en el Congreso de los Diputados el 25 de marzo de 2011, publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados el 1 de abril, mientras que en ese mismo boletín oficial del día 27 de abril de 2011 aparece la ampliación del plazo de enmiendas, en lo que supone la adecuada publicidad de la tramitación de una norma que elimina cualquier atisbo de imprevisibilidad para las empresas que a partir de aquel momento pudieren iniciar la tramitación de un despido colectivo, y aunque no podemos suponer que este sea el motivo —puesto que nada dice la norma—, por el que el legislador ha retrotraído a esa fecha su aplicación a los despidos colectivos tramitados a partir de la misma, sí que valoramos esa circunstancia como determinante para desterrar cualquier argumento de imprevisibilidad que pudiere comprometer el juicio de constitucionalidad que conduciría a plantearnos la necesidad de elevar la cuestión de inconstitucionalidad».

3.2 · Aplicación con respecto a los despidos ocurridos en los tres años anteriores al inicio del despido colectivo

La DA 16 incluye entre los trabajadores computables aquellos cuyos contratos de trabajo se hayan extin-

guido por ciertas causas en los tres años anteriores al inicio del despido colectivo. Asimismo, dichos trabajadores han de tomarse en consideración para el cálculo del importe de la contribución al Tesoro.

A este respecto, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional¹¹ descartó su inconstitucionalidad señalando que «si la ley dispone su aplicación retroactiva a las extinciones producidas con anterioridad al inicio del periodo de consultas del despido colectivo, así como las producidas en los tres años posteriores, su aplicación se ajusta a lo dispuesto en el art. 9.3 CE, en relación con el art. 2.3 CC, por lo que debemos descartar que las resoluciones recurridas vulneren la seguridad jurídica de la empresa demandante, así como el principio de irretroactividad de las normas, por cuanto el 3-05-2012, al inicio del periodo de consultas, GRUPORAGA, SA sabía que la DA 16ª de la Ley 27/2011 era aplicable a los despidos colectivos iniciados a partir del 27-04-2011, conociendo, por consiguiente, que debía tener en cuenta las extinciones anteriores al inicio del periodo de consultas, caso de que las mismas se hubieran producido por causa no imputable a los trabajadores».

3.3 · Retroactividad de las modificaciones introducidas por el RDL 5/2013

Como ya ha habido ocasión de señalar anteriormente, el artículo 10 del RDL 5/2013 modificó el texto de la DA 16. Entre los cambios incluidos en esta norma, en primer lugar, se redefine el requisito de obtención de beneficios. Así, mientras que, hasta ese momento, la norma establecía «Que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen y la razonabilidad de la decisión extintiva, las empresas o el grupo de empresas del que forme parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a la autorización del expediente de regulación de empleo», se modifica el precepto en el sentido de que el periodo de referencia en la obtención de beneficios no son solo los dos años anteriores al inicio del despido colectivo, sino que también se cumple el requisito en el caso de que «las empresas o el grupo de empresas del que formen parte obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha».

¹¹ Sentencia de 5-6-2015 (rec. 77/2015).

Del mismo modo, el RDL 5/2013 incluye un apartado 14 en la DA 16 (que reemplaza al anterior apartado 10), que establece que «*Lo previsto en esta disposición será de aplicación a los procedimientos de despido colectivo iniciados a partir del 1 de enero de 2013*». Conviene recordar que el RDL 5/2013 es de fecha 15 de marzo de 2013 y fue publicado en el BOE del día siguiente.

Como consecuencia de las modificaciones referidas, la obligación de realizar aportaciones al Tesoro se aplica no solo a las empresas que hubieran obtenidos beneficios en los ejercicios anteriores al inicio del despido colectivo, sino también a las que los obtengan en ejercicios futuros. Esta novedad se aplica a los despidos colectivos iniciados tras la publicación de la norma el 16 de marzo de 2013 y también a los que hubieran tenido lugar a partir del 1 de enero de 2013.

De esta forma, podría darse el caso de una empresa que hubiera iniciado un despido colectivo entre el 1 de enero y el 16 de marzo de 2013, y que dicha empresa o el grupo al que pertenece no hubieran obtenido beneficios en los dos ejercicios anteriores. En ese caso, bajo la regulación vigente en el momento del inicio del despido colectivo, no se devengaría la obligación de realizar la contribución al Tesoro. Sin embargo, con la nueva redacción, tendrían que realizarse las aportaciones si la empresa o su grupo obtuvieran beneficios en dos años consecutivos en el periodo comprendido entre el ejercicio anterior al inicio del despido colectivo y los cuatro ejercicios siguientes.

Hay que tener en cuenta que, aunque la nueva condición se refiere al futuro (la obtención de beneficios), sin embargo, se proyecta sobre hechos que tuvieron lugar en el pasado (el despido colectivo) y cuyos efectos se agotaron entonces, bajo la vigencia de la norma existente en ese momento, lo que determinaría que la nueva norma desplegara una retroactividad de grado máximo, pues las empresas que se hallaran en las circunstancias descritas se verían obligadas a efectuar unas aportaciones al Tesoro ligadas a un despido colectivo realizado antes de la entrada en vigor de la nueva normativa.

4 · REQUISITOS PARA EL DEVENGO

El texto de la DA 16 y los requisitos para que nazca la obligación de realizar la contribución al Tesoro se han ido perfilando a través de las diversas modificaciones que ha experimentado la norma hasta lle-

gar al texto actualmente vigente, fruto del RDL 5/2013. Aunque, como se verá a continuación, algunos de los cambios resultan verdaderamente sustanciales, la obligación se ha vertebrado en torno a los siguientes elementos:

- existencia de un despido colectivo;
- dimensión de la empresa o grupo que realiza el despido colectivo;
- incidencia sobre trabajadores de cincuenta o más años de edad; y
- obtención de beneficios.

Los requisitos que establece la ley a los que se acaba de hacer referencia «*deben concurrir simultáneamente*»¹² para que se desencadene la obligación de realizar la aportación económica. La redacción de la norma no deja lugar a dudas en cuanto a que se trata de circunstancias que han de cumplirse de forma cumulativa, si bien la definición de cada una de ellas, en ocasiones, se configura a través de fórmulas de cumplimiento alternativo.

Aun dentro de los parámetros anteriores, hay que observar cómo el enfoque de los requisitos para el devengo ha ido girando desde un supuesto de hecho posiblemente determinado por las circunstancias del *casus belli* que determinó la creación de esta figura hacia una configuración más amplia, que abarca a un mayor espectro de posibles sujetos pasivos.

De este modo, la Ley 27/2011 se refería a despidos colectivos que incluyeran a trabajadores de cincuenta o más años, realizados por empresas o grupos de más de quinientos trabajadores, y que afectaran, al menos, a cien trabajadores.

Sin embargo, en la redacción actualmente vigente, ha desaparecido este último requisito relacionado con el número de trabajadores afectados por el despido colectivo, y el elemento de afectación de trabajadores de cincuenta o más años de edad deja de consistir en la mera afectación de trabajadores de esta edad para configurarse como una variable de especial incidencia sobre este colectivo, mediante la comparación del ratio de trabajadores de cincuenta o más años de edad sobre el total de trabajadores en el momento de inicio del despido colectivo con el de trabajadores de esa edad afectados por el despido frente al total de trabajadores afectados.

¹² Consulta de la Dirección General de Empleo de 9-1-2015.

En los apartados siguientes se examinan con mayor detenimiento los requisitos de devengo tal y como están fijados en la redacción actualmente vigente, si bien se hará referencia a redacciones anteriores cuando se considere relevante para la exégesis de la norma.

4.1 · Existencia de un despido colectivo

La puerta de entrada a aportación al Tesoro la constituye la realización de despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores. Como se anticipó, la redacción original de la norma, que se mantuvo inalterada en este punto hasta el RDL 5/2013, hacía recaer esta obligación sobre *«las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, y que incluyan a trabajadores de 50 o más años de edad»*. El RDL 5/2013 sustituyó la referencia a la inclusión de trabajadores de cincuenta o más años por un nuevo y específico requisito basado en la especial afectación de trabajadores de esa edad, en los términos que se expondrán en el apartado siguiente. Como se verá en ese lugar, a los efectos de la evaluación de la especial afectación de trabajadores de mayor edad han de tenerse en cuenta no solo los afectados por el despido colectivo, sino también aquellos cuyos contratos hayan sido extinguidos por ciertas causas dentro de los tres años anteriores o en el siguiente al inicio del despido colectivo.

Esta modificación ha generado cierto debate sobre si la inclusión de trabajadores de cincuenta o más años constituye un requisito *sine qua non* para el devengo de la obligación o si, por el contrario, esta puede nacer aunque el despido colectivo no afecte a trabajadores de esa edad si los porcentajes legales se superan con las extinciones computables materializadas en los tres años anteriores y en el siguiente al inicio del despido colectivo.

Entre los argumentos a favor de la primera de las opciones, se han señalado los siguientes¹³:

(i) El propio título del capítulo IV del RDL 5/2013 parece abogar por esta posibilidad, ya que reza: *«Medidas para evitar la discriminación de los trabajadores de más edad en los despidos colectivos»*.

(ii) La expresión *«que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años»*, incluida en el título del RD 1484/2012, que permaneció inalterada, a pesar de que dicha norma fue modificada por el RDL 5/2013, soportaría esa misma conclusión.

(iii) El apartado 1.b) de la DA 16 (tras ser modificado por el RDL 5/2013) incluye, a los efectos de determinar el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de despedidos, a *«los trabajadores afectados por el despido colectivo y aquellos cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa»* en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo. La conjunción copulativa *«y»* (al contrario que la disyuntiva *«o»*) parece tener el sentido de requerir necesariamente la afectación de trabajadores de más edad por el despido colectivo;

(iv) Del mismo modo, el apartado 4 de la DA 16 señala que *«el tipo aplicable será el fijado por la siguiente escala en función del número de trabajadores de la empresa, del número de trabajadores de cincuenta o más años de edad afectados por el despido y del porcentaje de los beneficios de la empresa sobre los ingresos»*. La referencia a trabajadores afectados por el despido nuevamente parece sustentar la tesis expuesta.

(v) Finalmente, el artículo 3.k) de la Orden ESS/982/2013, de 20 de mayo, por la que se regula el contenido y el procedimiento de remisión de la comunicación que deben efectuar los empleadores a la Entidad Gestora de las prestaciones por desempleo en los procedimientos de despido colectivo, y de suspensión de contratos y reducción de jornada, contiene también expresiones que apuntarían en el sentido indicado.

Sin embargo, la Dirección General de Empleo ha concluido, en su consulta de 20 de enero de 2016, que no es necesario que el despido colectivo incluya a trabajadores de cincuenta o más años, a partir de los siguientes fundamentos:

(vi) En la redacción actual del apartado 1 de la DA 16, ha desaparecido la referencia a que los despidos colectivos *«incluyan a trabajadores de 50 o más años de edad»*.

(vii) En el apartado 1.b) de la DA 16 se ha sustituido el mencionado requisito por el de especial afectación, mediante la comparación del porcentaje de trabajadores mayores en la empresa con el de mayores cuyos contratos se extinguen por el despido colectivo y por otros motivos en los tres años anteriores y en el siguiente.

¹³ Vid. Salvador del Rey Guanter: *«Las aportaciones económicas al tesoro público por discriminación por razón de edad en caso de despido colectivo»*, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 5, 2015, págs. 513-514.

(viii) El propio título de la DA 16 pasa de ser «Expedientes de regulación de empleo que afecten a trabajadores mayores de 50 años en empresas con beneficios», en su redacción original, a «Aportaciones económicas por despidos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años en empresas con beneficios».

En otro orden de cosas, la Dirección General de Empleo¹⁴ ha precisado que la obligación de la aportación al Tesoro no resulta aplicable a empresas declaradas en concurso de acreedores que realicen despidos colectivos ni a aquellas que se hallaran tramitando un despido colectivo en el momento de la declaración del concurso, por cuanto el despido colectivo en estos casos no se rige por el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, sino por el artículo 64 de la Ley Concursal, por lo que no concurre el presupuesto esencial para que se desencadene la obligación.

4.2 · Dimensión de la empresa o grupo que realiza el despido colectivo

El segundo de los requisitos que establece la DA 16 es que el despido colectivo sea realizado por una empresa de más de cien trabajadores o que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores.

Ya se dijo anteriormente que en la redacción original de la DA 16 el número de trabajadores de la empresa o grupo se fijó en quinientos trabajadores. Sin embargo, la Ley 3/2012 redujo el umbral de acceso a cien trabajadores.

En relación con este requisito, la Dirección General de Empleo ha realizado una serie de aclaraciones por vía de consulta no vinculante¹⁵ que conviene tener presentes.

De esta forma, la citada Dirección General considera que la referencia a grupos de empresas del apartado 1.a) de la DA 16 ha de ponerse en relación con el apartado 10 de esa misma norma¹⁶, que remite al artículo 42.1 del Código de Comercio, de donde resulta que «para el cálculo de la plantilla del grupo

de empresas debe tenerse en cuenta el concepto de grupo mercantil establecido en el artículo 42.1 del Código de Comercio basado en el control de la sociedad dominante del grupo sobre las sociedades dependientes».

Asimismo, en este contexto y en relación con el caso de empresas o grupos de empresas que empleen también trabajadores de fuera de España, la Dirección General de Empleo se plantea si dichos trabajadores han de ser tomados en consideración a los efectos de determinar el cumplimiento del requisito de empleo de más de cien trabajadores. Pues bien, sobre este particular ese organismo directivo concluye que «dado que el apartado 1 de la D.A.16ª de la Ley 27/2011 no excluye del cómputo de la plantilla del grupo de empresas a los trabajadores que trabajen fuera de España, se considera que, siempre que estemos ante un grupo de empresas que encaje en el concepto establecido en él, estos trabajadores deberán tenerse en cuenta a efectos del cómputo de la plantilla de 100 trabajadores que se exige en el apartado 1.a) de dicha D.A.16ª».

4.3 · Incidencia sobre trabajadores de cincuenta o más años de edad

El RDL 5/2013 redefinió el requisito de afectación de trabajadores de mayor edad, pues, si en el primer texto de la DA 16 el requisito consistía en la simple inclusión en el despido colectivo de trabajadores de cincuenta o más años de edad, en la norma vigente se requiere «Que el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años de edad sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa».

Ya no es el mero hecho de que el despido colectivo afecte a trabajadores de mayor edad el que origina la obligación de contribuir al Tesoro, sino que ahora se pone el foco en que el despido colectivo tenga una particular incidencia sobre los trabajadores mayores. En otras palabras, esta modificación va dirigida a desincentivar las actuaciones dirigidas a la reducción de personal o rejuvenecimiento de plantillas basadas en las llamadas «prejubilaciones» que se articulan con cargo a prestaciones por desempleo. Así se reconoce en la exposición de motivos del RDL 5/2103 cuando se indica enfáticamente que «La principal novedad que se introduce consiste en exigir la aportación económica exclusivamente a las empresas que utilicen la edad como criterio preferente de selección de los trabajadores objeto de despido».

¹⁴ Consulta de 22-2-2016.

¹⁵ Vid. consultas de 1-10-2015, 19-4-2016 y 17-5-2017.

¹⁶ El apartado 10 de la DA 16 dispone que «A los efectos previstos en esta disposición resultará de aplicación el concepto de grupo de empresas establecido en el artículo 42.1 del Código de Comercio, si bien para la determinación del resultado del ejercicio solo se tendrán en cuenta los resultados obtenidos en España por las empresas que lo integren».

Concretamente, esta condición se cumple cuando «el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años de edad sobre el total de trabajadores despedidos sea superior al porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa».

La norma establece, además, que para el cálculo del porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores despedidos se incluirán los trabajadores afectados por el despido colectivo y aquellos cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores, con el límite del 27 de abril de 2011, o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo.

Asimismo, en el último párrafo del apartado 1.b) de la DA 16 se precisa que «a los efectos del cálculo del porcentaje de trabajadores de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores de la empresa, se tendrá en cuenta la plantilla de la empresa a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo».

De lo anterior resulta, por tanto, que el criterio de especial incidencia o afectación de trabajadores de más edad se determina por comparación del porcentaje de afectados por el despido colectivo en los que concurre dicha circunstancia con el porcentaje de dichos trabajadores sobre el total de la plantilla de la empresa al inicio del despido colectivo. A los efectos del cálculo anterior habrán de tomarse también en consideración determinadas extinciones contractuales, tanto de trabajadores de cincuenta o más años de edad como de los restantes trabajadores de la plantilla, por causas no inherentes a la persona del trabajador distintas de las previstas en el artículo 49.1.c) del Estatuto de los Trabajadores —esto es, las extinciones de contratos de trabajo «celebrados por una duración o una tarea determinadas, cuando dichas extinciones tienen lugar en la fecha en la que el contrato de trabajo llega a su fin o se finaliza la tarea encomendada»¹⁷—. Esta formulación es exactamente la misma que se emplea en el penúltimo párrafo del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores para definir las extinciones computables a los efectos de los umbrales del despido colectivo,

con la sola diferencia de que en la DA 16 no se requiere que el número de tales extinciones sea, al menos, de cinco. En consecuencia, las extinciones computables serán las siguientes:

- (i) despidos disciplinarios reconocidos o declarados judicialmente como improcedentes¹⁸;
- (ii) extinciones realizadas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores;
- (iii) despidos objetivos basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción tanto procedentes como improcedentes;
- (iv) despidos objetivos basados en causas distintas de las anteriores, esto es, fundados en las causas previstas en los apartados a), b) y d) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (que se refieren, respectivamente, a ineptitud sobrevenida del trabajador, falta de adaptación a modificaciones técnicas del puesto de trabajo, faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, que superen ciertos límites o insuficiencia de consignación presupuestaria), que sean reconocidos o declarados judicialmente como improcedentes.

A la vista de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2015 (as. C-422/14, Pujante Rivera), las extinciones decididas por el trabajador con arreglo a lo previsto en los artículos 40.1 (para el supuesto de movilidad geográfica) y 41.3 (modificación sustancial de condiciones de trabajo) podrían ser también computables a los efectos indicados.

Contrario sensu, no deberán tomarse en consideración las extinciones de contratos de trabajo debidas a las siguientes circunstancias:

- (i) por mutuo acuerdo;

¹⁸ La sentencia del Tribunal Supremo de 9-5-2018 (rec. 110/2017) califica como improcedente a los efectos de su inclusión entre las extinciones computables para el devengo de la contribución al Tesoro un despido disciplinario en relación con el que se alcanza un acuerdo transaccional en el acto de conciliación administrativa en el que se acuerda el pago de una cantidad, sin que se reconozca la improcedencia. Razona la Sala que «Por más que ciertamente no se hace constar en el acta de conciliación que la empresa reconozca de forma expresa que el despido es improcedente, el pago de esa indemnización no tiene otra justificación que no sea la derivada de la aceptación por la empresa de tal improcedencia —toda vez que de haber sido procedente no correspondería cantidad alguna en tal concepto—, y por este motivo equivale a un reconocimiento tácito de la improcedencia que debe desplegar los mismos efectos jurídicos que el expreso, y que evidencia que la extinción del contrato no obedece a causa inherente a la persona de la trabajadora».

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2015 (asunto C-392/13, Rabal Cañas).

(ii) las debidas a las causas consignadas válidamente en el contrato;

(iii) expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, en el caso de contratos temporales o de duración determinada;

(iv) dimisión, jubilación, fallecimiento o incapacidad permanente del trabajador;

(v) despido disciplinario procedente.

Las extinciones contractuales por las causas indicadas que habrán de tenerse en consideración son las producidas en los tres años anteriores al inicio del despido colectivo, con el límite del 27 de abril de 2011, o en el año posterior a su inicio. Por *inicio del despido colectivo* habrá que entenderse «*el momento en el que la empresa notifica la apertura del periodo de consultas*»¹⁹, si bien hay quien considera que el momento del inicio «*hay que entenderlo con la comunicación fehaciente a efectos de la constitución de la comisión negociadora, que se diferencia del momento de inicio del periodo de consulta*»²⁰. El límite del 27 de abril de 2011 no figuraba el RDL 5/2013 y fue incluido en la corrección de errores (BOE de 4-4-2013).

Hasta la modificación de la DA 16 operada por el RDL 5/2013, las extinciones computables producidas a «*iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador*» incluían no solo las de la empresa que realiza el despido colectivo, sino también las producidas en las «*empresas del mismo grupo*». Sin embargo, el RDL 5/2013 elimina la referencia al grupo, por lo que, a partir de su entrada en vigor²¹, las extinciones del grupo resultan irrelevantes a estos efectos.

El artículo 2.2 del RD 1484/2012 determina en qué momento los trabajadores han de tener cumplida la edad de cincuenta o más años para que se consideren de dicha edad o mayores, en función de la causa de extinción de su contrato de trabajo:

(i) Cuando se trate de trabajadores afectados por el despido colectivo, deberán haber cumplido cincuenta años a la fecha de extinción del contrato, dentro del periodo previsto para la realización de

los despidos que figure en la comunicación de la decisión empresarial a la autoridad laboral tras la finalización del periodo de consultas contenida en el artículo 51.2 del ET.

(ii) Para el caso de los trabajadores cuyos contratos se extinguieran por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del ET, deberán tener cumplidos los cincuenta años de edad a la fecha de extinción de sus respectivos contratos, siempre que dichas extinciones se produzcan en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del despido colectivo.

4.4 · Obtención de beneficio

El último de los requisitos para que se genere la obligación de abono de la contribución al Tesoro consiste en la obtención de beneficios. El apartado 1.c) de la DA 16 establece que este requisito se cumple cuando, a pesar de que concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen el despido colectivo, se dé alguno de los dos siguientes supuestos:

«1.^a *Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo.*

2.^a *Que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha.*

Se considera que una empresa ha tenido beneficios cuando el resultado del ejercicio, tal y como se define en los modelos de cuentas anuales de pérdidas y ganancias, tanto normal como abreviada, recogidos en el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, o en la normativa contable que sea de aplicación, sea positivo.

Por otra parte, para la determinación de lo que ha de considerarse grupo de empresas, la DA 16 remite artículo 42.1 del Código de Comercio, precisando que «*para la determinación del resultado del ejercicio solo se tendrán en cuenta los resultados obtenidos en España por las empresas que lo integren*».

¹⁹ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 23-4-2018 (rec. 84/2017).

²⁰ Salvador del Rey Guanter: «Las aportaciones económicas...», *op. cit.*, pág. 517.

²¹ En relación con despidos colectivos anteriores, *vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 31-10-2017 (rec. 235/2016).

A la vista del tenor literal del precepto, el requisito de obtención de beneficios se cumple tanto si la empresa que realiza el despido colectivo como el grupo al que esta pertenece consiguen resultados positivos dentro del periodo establecido por la norma. En consecuencia, «cabe la posibilidad de que la empresa esté igualmente obligada a realizar esa aportación, cuando aisladamente considerada pudiese estar en pérdidas y no tenga beneficios en el periodo de referencia, pero si los hubiere obtenido sin embargo el grupo empresarial en su conjunto», y se señala también que «la norma no contempla la compensación de resultados o pérdidas, sino que basta con que haya beneficios o en la empresa solicitante o en el grupo al que ésta pertenezca»²².

Ha de notarse, asimismo, que la referencia al «periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha» puede resultar un tanto equívoca, pues parece referirse a un total de cinco ejercicios económicos²³. Sin embargo, la autoridad laboral considera que «la dicción literal de dicha norma es clara» en cuanto a que «el periodo que se deberá tener en cuenta es el [...] correspondiente a seis ejercicios económicos»²⁴.

5 · CÁLCULO DE LA APORTACIÓN

Tal y como se explica en la exposición de motivos del RD 1484/2012, el importe anual de la contribución al Tesoro Público de determina «mediante la aplicación del tipo porcentual, definido en una escala legalmente prevista, sobre la cuantía de los importes satisfechos por el Servicio Público de Empleo Estatal por los conceptos establecidos en la Ley: prestaciones y subsidios de desempleo así como cotizaciones a la Seguridad Social a los trabajadores de cincuenta o más años afectados por los despidos».

5.1 · Base de cálculo de la aportación

La base de cálculo de la contribución al Tesoro está formada por la suma total de los importes de

las prestaciones y cotizaciones a la Seguridad Social satisfechas por el SEPE en relación con los trabajadores computables. De forma más detallada, el apartado 3 de la DA 16 establece que la base de cálculo estará integrada por los siguientes conceptos:

(i) La cuantía total efectivamente abonada por el SEPE por prestaciones por desempleo de nivel contributivo de los trabajadores de cincuenta o más años afectados por los despidos, generadas total o parcialmente en virtud de las cotizaciones acreditadas en la empresa que promovió su despido.

Ello incluye el total de las prestaciones percibidas, aunque correspondan, en parte, a periodos de cotización cubiertos con otra empresa, así como las prestaciones recibidas en los casos en los que el trabajador, tras interrumpir el percibo de la prestación por desempleo por iniciar una actividad laboral para otra empresa y cesar en esta actividad, reanuda la percepción de las prestaciones por desempleo generadas por su trabajo para la empresa que promovió el despido colectivo²⁵.

(ii) La cuantía total efectivamente abonada por el SEPE por cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo por los trabajadores afectados, durante el periodo de su percepción.

(iii) Un canon fijo por cada trabajador que haya agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo y que comience a percibir algún subsidio de los establecidos en el artículo 215.1.1). a) y b), y 215.1.3) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio²⁶ (en adelante, «LGSS»). Este canon se calculará mediante la totalización durante un periodo de seis años de la suma del coste anual del subsidio por desempleo más el

²⁵ Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 9-5-2018 (rec. 110/2017), que señala que «la aportación está referida a las prestaciones de desempleo que hubieren sido generadas en virtud de las cotizaciones acreditadas en la empresa que promovió el despido del trabajador, lo que tanto se produce cuando tales prestaciones son percibidas de una sola vez y sin solución de continuidad, como si es percibida en varios periodos de tiempo separados por concurrir causa legal que permite la suspensión y reanudación de las prestaciones por desempleo, y el trabajador opta por esto último cuando ha prestado servicios en una tercera empresa en periodos de tiempo muy cortos que generarían prestaciones por desempleo menos favorables».

²⁶ Estos preceptos se corresponden, respectivamente, con los artículos 274.1.a) y b) del vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

²² Sentencias del Tribunal Supremo de 17-11-2016 (rec. 51/2016), 29-3-2017 (rec. 133/2016), 31-10-2017 (rec. 235/2016) y 23-4-2018 (rec. 84/2017).

²³ Vid. Salvador del Rey Guanter: «Las aportaciones económicas...», *op. cit.*, pág. 518.

²⁴ Consulta de la Dirección General de Empleo de 25-10-2016.

de la cotización por jubilación por cuenta de la entidad gestora en el año del agotamiento.

Se establece, igualmente, que también se hará efectivo el canon fijo por cada trabajador que, no teniendo derecho al cobro de la prestación por desempleo contributiva, acceda directamente al subsidio por desempleo previsto en el artículo 215.1.2) de la LGSS²⁷, como consecuencia de la situación legal de desempleo motivada por el despido.

En el apartado 2 de la DA 16 se dispone también que se incluirán a los efectos del cálculo de la aportación económica los importes abonados por el SEPE por los conceptos anteriores en relación con los trabajadores de cincuenta o más años cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del ET, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo.

Asimismo, el apartado 2 de la DA 16 establece que, a petición de la empresa, se excluirán del cálculo de la aportación económica los importes de prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de cincuenta o más años de edad afectados que hubieran sido objeto de recolocación en la misma

empresa, o en otra empresa del grupo del que forme parte, o en cualquier otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de sus contratos de trabajo. La recolocación deberá ser acreditada por la empresa.

Es de notar, igualmente, que las prestaciones por desempleo que hay que tomar en consideración son «*las producidas por la empresa que realiza el despido colectivo [...], no teniéndose en cuenta las que puedan realizar otras empresas del grupo al que pertenezca*», ya que «*el grupo de empresas mercantil únicamente se tiene en cuenta a los efectos de la D.A. 16ª en relación con el cumplimiento de los requisitos del número mínimo de trabajadores —apartado 1.a)— y de los beneficios anteriores o futuros —apartado 1.c)—, y con la determinación del tipo aplicable por estos factores*»²⁸.

5.2 · Porcentaje aplicable

El importe de la aportación se determina aplicando a la base de cálculo un porcentaje que depende del número de trabajadores de la empresa o grupo de empresas del que forma parte, del número de trabajadores de cincuenta o más años de edad afectados por el despido y del porcentaje de los beneficios de la empresa sobre los ingresos, conforme se indica en la siguiente tabla:

Porcentaje de trabajadores afectados de cincuenta o más años en relación con el número de trabajadores despididos	Porcentaje de beneficios sobre los ingresos	Número de trabajadores en la empresa		
		Más de 2000	Entre 1000 y 2000	Entre 101 y 999
Más del 35 %	Más del 10 %	100 %	95 %	90 %
	Menos del 10 %	95 %	90 %	85 %
Entre 15 % y 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 %

²⁷ Corresponde al artículo 274.3) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

²⁸ Consulta de la Dirección General de Empleo de 21-7-2014, que, además, precisa que «*el ámbito objetivo de la aportación sólo incluye las prestaciones y subsidios por desempleo percibidas por trabajadores de 50 o más años afectados por el despido colectivo de la empresa o cuyos contratos sean extinguidos por la empresa por los motivos y en el periodo legalmente establecidos, siendo indiferente las extinciones que puedan realizar otras empresas del grupo*».

El apartado 5 de la DA 16 incluye algunas reglas para la aplicación de la tabla:

En primer lugar, se establece que el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores despedidos se calculará año a año, dentro del periodo previsto para la realización de los despidos que figure en la comunicación de la decisión empresarial a la autoridad laboral tras la finalización del periodo de consultas, teniendo en cuenta el número total de integrantes de ambos colectivos que ha sido objeto de despido hasta el año en que se efectúa el cálculo.

En segundo lugar, se dispone que los beneficios de la empresa se cuantificarán en función del porcentaje medio de beneficios en el periodo correspondiente, esto es, los dos ejercicios anteriores al del inicio del despido colectivo o en al menos dos ejercicios consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha.

Finalmente, se prevé que el número de trabajadores de la empresa o grupo de empresas se calculará según los que se encuentren en alta al inicio del procedimiento de despido colectivo, con independencia de que trabajen a jornada completa o a tiempo parcial. Se trata, por tanto, de un cómputo por personas sin ponderar la duración de su jornada.

En relación con lo anterior, el artículo 4.a) del RD 1484/2012 precisa que, cuando existan trabajadores afectados por medidas de regulación temporal de empleo computables a los efectos del cálculo de la aportación al Tesoro, estos se incluirán para determinar el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores despedidos.

6 · PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA OBLIGACIÓN

El artículo 1 del RD 1484/2012 dispone que las aportaciones económicas establecidas en la DA 16 tendrán la consideración de derechos de naturaleza pública no tributarios de la Administración General del Estado y quedarán sujetas a las disposiciones contenidas en el título I, capítulo II, de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (la «LGP»).

Aparte de otras consecuencias de indudable trascendencia práctica, esta disposición ha resultado determinante en la fijación del plazo de prescripción de la obligación de aportación al Tesoro. De esta forma, el artículo 15.1 de la LGP fija en cuatro años el plazo de prescripción del derecho de la Hacienda Pública estatal a reconocer o liquidar créditos a su favor, salvo que las leyes reguladoras de los distintos recursos prevean otra cosa.

Como consecuencia de lo anterior, la obligación de pago de la aportación al Tesoro queda sujeta al plazo general de prescripción de cuatro años, tal y como han manifestado los tribunales, y la autoridad laboral en diversos pronunciamientos²⁹.

A este respecto, en los mencionados pronunciamientos se ha precisado que el hecho de que el apartado e del artículo 7 del RD 1484/2012 disponga que las liquidaciones que ha de girar el SEPE comprenderán «el año natural inmediatamente anterior a aquel en que se realiza la propuesta de liquidación» no puede entenderse, ni mucho menos, en el sentido de que la citada norma establezca un plazo especial de prescripción de un año. Ello es así por cuanto se trata de una disposición de rango reglamentario que *«no puede interpretarse como una norma prevalente sobre las disposiciones de la Ley General Presupuestaria, lo que en sí mismo sería inviable por resultar ‘ultra vires’, al contravenir una norma de superior rango jerárquico»*. A ello se une el hecho de que la referencia al año inmediatamente anterior *«no viene configurada como un plazo de prescripción»*, sino que establece, únicamente, la obligación del SEPE de *«liquidar y calcular anualmente las aportaciones que haya de hacer la empresa»*, todo ello con la finalidad de que *«la liquidación efectivamente se realice de forma anual para facilitar el mejor funcionamiento de la empresa mediante el control de sus gastos en cada ejercicio»*³⁰.

Por otra parte, el artículo 15.1 de la LGP dispone que el plazo de prescripción se computará desde el día en que el derecho pudo ejercitarse. A este respecto, la autoridad laboral considera que el *dies a quo* viene dado por el momento en el que el SEPE puede iniciar el procedimiento de liquidación de la aportación. Dicho momento está determinado por la presentación por parte de la empresa obligada

²⁹ Así, pueden citarse las sentencias del Tribunal Supremo de 31-10-2017 (rec. 235/2016) y 23-4-2018 (rec. 84/2017); del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31-3-2016 (rec. 90/2016), 6-7-2017 (rec. 144/2016) y 20-7-2018 (rec. 940/2015), y las consultas de la Dirección General de Empleo de 18-10-2016 y 18-10-2016.

³⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de 31-10-2017 y 23-4-2018, citadas.

del certificado regulado en el artículo 5.2 del RD 1384/2012, necesario para la determinación tanto de los elementos que dan lugar a la obligación de realizar la aportación como de su importe³¹.

7 · SUCESIÓN DE EMPRESA

El apartado 10 de la DA 16 dispone que *«en el supuesto de cambio de titularidad de la empresa, el nuevo empresario quedará subrogado en las obligaciones establecidas en esta disposición»*. Se trata de una norma un tanto imprecisa, que suscita algunas dudas interpretativas sobre el alcance de la subrogación, que han sido, en alguna medida, despejadas por la autoridad laboral³². Así, es preciso diferenciar los dos siguientes supuestos:

- En el caso de que la empresa que realiza el despido colectivo cumpla los requisitos para quedar sujeta al pago de la aportación con anterioridad a su adquisición por otra empresa, la adquirente se subrogará en la obligación de pago de la aportación y en las demás obligaciones previstas en la DA 16.
- Por el contrario, en los casos en los que en la fecha de adquisición la empresa que realizó el despido colectivo no cumpliera los requisitos para quedar sujeta al pago de la aportación, no habrá subrogación, ya que se entiende que la obligación de pago no ha nacido, sin que puedan tomarse en consideración los requisitos de la empresa adquirente a los efectos del cumplimiento de los requisitos.

³¹ Consultas de la Dirección General de Empleo de 18-10-2016 y 19-10-2016.

³² Consulta de la Dirección General de Empleo de 9-5-2016.