



UNIVERSIDAD DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

**Las Obligaciones Empresariales
para la Protección de las Personas Trabajadoras Maduras
en los Despidos Colectivos**

D. Felipe Cegarra Cervantes

2021

A Lourdes

SUMARIO

ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO I	
LA INCIDENCIA DE LA EDAD EN LAS REESTRUCTURACIONES DE EMPRESA	23
1. NOCIÓN DE TRABAJADOR MADURO: PREVISIONES DEMOGRÁFICAS Y DESEMPLEO DE LARGA DURACIÓN	24
2. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD	35
2.1 Caracterización	35
2.2 Un antecedente muy reseñable: la <i>Age Discrimination in Employment Act</i>	38
2.3 Breve aproximación al ámbito internacional de la protección frente a la discriminación por razón de edad	39
2.4 La protección moderada frente a la discriminación por razón de edad en Europa y en la Unión Europea	43
2.5 La protección frente a la discriminación por razón de edad en el ordenamiento español	71
2.5.1 Antecedentes en Derecho del Trabajo español	71
2.5.2 Marco legal vigente	75
2.5.3 Doctrina de los Tribunales	82
3. BREVE REFERENCIA AL MARCO JURÍDICO DEL DESPIDO COLECTIVO EN RELACIÓN CON LA AFECTACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS MADURAS	113
CAPÍTULO II	

LA APORTACIÓN AL TESORO PÚBLICO	122
1. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA APORTACIÓN AL TESORO PÚBLICO	123
2. ANTECEDENTES	128
2.1 Las contribuciones de Francia y Finlandia como antecedentes	128
2.2 La “enmienda Telefónica”	132
3. EL CARÁCTER COMPLEMENTARIO DE LA APORTACIÓN AL TESORO PÚBLICO MEDIANTE SUS DIVERSAS FINALIDADES	134
4. RÉGIMEN JURÍDICO	136
4.1 La DA decimosexta de la Ley 27/2011	137
4.2 Disposición Final 4ª del RDL 3/2012	139
4.3 Ley 3/2012	141
4.4 Artículo 10 del RDL 5/2013	142
4.5 Artículo 5 del RDL 16/2013	147
4.6 El RD 1484/2012, de 29 de octubre	147
5. ELEMENTOS DE LA APORTACIÓN AL TESORO	148
5.1 Elemento objetivo: características de la empresa. Incidencia del grupo de empresas	148
5.2 Elemento subjetivo: personas trabajadoras mayores de 50 años	151
5.2.1 Extinciones incluidas y excluidas del cómputo	151
5.2.2 Personas trabajadoras de la empresa y del grupo de sociedades	155
5.2.3 Momento en el que debe ser determinado el porcentaje	157
5.2.4 Trabajadores de reciente incorporación	160
5.2.5 Exclusión de personas trabajadoras recolocadas	161
5.3 Obtención de beneficios	162
5.4 Importe de la aportación	166

5.4.1	Prestaciones por desempleo de nivel contributivo	166
5.4.2	Cotizaciones del SEPE	166
5.4.3	El canon	167
5.4.4	Sistema de cálculo	168
5.4.5	Incidencia de las medidas de regulación de empleo temporal	169
6.	LIQUIDACIÓN DE LA APORTACIÓN	174
6.1	Información previa	174
6.2	Consecuencias de la ausencia de información previa	175
6.2.1	Competencias de la Autoridad Laboral	176
6.2.2	El Informe de la Inspección de Trabajo	176
6.2.3	El papel de la representación de las personas trabajadoras	178
6.2.4	La intervención del SEPE	178
6.2.5	El despido colectivo “de facto”	179
6.2.6	Infracciones derivadas del cumplimiento de la obligación de información previa	181
6.3	La propuesta de liquidación	182
6.4	Medidas cautelares	183
6.5	Sucesión de empresa	184
6.6	Revisión de oficio	185
6.7	Devolución de aportaciones indebidas	185
7.	RECAUDACIÓN	186
7.1	Recaudación en período voluntario	187
7.2	Recaudación en período ejecutivo	188
7.2.1	Inicio del período ejecutivo	188
7.2.2	La providencia de apremio	189

7.2.3	Intereses de demora y recargos	190
7.2.4	Embargos y enajenación	191
7.3	Propuesta de procedimiento alternativo para la recaudación de la aportación	193
7.4	Referencia especial al tratamiento concursal del crédito generado por la aportación al Tesoro Público: encuadramiento dentro de los créditos del concurso	196
7.5	Prescripción del plazo para reclamar la aportación	197
7.6	Destino de la aportación	198
8.	IMPUGNACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DE LA APORTACIÓN AL TESORO PÚBLICO	199
8.1	La impugnación en vía administrativa: alegaciones previas	199
8.2	La impugnación en vía administrativa: el recurso de alzada	200
8.3	Recurso potestativo de reposición	202
8.4	La impugnación en vía judicial	203
8.4.1	Jurisdicción competente y marco competencial	203
8.4.2	Tramitación	206
8.4.3	Medidas cautelares	211
9.	IMPACTO DE LA APORTACIÓN AL TESORO PÚBLICO	212
9.1	Año 2013	213
9.2	Año 2014	214
9.3	Año 2015	215
9.4	Año 2016	216
9.5	Año 2017	217
9.6	Año 2018	219
9.7	Año 2019	220

9.8	Año 2020	223
9.9	Año 2021	226
10.	UNA PROPUESTA ALTERNATIVA DE APORTACIÓN AL TESORO PÚBLICO	226
CAPÍTULO III		
EL CONVENIO ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL		236
1.	NOCIÓN Y CARACTERÍSTICAS GENERALES	237
1.1	Concepto	237
1.2	Naturaleza y clasificación	238
1.3	Coberturas incluidas	240
1.4	Coberturas excluidas	241
2.	RÉGIMEN JURÍDICO	241
2.1	Evolución normativa	241
2.2	Orden TAS/2865/2003	245
3.	EL CONVENIO ESPECIAL EN EMPRESAS SUJETAS A DESPIDOS COLECTIVOS QUE INCLUYAN A PERSONAS TRABAJADORAS CON CINCUENTA Y CINCO O MÁS AÑOS	250
3.1	Antecedentes	250
3.2	Objeto y presupuesto habilitante	251
3.3	Requisitos y plazo para solicitarlo	253
3.4	Supuestos excluidos de la obligación de suscribir un convenio especial	254
3.4.1	Personas trabajadoras mayores de cincuenta y cinco años con la condición de mutualistas	254
3.4.2	Efectos del procedimiento concursal	255
3.5	Determinación del importe: cotización	260
3.6	Partes	262

3.6.1	El empresario	262
3.6.2	La persona trabajadora	263
3.6.3	La Tesorería General de la Seguridad Social	263
3.7	Consecuencias del incumplimiento	264
4.	PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN	267
5.	RECAUDACIÓN	270
5.1	Recaudación en período voluntario	270
5.2	Recaudación en procedimiento ejecutivo	272
6.	SUSPENSIÓN DEL CONVENIO ESPECIAL	272
7.	EXTINCIÓN DEL CONVENIO ESPECIAL	273
8.	PROPUESTA PARA LA REFORMA DEL CONVENIO ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ÁMBITO DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS	276
CAPÍTULO IV		
LAS MEDIDAS SOCIALES DE ACOMPAÑAMIENTO Y EL PLAN DE RECOLOCACIÓN		278
1.	LA PRIORIDAD DE PERMANENCIA	279
1.1.	Concepto y ámbito subjetivo. La prioridad de permanencia de los representantes legales de las personas trabajadoras como modelo de referencia	279
1.2.	La prioridad de permanencia de otros colectivos	286
1.3.	Los criterios de selección y la prioridad de permanencia en derecho comparado	290
1.4.	La prioridad de permanencia en los despidos colectivos a favor de personas trabajadoras mayores en la regulación actual	294
1.5.	La prioridad de permanencia distinta a la de los representantes legales de los trabajadores en la negociación colectiva	301
1.6.	La prioridad de permanencia en el acuerdo que pone fin al período de consultas	303

1.7. Buenas prácticas en la aplicación de criterios de prioridad de permanencia en caso de período de consultas sin acuerdo	305
1.8. Consecuencias del incumplimiento de las reglas sobre prioridad de permanencia	308
1.9. Propuesta para una regulación alternativa de la prioridad de permanencia	309
2. EL PLAN DE RECOLOCACIÓN	309
2.1. Concepto y antecedentes de la regulación actual	309
2.2. Ámbito objetivo: medidas del plan de recolocación	319
2.3. Ámbito subjetivo	320
2.3.1. La empresa	320
2.3.2. La empresa de recolocación autorizada	322
2.3.3. Las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo	326
2.4. Dinámica	327
2.5. Consecuencias del incumplimiento	330
2.6. Propuesta para una reformulación de las medidas sociales en el despido colectivo	332
CAPÍTULO V	
LA PREJUBILACIÓN COMO OBLIGACIÓN DERIVADA DEL DESPIDO COLECTIVO	334
1. LA PREJUBILACIÓN COLECTIVA	335
1.1 Concepto de prejubilación	335
1.2 Marco legal	340
1.3 Prejubilaciones y jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora	351
1.4 Las prejubilaciones en el marco del despido colectivo	352
1.5 Modalidades	358

1.6	Consecuencias del incumplimiento	365
2.	LA PROTECCIÓN DISPENSADA POR LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMO COMPLEMENTO A LAS OBLIGACIONES DE LA EMPRESA	372
2.1	Fundamento constitucional	372
2.2	Breve referencia al régimen jurídico de la protección por desempleo contributivo adaptada a las particularidades de las personas trabajadoras de mayor edad	374
2.3	Nivel asistencial	377
2.3.1	El subsidio para mayores de 52 años	377
2.3.2	El subsidio no contributivo por desempleo adaptado a mayores de 45 años	387
2.3.3	La renta activa de inserción	388
2.3.4	El programa temporal de protección por desempleo e inserción	391
2.3.5	El programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo	392
2.3.6	Programa de activación para el empleo	394
2.3.7	El subsidio extraordinario por desempleo	396
2.3.8	El ingreso mínimo vital, como mejora centralizada del programa de rentas mínimas de las Comunidades Autónomas	397
	CONCLUSIONES	407
	BIBLIOGRAFÍA	416

ABREVIATURAS

- ADEA: Age Discrimination in Employment Act.
- AP: Audiencia Provincial.
- Art.: artículo.
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- BOB: Boletín Oficial de la Diputación Foral de Vizcaya.
- BOC: Boletín Oficial de Cantabria.
- BOCG: Boletín Oficial de las Cortes Generales.
- BOCM: Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid.
- BOG: Boletín Oficial de Guipúzcoa.
- BON: Boletín Oficial de Navarra.
- BOPA: Boletín Oficial de la Provincia de Alicante.
- BOPB: Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona.
- BOPC: Boletín Oficial de la Provincia de Cádiz.
- BOPCA: Boletín Oficial de la Provincia de Castellón.
- BOPCR: Boletín Oficial de la Provincia de Ciudad Real.
- BOPG: Boletín Oficial de la Provincia de Granada.
- BOPH: Boletín Oficial de la Provincia de Huesca.
- BOPJ: Boletín Oficial de la Provincia de Jaén.
- BOPL: Boletín Oficial de la Provincia de Lugo.
- BOPLC: Boletín Oficial de la Provincia de La Coruña.

- BOPM: Boletín Oficial de la Provincia de Málaga.
- BOPO: Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra.
- BOPP: Boletín Oficial de la Provincia de Palencia.
- BOPS: Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla.
- BOPS: Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla.
- BOPV: Boletín Oficial de la Provincia de Valencia.
- BORM: Boletín Oficial de la Región de Murcia.
- BOTHA: Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava.
- CC: Convenio colectivo.
- CE: Constitución Española.
- CES: Consejo Económico y Social.
- CCiv: Código Civil.
- CCom: Código de Comercio.
- DA: Disposición adicional.
- DF: Disposición final.
- DGE: Dirección General de Empleo.
- DGT: Dirección General de Trabajo.
- DOUE: Diario Oficial Unión Europea.
- ERTE: Expediente de regulación temporal de empleo.
- ET: Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- INE: Instituto Nacional de Estadística.
- IPREM: Indicador público de rentas de efectos múltiples.

- IRPF: Impuesto sobre la renta de las personas físicas.
- LC: Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley concursal.
- LGSS: Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- LISOS: Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
- LO: Ley Orgánica.
- LOLS: Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.
- LPACAP: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- LRJS: Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- MEYSS: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- RD: Real Decreto.
- RD Leg: Real Decreto Legislativo.
- RDL: Real Decreto-Ley.
- RGR: Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, Reglamento General de Recaudación.
- RGRSS: Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Recaudación de la Seguridad Social.
- SAP: Sentencia Audiencia Provincial.
- SEPE: Servicio Público de Empleo Estatal.
- SJS: Sentencia Juzgado de lo Social.
- SMI: Salario mínimo interprofesional.
- STC: Sentencia del TC.
- STS: Sentencia del TS.

- STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
- TC: Tribunal Constitucional.
- TCE: Tratado de la Comunidad Europea.
- TGSS: Tesorería General de la Seguridad Social.
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- TS: Tribunal Supremo.
- TUE: tratado de la Unión Europea.
- UTE: Unión temporal de empresas.

INTRODUCCIÓN

”Hay otros Annapurnas en la vida de los hombres...”

M. Herzog – *Annapurna. Primer ochomil*

“Nada prueban quienes afirman que la vejez no se desenvuelve bien en los negocios. Es como decir que el timonel no hace nada sujetando el timón, puesto que mientras él permanece sentado en popa, unos se encaraman en los mástiles, otros corren de aquí para allá, otros quemar los desechos. Es verdad que no hace el trabajo que hacen los jóvenes, sin embargo, el timonel hace cosas mejores y de más responsabilidad. Trabajo que no se realiza con la fuerza, velocidad o con la agilidad de su cuerpo, sino con el conocimiento, la competencia y autoridad. De ningún modo la vejez carece de estas cualidades, por el contrario éstas aumentan con los años.”

Cicerón – *De Senectute*

La tesis que se presenta para la obtención del grado de doctor versa sobre la incidencia que, dentro del ámbito del despido colectivo, tienen dos circunstancias que se relacionan estrechamente entre sí y que son comunes a todas las personas: la edad y el trabajo.

La madurez es una circunstancia intrínseca a la condición humana y a su cronología. Tradicionalmente, han sido destacados de manera positiva los beneficios que aporta la experiencia, así como la templanza y la perspectiva que ofrecen los años a la hora de abordar cualquier vicisitud de la vida. Como reverso, la mayor edad también ha sido asociada, a base de prejuicios, a una merma de las capacidades psicofísicas, a una menor habilidad de adaptación a los cambios y, por tanto, a la obsolescencia.

Por otro lado, el trabajo se encuentra indisolublemente asociado al desarrollo de la personalidad. La profesión que se elige es uno de los elementos que condiciona la vivencia de cualquier persona. Se está en sociedad en tanto que el individuo se integra en la misma mediante cualquiera de las múltiples manifestaciones que puede adoptar el trabajo, siendo uno de los elementos que, claramente, dan sentido a la vida.

Cuando los dos elementos se combinan entre sí, se constata que la mayor edad es inversamente proporcional a la empleabilidad. Junto a la decisión voluntaria de la persona que, durante décadas ha desempeñado una actividad profesional, cada vez con más

frecuencia se asiste al drama de individuos que involuntariamente son expulsados del mercado de trabajo en un modelo de relaciones laborales donde la edad es un demérito y donde la horquilla de años de servicio de las personas trabajadoras sobre cuyos hombros se concentra el coste del mantenimiento del sistema de prestaciones, es cada vez más estrecha.

Esta realidad se agrava por el hecho de que el sostenimiento de nuestro sistema de pensiones no tiene otra opción que retrasar la edad de jubilación, prolongando las carreras de cotización hasta franjas de edad que resultarían del todo impensables para otras generaciones en el pasado.

Y, mientras tanto, las personas a las que se alude, están atrapadas en un limbo que se nutre de prestaciones por desempleo, subsidios, economía sumergida o, en el mejor de los casos, precariedad laboral. Súmese a lo indicado que estas personas suelen tener a su cargo a familiares dependientes (ascendientes o descendientes) y que muchas de ellas adolecen de una baja cualificación, siendo una generación que no pudo disfrutar de la generalización de la educación superior que llegó después o que debieron incorporarse al mercado de trabajo de manera prematura sin poder completar sus estudios.

Frente a ello, el recurso más utilizado en las grandes reestructuraciones de sectores o empresas para la extinción del contrato de las personas trabajadoras maduras es el despido colectivo. Las reconversiones de importantes sectores industriales que no podían tener encaje en el modelo socioeconómico derivado de la Constitución Española de 1978 (CE) en los años ochenta así lo atestiguan de manera clara. Desde entonces, como se indica, aludir a despido colectivo, lleva casi implícita la salida de personas de edad madura.

Es importante señalar que, en no pocas ocasiones, los generosos planes de prejubilación diseñados en tales procesos, las prestaciones y subsidios de acompañamiento y, con ello, un tránsito relativamente cómodo hacia la jubilación, eran calurosamente acogidos por las personas afectadas, quienes consideraban que era un “premio” por tantos años de esfuerzo y duro trabajo.

La llegada del siglo XXI y las crisis económicas que lo han acompañado han cambiado esta concepción del modelo de relaciones laborales, evidenciando que el sistema descrito no podía ser sostenible por más tiempo. Como resultado, se produce un viraje en las políticas públicas en materia de pensiones que se traduce en reformas de Seguridad Social encaminadas a corregir la práctica generalización de este tipo de procesos que, como se ha señalado, no solo expulsaban a importantes activos de la empresa por su experiencia, sino que ponían en serio riesgo un modelo donde cada vez son menos las personas contribuyentes y más las solicitantes de prestaciones.

A lo apuntado se suma el fenómeno de la discriminación, en este caso basada en la edad. No todas las personas trabajadoras que superan los cincuenta años ansían un “retiro dorado”, bien porque conocen de antemano que el signo de los tiempos impone prolongar la vida laboral, bien porque consideran que pueden continuar con su carrera profesional y seguir siendo útiles en la organización a la que pertenecen (ya se ha indicado la importante relación existente entre realización personal y trabajo para dignificar a la persona).

Por motivos de esta naturaleza, el factor de la edad madura ha sido incorporado en la regulación del despido colectivo, en el sentido de armonizar las reformas de Seguridad Social con el principal vehículo de salida de los solicitantes de prestaciones y subsidios, así como con la lucha contra la discriminación por razón de edad, como una de las caras que este complejo fenómeno puede adoptar en el entorno laboral.

Tan numerosos han sido los estudios que han analizado minuciosamente el régimen jurídico del despido colectivo, como aquellos que han dado visibilidad al fenómeno de la discriminación por razón de edad en el mercado de trabajo. No obstante, seguía pendiente un acercamiento que abordase de manera completa y sistematizada los distintos instrumentos jurídicos que ha ido incorporando el legislador en el régimen jurídico del despido colectivo, para proteger a las personas de edad afectadas por el mismo. Por ello, el cometido de las siguientes páginas consiste en analizar tales obligaciones empresariales en un momento de especial trascendencia que puede marcar un punto de inflexión. En

efecto, por un lado, el ciclo marcado por la reforma laboral de 2012 (que, entre otros importantes cambios, acometió una profunda revisión de la regulación del despido colectivo) parece estar llegando a su fin, toda vez que los postulados políticos y sociales anuncian una revisión de los principios que inspiraron dicho cambio legal. A lo apuntado se suma una nueva revisión en el sistema de pensiones bajo la premisa de velar por su sostenimiento, lo cual tendrá una innegable resonancia en las salidas anticipadas de las personas mayores (las conocidas prejubilaciones que siempre están presentes en los procesos de reestructuración empresarial). A mayor abundamiento, el impacto provocado por la pandemia global del Covid-19, está generando una crisis que también afectará (como ya lo está haciendo) al mundo del Derecho del Trabajo.

Para el desarrollo de la tesis, se ha optado por abordar en capítulos separados cada uno de los ejes de la investigación.

En primer lugar, se prestará atención a la incidencia que la edad tiene en la permanencia de la persona trabajadora en el mercado de trabajo español, de manera paralela a lo que ocurre en los países de nuestro entorno. En consecuencia, los datos estadísticos conseguirán revelar la auténtica magnitud que reviste el problema de la progresiva expulsión de las personas de edad madura del mercado laboral. Lo anterior será la antesala del acercamiento a una de las discriminaciones más lesivas que existen, aquella que se basa en la edad, siendo una condición de la que ninguna persona trabajadora, en un determinado momento, va a ser ajena. Sentado lo anterior, será posible pasar revista a las resoluciones más destacadas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que cuenta con una profusa doctrina sobre esta problemática, y del Tribunal Constitucional. Para finalizar el primer capítulo, se ha considerado oportuno llevar a cabo una breve aproximación a las notas esenciales del régimen jurídico que, tras un largo avatar de modificaciones, se aplica al despido colectivo.

El segundo capítulo está referido a la aportación económica que deben efectuar al Tesoro Público las empresas o grupos de empresas que contabilicen beneficios y despidan a personas mayores de cincuenta años. Se trata de una institución jurídica sumamente

compleja en todos los factores y elementos que confluyen en su configuración: por su origen (fruto de una intervención legislativa urgente como consecuencia de la reestructuración anunciada por Telefónica en 2011 que ponía el foco de los afectados en las personas maduras), su regulación (que en apenas dos años pasó por varias modificaciones, algunas de las mismas de gran calado) y por su desarrollo (liquidaciones anuales en las que la empresa tiene toda la carga de la prueba a la hora de aliviar la cuantificación que practica la Administración Laboral). A lo relatado se suma, como habrá ocasión de constatar, que la interpretación de su alcance es confusa, con muchas zonas grises y costosísimas consecuencias económicas.

El convenio especial de Seguridad Social es objeto de estudio en el capítulo tercero, en el que se comparte la opinión de aquellos autores que han analizado previamente esta figura en el sentido de que encaja con dificultad en el concepto de “situación asimilada al alta” y en la noción tradicional de convenio especial. Piénsese que se trata de un medio de aseguramiento que comprende determinadas contingencias, cuyo coste comparten en fases distintas empresario y persona trabajadora, resultado de suscripción voluntaria para este último.

Las obligaciones a que debe hacer frente la empresa no se agotan en las anteriores y también se basan en el respeto de la prioridad de permanencia a favor de las personas maduras que puede ser acordada mediante convenio colectivo o durante el período de consultas del despido colectivo, por un lado, y en la incorporación, como medida social que trate de reducir los efectos negativos del despido, de un plan de recolocación, por el otro. Precisamente, el capítulo cuarto estudiará de una manera crítica la regulación de ambas figuras.

Finalmente, el capítulo quinto se reserva para una medida que no tiene la condición de obligación propiamente dicha, pero que (en mayor o menor medida) está presente en todas las reestructuraciones empresariales: las prejubilaciones. Ahora bien, aludir al plan de prejubilación implica abordar una materia que puede presentarse de diversas formas, en función del modelo que quiera aplicar la empresa o del que derive del pacto con la

contraparte con la que se negocia el despido colectivo. En este caso, en clara correspondencia con el objeto de la tesis, la investigación se centra en el compromiso de abonar una cantidad periódica que complemente las prestaciones sociales, siendo posible que el cumplimiento de dicha cláusula pueda ser externalizado en una entidad aseguradora especializada.

Es un lugar común en los capítulos dedicados a la aportación al Tesoro, al convenio especial de Seguridad Social y al plan de recolocación, presentar una propuesta partidaria de una regulación alternativa o de introducir determinados cambios en la regulación actual de cada una de estas instituciones, a los efectos de ofrecer un tratamiento mucho más coordinado, sencillo y sistematizado. Las razones que impulsan el establecimiento de cada una de esas obligaciones han obedecido a unas circunstancias muy concretas y han sido incorporadas en el ordenamiento de manera aluvional. Frente a ello, esta tesis tiene el propósito de dotar a esta materia de un tratamiento mucho más unificado y coherente, que garantice la protección de un colectivo especialmente vulnerable, pero que también sea consecuente con el modelo productivo de nuestro país, basado en la pequeña y mediana empresa respecto de la que los poderes públicos deben implementar todos los medios que resulten posibles para favorecer la recuperación y mantenimiento del proyecto empresarial, cuando precisen acometer una reestructuración. El enfoque metodológico se ha basado en el estudio de la doctrina más autorizada, pero también recoge la opinión de su autor -siempre, eso sí, bajo la premisa de “humildad científica” a la que aludía Umberto Eco en su obra *Cómo se hace una tesis*-, puesto que toda obra original que realice un acercamiento científico y crítico puede proyectar luz sobre unas materias de carácter tan complejo como las que han sido abordadas. Junto a ello, la argumentación jurídica de los tribunales ha resultado de suma utilidad para marcar el camino que conducía a la interpretación más correcta. Como complemento, se ha sumado también la experiencia profesional, con la visión práctica que ofrecen más de diecisiete años volcados en el asesoramiento en procesos de reestructuración empresarial. De este modo, muchas de las soluciones que modestamente se ofrecen en estas páginas proceden de dilemas que han surgido en la tramitación de un despido colectivo, durante el

desarrollo de un período de consultas, o en un juicio sobre impugnación de un despido colectivo.

En este punto, me gustaría agradecer la ayuda prestada por D. Xabier Jean Braulio Thibault Aranda y, en particular, por Dña. Consolación Rodríguez de Alba, Subdirectora General de Ordenación Normativa, y su equipo en aquel momento al poder recibirme, aclarar las dudas técnicas que me han asaltado durante la elaboración de esta tesis y proporcionarme numerosos dictámenes de la Dirección General de Empleo, que han permitido conocer el criterio a seguir en una materia tan espinosa como es la aportación al Tesoro Público. Mi agradecimiento más emotivo está dirigido a mis maestros y directores de tesis, el profesor Faustino Cavas Martínez y la profesora Francisca M^a. Ferrando García. Durante todo el proceso de preparación de esta tesis doctoral, siempre me han prestado su ayuda para superar los múltiples escollos de todo tipo que este tipo de proyectos tienen como peaje. En este sentido, este trabajo es el colofón de una labor de dirección que se inició hace casi veinte años con la presentación de la tesina de licenciatura que llevaba por título “la representación de los trabajadores y la negociación colectiva en el grupo de empresas”, que fue un primer acercamiento al mundo de la investigación jurídica y para la que generosamente fueron también mis codirectores. Desde entonces, la Universidad ha cambiado mucho, como también la sociedad en la que vivimos. Los cambios que han acontecido no han hecho sino enriquecer a la Universidad, para que siga siendo una institución basada en el conocimiento, la excelencia y el esfuerzo, contribuyendo a la formación de ciudadanos con capacidad crítica y criterio propio que colaboren en la consecución de una sociedad más justa e igualitaria.

Finalmente, el trabajo que ahora se presenta culmina en un momento de madurez, personal y profesional, de su autor, buscando de este modo saldar una deuda pendiente con una aspiración personal que ha estado presente durante todos estos largos años de ejercicio de la abogacía, desde que en la época de estudiante de la Facultad de Derecho surgió la vocación por el noble oficio universitario.

Murcia, noviembre de 2021.

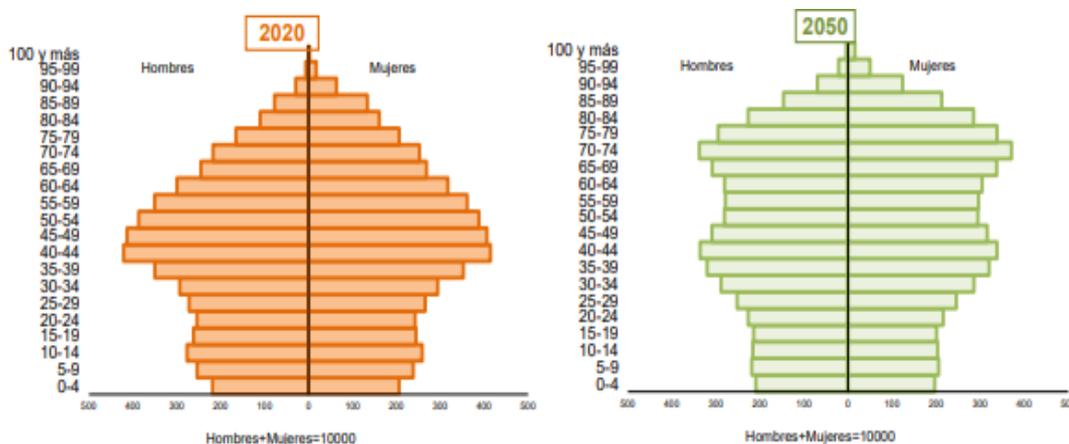
CAPÍTULO I

**LA INCIDENCIA DE LA EDAD EN LAS
REESTRUCTURACIONES DE EMPRESA**

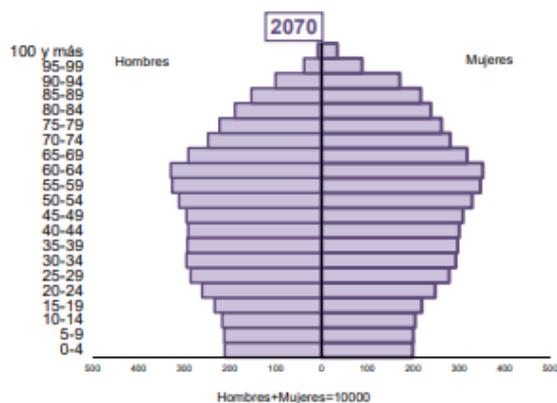
1. NOCIÓN DE TRABAJADOR MADURO: PREVISIONES DEMOGRÁFICAS Y DESEMPLEO DE LARGA DURACIÓN

Según el Instituto Nacional de Estadística (INE), en los próximos años España será uno de los países más envejecidos del mundo. Las simulaciones realizadas por este organismo revelan que, de mantenerse la tendencia demográfica actual, la población se incrementaría en la mitad superior de la pirámide de la población. De este modo, todos los grupos de edad a partir de los 50 años experimentarían un crecimiento de efectivos. Así, los grupos más numerosos a 1 de enero de 2070 serían los nacidos entre 2005 y 2014, cuyas edades estarían entre los 55 y 64 años.

En las siguientes gráficas, es posible comparar la pirámide de la población de nuestro país por franja de edad, en 2020 y conforme a las previsiones para los próximos años, lo que permite poner en evidencia el envejecimiento de la población en España¹:



¹ INE: Protecciones de población 2020-2070. Nota de prensa 22 de septiembre de 2020 (https://www.ine.es/prensa/pp_2020_2070.pdf). [última consulta: 18 de noviembre de 2021]).



El porcentaje de población de 65 años y más, que actualmente se sitúa en el 19,6% del total de la población, alcanzaría un máximo del 31,4% en torno a 2050.

Proporción de personas mayores de cierta edad

Años	De 65 y más años (%)	De 70 y más años (%)	De 80 y más (%)	De 100 y más años (%)
2016	18,7	13,7	6,0	0,02
2017	19,0	13,9	6,1	0,02
2018	19,2	14,0	6,2	0,02
2019	19,4	14,3	6,1	0,02
2020	19,6	14,4	6,0	0,03
2025	21,5	15,6	6,5	0,05
2030	24,0	17,3	7,4	0,07
2035	26,5	19,4	8,1	0,10
2040	28,8	21,4	9,1	0,11
2045	30,9	23,4	10,4	0,15
2050	31,4	25,0	11,6	0,20
2055	31,0	25,3	12,6	0,24
2060	30,1	24,6	13,5	0,30
2065	29,1	23,5	13,3	0,37
2070	28,6	22,5	12,4	0,43

Fuente 2016-2020, Indicadores Demográficos Básicos

Respecto a la esperanza de vida, actualmente se sitúa en los 80,43 años para los hombres y en 85,80 para las mujeres. En 2033, esta cifra aumentará en los hombres pasando a los 82,92 y, para las mujeres, a la edad de 87,68 años. Es por ello, que se habla

de la “feminización de la vejez”, ya que las mujeres son mayoritarias en la vejez, superando en un 32% a los hombres².

El envejecimiento repercute en la respuesta de los mecanismos de la organización social –familias e instituciones- a la hora de afrontar los cuidados de un grupo muy dependiente, como es el de las personas mayores.

En el ámbito de la previsión social, todas estas variables conducen a la necesidad inexorable de que las vidas laborales deban ser prolongadas y a que se cuestione la viabilidad de nuestro sistema de público de pensiones en las condiciones que actualmente lo caracterizan.

Como contraste a esta situación, en línea con la corriente de los países de nuestro entorno, la edad media de salida del mercado de trabajo se encuentra aproximadamente en los 56,9 años. El uso masivo de las conocidas “prejubilaciones” ha conllevado, por un lado, la expulsión del mercado laboral de personas con experiencia y capacidades suficientes para seguir continuando de manera productiva con su vida laboral y, por el otro, ha descapitalizado a las empresas de importantes activos basados en el valor que aportan estos profesionales.

Las salidas no siempre son voluntarias y, en muchas ocasiones, obedecen a reestructuraciones empresariales, entre otras medidas, basadas en la reducción de plantillas o derivan de cambios tecnológicos frente a los que las personas más veteranas no pueden adaptarse con la misma celeridad que los trabajadores más jóvenes³.

Con ello se ve afectado el derecho constitucional al trabajo que recoge el art. 35 de la CE, en relación con el art. 9.2 también de la Carta Magna, que encomienda a los poderes

² PÉREZ DÍAZ, J., ABELLÁN GARCÍA, A., ACEITUNO NIETO, P., RAMIRO FARIÑAS, D., “Un perfil de las personas mayores en España, 2020. Indicadores estadísticos básicos”, *Informes Envejecimiento en red*, núm. 25, 2020, pág. 8.

³ MERCADER UGUINA, J. R., “Principio de igualdad, trabajadores maduros y condiciones de trabajo (en especial acceso al empleo y extinción)”, *Estudios de I+D+I*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 46, 2009, págs. 1-4 (<http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/imsero-estudiosidi-46.pdf>). [última consulta: 23 de septiembre de 2021].

públicos poderes públicos, entre otros grandes cometidos, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social⁴.

La situación descrita se vio potenciada como consecuencia de la crisis económica internacional que afectó muy particularmente a España desde finales del año 2007, y cuyos efectos fueron especialmente devastadores en el sector inmobiliario, el de la construcción, y en el sector bancario, desencadenando profundos procesos de reestructuración que siguen desarrollándose en la actualidad. El impacto derivó no solo de la reducción del número de cotizantes, también de las aportaciones de las personas trabajadoras por las políticas de deflación salarial y de las medidas de austeridad para luchar frente al déficit público⁵.

Transcurridos algo más de diez años, aunque su alcance es todavía incierto, una nueva crisis de escala mundial ha irrumpido como consecuencia de la pandemia del virus Covid-19. Si bien en esta ocasión la causa es distinta, el colectivo de las personas trabajadoras maduras, tanto porque sus efectos son especialmente dañinos para este colectivo como por el impacto que tiene en sus puestos de trabajo, nuevamente se encuentra entre las capas de población laboral más amenazadas.

Por si todo lo anterior no fuera suficiente, no se ha de ignorar que en la actualidad nos encontramos inmersos en la denominada “cuarta revolución industrial” (Industria 4.0) en la que cada vez gana más peso la automatización, la digitalización y la robotización de las relaciones laborales, fruto de la irrupción de las nuevas tecnologías⁶. En efecto, esta

⁴ Vid. SELMA PENALVA, A., “Las rentas mínimas de inserción autonómicas”, en AA.VV., *Los Nuevos Marcos de Relaciones Laborales en el renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 879.

⁵ CALVO GALLEGO, F.J., “La protección social de los trabajadores maduros: algunas notas introductorias”, en ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. (dir.), *Trabajadores maduros y Seguridad Social*, Aranzadi -Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pág. 25.

⁶ Vid. ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “¿El fin del trabajo o el fin del contrato de trabajo en la industria 4.0”, KAHALE CARRILLO, D.T. (dir.), *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, págs. 44-53.

nueva etapa se caracteriza por la irrupción de un nuevo modelo de organización con sistemas automatizados que comportan una producción más eficiente, la disminución de trabajos manuales y el incremento de los trabajos de dirección y gestión, así como la flexibilidad en el tiempo de trabajo como consecuencia del empleo de nuevas tecnologías de la información y de comunicación, permitiendo una interacción directa con el cliente y una mayor transparencia en los procesos⁷. Como reverso, nuevamente, este fenómeno también puede comportar efectos perjudiciales para el colectivo objeto de este estudio, al afectar al reparto del trabajo en el que los grupos de personas trabajadoras más vulnerables (entre quienes se encuentran las personas de edad avanzada) pueden salir seriamente afectados, quedando reemplazados por la implementación de las nuevas tecnologías en todos los aspectos de la prestación de trabajo (robots, aplicaciones informáticas o algoritmos que vienen a sustituir a la fuerza de trabajo humana).

Se ha de tener en cuenta que el factor disruptivo que va a representar la robotización y la evolución de las nuevas tecnologías a un nivel muy superior al que actualmente es posible constatar, incide sobre un mercado de trabajo que ya se encuentra en la actualidad debilitado por la precariedad laboral y los altos índices de desempleo⁸.

Como resultado de todo ello, se asiste a un proceso que ocasiona una importante merma en el principio de igualdad de oportunidades que consagra con carácter general el art. 9.3 de la CE. Asistimos ahora a una nueva dimensión de la desigualdad, en este caso la denominada “brecha digital”⁹, fruto de que muchos de los trabajos desempeñados por las personas de edad madura son de baja cualificación y pueden ser sustituidos por

⁷ FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a.B., “El uso de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: propuestas y soluciones ante nuevos retos y viejos conflictos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020, pág. 323.

⁸ MERCADER UGUINA, J.R., “El impacto de la robótica y el futuro del trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 67, núm. 269, 2007, pág. 150.

⁹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M^a.Y. y GRAU RUÍZ, M^a.A., “El impacto de la robótica, en especial la robótica inclusiva, en el trabajo: aspectos jurídico-laborales y fiscales”, *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, núm. 50, 2019, pág. 21.

procesos automatizados o implementados mediante la aplicación de las nuevas tecnologías, para las que este colectivo no cuenta ni con experiencia ni formación¹⁰.

La desigualdad a la que se hace referencia también deriva de las dificultades que encuentran estas personas para incorporar en sus procedimientos de trabajo todas las novedades tecnológicas que son implantadas cada vez a un ritmo más rápido¹¹. Es por ello, que se viene hablando desde hace unos años de la necesaria “alfabetización informática” de la persona trabajadora y de una formación profesional adecuada a las nuevas circunstancias¹².

La percepción de que la robotización de las relaciones laborales avanza a pasos agigantados y que representa un fenómeno de primera magnitud que precisa de un desarrollo ordenado, ha propiciado la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica. El contenido social también está presente en dicha resolución¹³. En el bloque de “educación y empleo”, se solicita a la Comisión que empiece a analizar y supervisar más estrechamente la evolución a medio y largo plazo del empleo, con especial énfasis en la creación, la deslocalización y la pérdida de puestos de trabajo en los diferentes campos o ámbitos de cualificación con el objetivo de determinar en qué ámbitos se está creando empleo, pero también dónde se está perdiendo como

¹⁰ Para tratar de hacer frente a esta situación y la intensificación que la brecha va experimentar en los próximos años, el “Plan de la Recuperación Transformación y Resiliencia” (Acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de abril de 2021, publicado en la Resolución de 29 de abril de 2021), incluye el “Plan Nacional de Competencias Digitales”, destinando una importante inversión para ejecutar actuaciones específicas de cualificación y recualificación dirigidas a personas empleadas y desempleadas (Palanca VII, Componente C19.13).

¹¹ DEL REY GUANTER, S., “Inteligencia artificial y relaciones laborales: algunas implicaciones jurídicas”, en SÁEZ LARA, C., NAVARRO NIETO, F., GÓMEZ CABALLERO (coords.), *Los desafíos del Derecho del Trabajo ante el cambio social y económico. Libro en Homenaje a Federico Durán López*, Iustel, Madrid, 2021, pág. 192.

¹² SEMPERE NAVARRO, A.V. Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 32.

¹³ GOERLICH PESET, J.Mª., “Digitalización, robotización y protección social”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 23, 2018, pág. 110.

consecuencia de la mayor utilización de los robots y de las nuevas tecnologías en general. También se destaca la importancia que reviste la previsión de los cambios sociales, habida cuenta de los efectos que podrían tener el desarrollo y la implantación de la robótica y la inteligencia artificial, por ello también se solicita a la Comisión que analice los diferentes posibles escenarios y sus consecuencias para la viabilidad de los sistemas de seguridad social en los Estados miembros.

Por estas viejas y nuevas amenazas, las trabajadoras y trabajadores maduros se caracterizan por formar parte de un colectivo en permanente situación de vulnerabilidad¹⁴. Así, en términos generales, dicho colectivo adolece de una baja formación y cualificación profesional, lo que complica su colocación en un mercado de trabajo constreñido cada vez más por las “razones de mercado”¹⁵, tales como la productividad o los avances técnicos que paulatinamente reemplazan a un grupo que, por otro lado, se incrementa de manera gradual por el aumento de la esperanza de vida, como ha sido expuesto anteriormente. Además, la mayoría de las personas en esta franja de edad deben afrontar responsabilidades familiares (hijos menores de edad o estudiantes, personas dependientes), lo que determina que precisen de una mayor flexibilidad horaria, que tengan mayor arraigo a su comunidad y cuenten con dificultades para poder mejorar su empleabilidad mediante instrumentos como la movilidad geográfica, pudiendo además ser discriminados también por este motivo¹⁶. Tal vez la característica más relevante, por su franja de edad, es que se trata de personas que se encuentran muy lejos todavía de poder solicitar la jubilación. Por ello, los datos estadísticos vienen revelando desde hace años que, a partir de cuarenta y cinco años¹⁷, los trabajadores pasan a engrosar un

¹⁴ CES, *Informe sobre la situación sociolaboral de personas de 45 a 64 años*, Madrid, 2014, pág. 12.

¹⁵ OLARTE ENCABO, S., “Edad y empleo. Colectivos desfavorecidos”, en CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M.(dirs.), *La Relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pág.81.

¹⁶ ALONSO BRAVO, M., “La organización flexible del tiempo de trabajo al servicio del mantenimiento en el empleo de los trabajadores de edad avanzada”, en ESCUDERO PRIETO, A. (dir.) y ALONSO BRAVO, M. (coord.), *Los nuevos perfiles del Estado social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*, Reus Editorial, Madrid, 2017, pág. 195.

¹⁷ ELORZA GUERRERO, F., “El envejecimiento activo de la población: ¿problema o solución?”, en ELORZA GUERRERO, F. y FERNÁNDEZ ROCA, F.J. (coords.), *El mantenimiento del empleo por los trabajadores de*

colectivo de especial fragilidad en términos de paro prolongado, sin posibilidad de realizar una transición laboral de corta duración hacia otro puesto. Estas circunstancias determinan que este colectivo se vea afectado en mayor grado que otros grupos en los períodos de crisis y que un elevado porcentaje de los mismos se integre dentro del “paro de larga duración” (entendiendo por tal aquel en el que se superan los doce meses de búsqueda activa de empleo). El colectivo comprendido entre los 45 y los 67 años puede quedar subdividido, a su vez, por diferentes tramos de edad, a lo que se suman otras circunstancias como la formación, la situación económica o el país de residencia¹⁸.

A la hora de analizar en su proporción adecuada esta información, en nuestro país es posible apreciar que, en el período 2015-2020, en los hombres ha disminuido la tasa de paro de larga duración, en comparación con la población activa en 6,4 puntos y en el caso de las mujeres 6,3 puntos. En la franja de edad comprendida entre los 50 a 59 años, en el año 2020, el 49,7% de las mujeres desempleadas eran paradas de larga duración, mientras que el porcentaje de hombres desempleados era del 41,2%. Según los datos del INE y EUROSTAT (Oficina Estadística de la Unión Europea), si comparamos con la media de la Unión Europea, la condición de parada de larga duración afecta al 48% de las mujeres desempleadas y al 46,5% en el caso de los hombres.

Sopesando estos datos, es posible apreciar que el desempleo de larga duración en la edad madura está afectando en mayor medida a las mujeres trabajadoras, quienes (entre otras circunstancias) se han encontrado muy condicionadas por la necesidad de conciliar sus obligaciones familiares con su vida profesional. Se trata, en demasiadas ocasiones de

edad avanzada en Andalucía, Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 8. No obstante, a estos efectos, la edad de cuarenta y cinco años no es una circunstancia de la persona trabajadora “estática”, el factor edad se encuentra en constante evolución en el marco de una sociedad envejecida, en la que cada vez se incrementa más la esperanza de vida, MONERO PÉREZ, J.L., *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada*, Bomarzo, Albacete, 2019, pág. 106.

¹⁸ PÉREZ ANAYA, R.M., “Nuevas tecnologías, trabajo sostenible y trabajadores de edad avanzada”, MARÍN ALONSO, I., IGARTUA MIRÓ, M.T. (dirs.), SOLÍS PRIETO, C., (coord.), *Nuevas Tecnologías y Trabajo sostenible*, Laborum, Murcia, 2020, pág. 172.

un “trabajo invisible” que resulta imprescindible para el desarrollo de la economía productiva, pero que carece de reconocimiento¹⁹.

En consecuencia, la Comisión Europea tiene en cuenta esta circunstancia a la hora de señalar como uno de los objetivos de la estrategia de envejecimiento activo la necesidad de incrementar la tasa de empleo de las mujeres situadas entre los 55 y los 64 años, así como mantenerlas más tiempo en el mercado de trabajo²⁰. En efecto, el acercamiento a esta materia debe ser acometido teniendo en cuenta la dimensión de género a la hora de establecer actuaciones para la promoción de este colectivo protegido²¹.



Razones como las apuntadas han conducido a que el legislador y los poderes públicos implementen diversas medidas para favorecer la empleabilidad de las personas

¹⁹ MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R., “La contrarreforma del subsidio de prejubilación. Una necesaria lectura de género”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 435, 2019, pág. 42.

²⁰ MORENO ROMERO, F., *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*, Comares, Granada, 2016, pág. 64.

²¹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y. (dirs.), *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, CES, Madrid, 2009, pág. 100.

trabajadoras maduras²²; medidas que serán desarrolladas en un apartado específico de esta tesis, al ir acompañadas de ayudas económicas destinadas a ayudar a la persona trabajadora en su transición hacia un nuevo puesto de trabajo.

Interesa, no obstante, destacar en este momento, que cuando las personas mayores de cuarenta y cinco años permanecen 180 días como demandantes de empleo en un período de 9 meses, son objeto de atención prioritaria por parte de los poderes públicos²³.

En septiembre de 2021²⁴, del total de 3.416.700 parados, 1.381.500 eran mayores de cuarenta y cinco o más años de edad, lo que representa una cifra que supera el 40%. Si se atiende al género, las trabajadoras desempleadas de cuarenta y cinco o más años ascienden a una cifra cercana a las 779.300 y en el caso de los hombres 602.200. Por ello, el 51,3% de las personas con esta condición son de género femenino.

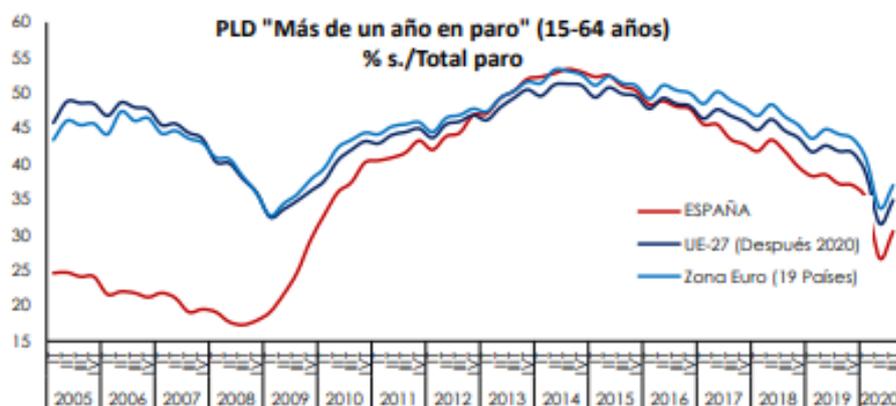
En el siguiente cuadro es posible apreciar una comparativa entre los parados de larga duración de España y la media de la Unión Europea²⁵:

²² A modo de ejemplo, como será desarrollado en el capítulo quinto, la Resolución de 14 de noviembre de 2011, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011, por el que se aprueba la *Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores y las Trabajadoras de Más Edad 2012-2014* o la Resolución de 8 de abril de 2019, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de abril de 2019, por el que se aprueba el *Plan Reincorpora-t, Plan trienal para prevenir y reducir el Desempleo de Larga Duración 2019-2021*.

²³ Resolución de 8 de abril de 2019, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de abril de 2019, por el que se aprueba el *Plan Reincorpora-t, Plan trienal para prevenir y reducir el Desempleo de Larga Duración 2019-2021*, ya citado.

²⁴ Fuente: INE, informe del tercer trimestre de 2021.

²⁵ Fuente: Eurostat.



Teniendo en cuenta los datos anteriores, pese a que la normativa laboral establece obligaciones a cargo de las empresas que acometen despidos colectivos que afectan a personas trabajadoras a partir de los 50 años de edad, la realidad es que la vulnerabilidad de dicho colectivo ya se constata a partir de los cuarenta y cinco años, fundamentalmente en el caso de la mujer trabajadora.

La situación expuesta parte de la convicción de que la edad es una dimensión fundamental de nuestra organización social, la cual acepta que los derechos y responsabilidades se distribuyan de acuerdo con la construcción social de la edad²⁶.

El grupo al que se alude hace referencia a una nueva clasificación con una dimensión y formación histórica específica, inexistente en el orden de la sociedad fordista de pleno empleo, que aparece en las últimas décadas como una figura intermedia entre el trabajador adulto y el jubilado. Esta categoría es fruto de un proceso de construcción socio-histórica por el que se caracteriza y homogeneiza a determinados trabajadores a partir del rasgo de la edad. En la construcción de esta nueva figura juegan un papel fundamental las representaciones y estereotipos que vinculan la edad y el trabajo, determinando el lugar

²⁶ MARÍN ALONSO, I., ELORZA GUERRERO, F., "Informalidad en el trabajo y exclusión social de los trabajadores de edad", *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 3, 2017, pág. 97.

al que se relega a los trabajadores de edad avanzada en un período socio-histórico de escasez de empleo y de cambio en las políticas de gestión de la mano de obra.

Cabe incluir dentro de este grupo a aquellas personas que, compartiendo la misma realidad cronológica, han sido partícipes, además, de unas mismas condiciones sociales y materiales de producción con relación al mercado de trabajo. Son personas pertenecientes a una misma clase social: personas trabajadoras de clase media-baja, cuya posición en el mercado laboral ha venido determinada por “un bajo capital escolar y un bajo capital económico”²⁷.

Este colectivo tiene unas características comunes: su trayectoria en el mercado laboral les confiere unos esquemas similares de prácticas, representaciones, percepciones y apreciación con relación al mercado laboral.

2. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE EDAD

2.1 Caracterización

Se ha llegado a afirmar que la edad, fundamentalmente en su franja superior, constituye hoy la principal causa de discriminación en el ámbito de las relaciones laborales, superando incluso a la discriminación por razón de género²⁸.

Este tipo de discriminación puede manifestarse en el acceso al empleo, durante la vigencia de la relación laboral o en la extinción del contrato²⁹. Se agudiza especialmente en su primera manifestación relativa al momento de acceso al trabajo, siendo esta fase la que resulta más complicada de controlar por cualquier política antidiscriminatoria que pretenda incidir en esta desigualdad y corregirla.

²⁷ SUSO ARAICO, A., “La relación con el empleo de los trabajadores mayores”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 24, núm. 2, 2006, págs. 133-34.

²⁸ SANGUINETI RAIMOND, W., “La edad: ¿cenicienta de las discriminaciones?”, *Trabajo y Derecho*, núm. 59, 2019, pág. 11 y ss.

²⁹ ROQUETA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pág. 141.

A diferencia de lo que ocurre con otras circunstancias de la persona que también pueden ser objeto de discriminación, esta causa cuenta con la singularidad de ser una discriminación de carácter transversal, ya que afecta a todo el mercado de trabajo y hace potencialmente vulnerables a todas las personas a partir de una determinada edad. Esto es, comienza a manifestarse en determinados casos a partir de los cuarenta y cinco años - tal y como se ha advertido antes- y se generaliza para todos los colectivos de personas en condiciones de trabajar a partir de los cincuenta y cinco, constatándose de manera prácticamente general.

Otra nota particular de la discriminación por razón de edad se define porque opera de manera muy sutil, caracterizándose por su naturaleza evanescente: por un lado, están las personas jóvenes y, por otro, las mayores. Esto es, la edad es un punto en una escala variable por su propia naturaleza. Por ello, establecer una diferencia basada en un criterio neutro, como es el mero transcurso del tiempo, debe ser rechazada y reprobada³⁰.

Continuando con la caracterización de este tipo de discriminación, aunque los afectados reúnen unas notas definitorias similares, no cabe oponer frente a la misma un bloque homogéneo que aglutine a un grupo con intereses comunes que defender, como ocurre en las discriminaciones que afectan a otros colectivos. En consecuencia, los trabajadores maduros no cuentan con capacidad para reivindicar de manera colectiva y organizada, como sí ocurre con otros grupos. La edad no identifica a una específica clase, la discriminación por motivos de edad no coincide con otras conductas tipificadas como discriminatorias, como ocurre en el caso de las discriminaciones sexuales o raciales³¹. Ahora bien, es conveniente indicar que esta discriminación sí que se intensifica en determinados colectivos, como ocurre con las mujeres, dando lugar a un fenómeno que

³⁰ MERCADER UGUINA, J.R., “Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad”, en MERCADER UGUINA, J.R. (dir.), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral*, Lex Nova, 2009, pág. 25.

³¹ MERCADER UGUINA, J.R., “Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad”, en MERCADER UGUINA, J.R. (dir.), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral*, cit. , pág. 26.

se ha dado en denominar “discriminación múltiple”, toda vez que se puede sumar a otras discriminaciones derivadas del género³².

No es ni mucho menos irrelevante apreciar que reconocerse discriminado por esta causa implica caer en una serie de estereotipos dentro de los cuales nadie evidentemente quiere verse incluido, de ahí que se trate de una “mayoría silenciosa”.

A todo lo indicado se suma el factor biológico de la edad, y ello pese a que la incidencia de la edad es una cuestión individualizada, no siendo posible establecer criterios generales sobre la merma de la capacidad laboral o el deterioro de los conocimientos. De este modo, mediante la discriminación por razón de la edad (edadismo) solo se enfatiza el aspecto negativo de cada ciclo: la juventud es inexperiencia y falta de conocimientos, y la edad madura, obsolescencia y merma de las capacidades físicas y psíquicas.

No deja de resultar paradójico que el carácter problemático de este grupo de personas se suela justificar en razón a una serie de datos que, considerados en sí mismos, deberían ser calificados como beneficiosos y positivos. En efecto, las causas que provocan dificultades en estas personas trabajadoras se encuentran, por un lado, en el alargamiento de la vida humana (fenómeno que se ha producido sobre todo en países de nuestro entorno) y, por el otro, en el extraordinario aumento de la capacidad productiva. El mismo no se produce por el incremento o cantidad de trabajo humano incorporado al proceso productivo, sino merced a la directa utilización de la ciencia y la técnica en dicho proceso, multiplicando exponencialmente los rendimientos del trabajo humano. De este modo, se libera a importantes masas del esfuerzo de trabajar o son mejoradas cualitativa o cuantitativamente las condiciones laborales que hasta ese momento tenían, sin que la productividad decaiga. Aunque es un fenómeno altamente positivo, se convierte en una fuente de problemas, porque el trabajo, del que se excluye a importantes capas de la

³² Vid. FERRANDO GARCÍA, F.Mª., “La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 428, 2018, págs. 19-54.

población activa y particularmente a las personas maduras, “reduce su importancia como instrumento de la producción, y deja de cumplir para dichos trabajadores el papel de medio de obtención de recursos. El trabajo mismo llega a convertirse en un bien escaso”³³. Desde este enfoque, la política de empleo de las personas maduras está pensada para facilitar el acceso a la pensión de jubilación. Frente a la “visión resignada” que se ha impuesto³⁴, el objetivo esencial debería ser la reincorporación plena de las personas maduras que generan valor por las cualidades que han sido apuntadas, siguiendo con su vida activa y su cotización a la Seguridad Social.

2.2 Un antecedente muy reseñable: la *Age Discrimination in Employment Act*

Toda aproximación que se realice a los distintos instrumentos jurídicos diseñados para luchar contra la discriminación por razón de edad, debe necesariamente hacer referencia a la *Age Discrimination in Employment Act* (ADEA) de 1967 en Estados Unidos, como uno de los antecedentes más destacados.

La ADEA nace en los años sesenta del siglo pasado, en el contexto de los movimientos en defensa de los derechos civiles y en contra de la segregación. Entre sus objetivos, establece la prohibición de discriminación por razón de edad y el fomento del empleo de los trabajadores de edad, para que los mismos sean valorados, no por su edad, sino por su capacidad para el trabajo. Así, entre otros contenidos, se considera ilegal rechazar la contratación de personas por razón de su edad, limitar sus oportunidades de empleo, perjudicar sus condiciones como trabajador o reducir su salario por este motivo.

La Ley ciñe exclusivamente su manto protector al ámbito laboral, dispensando la protección a partir de los cuarenta años.

³³ APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A.M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007, págs. 15-16.

³⁴ GALA DURÁN, C., “La protección por desempleo de los trabajadores maduros como vía de transición hacia la jubilación”, en ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. (dir.), *Trabajadores maduros y Seguridad Social*, cit., 2018, pág. 385.

El origen de la ADEA se encuentra en un Informe especial encargado al Secretario de Trabajo, a fin de determinar si la discriminación por razón de edad podía ser incluida en la *Civil Rights Act* dedicada a la protección de los distintos derechos civiles, o merecía un espacio propio. En efecto, como ha quedado demostrado posteriormente, el referido Informe concluyó que existían diferencias relevantes entre la discriminación por razón de edad y otros tipos de discriminación.

A diferencia de lo que ocurre con la raza o el género, la edad puede afectar a la capacidad para desarrollar el trabajo, lo que conllevaba la necesidad de que fuese abordada de manera separada³⁵.

2.3 Breve aproximación al ámbito internacional de la protección frente a la discriminación por razón de edad

Con carácter previo al análisis del tratamiento que ha dispensado el Derecho de la Unión Europea, merece la pena atender a los instrumentos que han sido consensuados en el ámbito internacional para luchar contra la discriminación. El derecho a la igualdad ante la ley y a la protección de una persona frente a la discriminación, es un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Carta Comunitaria de los derechos fundamentales de los trabajadores, así como el Convenio núm. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación (1958).

También cabe aludir a la Recomendación número 162 de la OIT, de 4 de junio de 1980, que resulta aplicable a todas las personas trabajadoras que, por el avance de su edad, están expuestas a encontrar dificultades en materia de empleo y ocupación. Para la OIT,

³⁵ Vid. BASEIRÍA MARTÍ, J., “La legislación antidiscriminatoria por razón de edad avanzada en Estados Unidos”, *Temas Laborales*, núm. 123, 2014, págs. 112-115.

los problemas de empleo de los trabajadores de edad deberían ser tratados en el contexto de una estrategia global y equilibrada, tomando en cuenta a todos los grupos de la población y garantizando con ello que los problemas del empleo no se desplacen de un grupo al otro. Además, la Recomendación incide en el principio de igualdad de oportunidades y de trato, indicando que todo Estado Miembro debería adoptar medidas para impedir la discriminación frente a este colectivo en materia de empleo y ocupación. Para tal fin deben promulgar leyes o promover programas, o ambos métodos a la vez, que puedan garantizar la aceptación y cumplimiento de esa política. En consecuencia, la citada Recomendación reconoce los derechos a:

- El acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación.
- La elección de un empleo, tanto en el sector público como en el privado, con la salvedad de los casos en que excepcionalmente se fijen límites de edad a causa de las exigencias, condiciones o reglamentaciones particulares de ciertos tipos de empleo.
- Los medios de formación profesional, en particular los de perfeccionamiento y actualización de la formación.
- La licencia pagada de estudios, fundamentalmente con la finalidad de formación y de educación en materia sindical.
- La promoción y a una “justa distribución de tareas”.
- La seguridad en el empleo, a excepción de la legislación y prácticas nacionales relativas a la terminación de la relación de trabajo y de los resultados de la aptitud para el trabajo.
- La remuneración por un trabajo de igual valor.
- Las medidas de Seguridad Social y a las prestaciones sociales.

- Unas adecuadas condiciones de trabajo, incluidas las medidas de seguridad e higiene.
- La vivienda, a los servicios sociales y a las instituciones sanitarias, en particular cuando el acceso está vinculado a la actividad profesional o al empleo.

Estos derechos se ven acompañados por la obligación de los Estados miembros de adoptar “medidas preventivas”³⁶ para impedir la discriminación respecto de las personas trabajadoras en materia de empleo y ocupación. De este modo, condiciones laborales como la jornada de trabajo o los períodos de descanso pueden ser adaptadas a sus necesidades.

Además, se impone la obligación de adoptar medidas que puedan ofrecer a las personas trabajadoras, que así lo deseen, nuevas oportunidades de empleo en la misma profesión o en otra distinta donde puedan hacer uso de sus capacidades y experiencia, procurando que esta transición no conlleve la pérdida de ingresos. Aún más interesante es la referencia que se incluye sobre los procesos de reestructuración, en el sentido de que se deben hacer especiales esfuerzos para tener en cuenta las necesidades específicas de las personas trabajadoras de edad, a modo de ejemplo, facilitando su readaptación profesional en otras industrias, mediante una ayuda para asegurarles un nuevo empleo o garantizándoles una protección adecuada de sus ingresos o una compensación financiera apropiada.

La atención a familiares y personas dependientes también es tomada en consideración, al recomendarse asimismo que se realicen esfuerzos para facilitar el empleo o la vuelta al mismo de las personas de edad que busquen trabajo después de una inactividad profesional debida a las responsabilidades familiares.

Finalmente, esta importante Recomendación también contempla provisiones relativas a la preparación y acceso al retiro de las personas trabajadoras de edad. En este último

³⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada*, cit., pág. 17.

bloque es donde se añaden unas interesantes referencias sobre el desempleo de larga duración, asumiendo que se trata de una situación que afecta especialmente a este grupo de personas trabajadoras. Por ello, cuando estas personas se encuentren desempleadas durante un tiempo anterior a la edad normal de jubilación, deberán continuar disfrutando, hasta que llegue esa fecha, de las prestaciones por desempleo o de la garantía de percibir unos ingresos apropiados. En su defecto, estas personas podrían acceder a la jubilación anticipada. En tal caso, el importe que corresponda no debería reducirse para compensar la probable prolongación del período de pago de la prestación, pero en el cálculo de ese importe podría prescindirse, en lo que respecta a la duración del período de calificación, del período que media entre la edad efectiva y la edad normal de admisión de la prestación. En este punto, la Recomendación también contiene referencias a la incidencia de los trabajos penosos e insalubres, así como la posibilidad de retrasar la edad si la persona trabajadora cuenta con las aptitudes necesarias y así lo decide.

La circunstancia de que el Convenio 111 de 1958, anteriormente citado, sobre discriminación y su Recomendación en materia de empleo y ocupación no incluyeran a la edad dentro de las causas de discriminación, determinó la elaboración de la Recomendación núm. 162³⁷. El Convenio de 1958, en su art. 5, únicamente contemplaba la posibilidad de establecer medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razón de edad, entre otros factores, se les reconociera la necesidad de protección o de asistencia especial.

En 1982, la Asamblea Mundial de Naciones Unidas sobre el Envejecimiento acordó el *Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento*. Como uno de los objetivos del Plan, se encontraba la eliminación de la discriminación y la segregación por motivos de edad. En este mismo sentido, también merecen ser traídas a colación la Carta de los Principios a favor de las personas Mayores, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1991, la *Resolución de Surinam sobre la situación de las mujeres*

³⁷ SERVAIS, J.M., “Trabajo y sociedades en envejecimiento: una perspectiva internacional”, en CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M. (dirs.), *La Relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social*, cit., pág. 306.

de edad, que fue adoptada en la 56ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2002 o la *Declaración Política y el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento*, adoptada en ese mismo año, en el marco de la Segunda Asamblea Mundial de las Naciones Unidas sobre el Envejecimiento, de donde deriva el compromiso de los distintos gobiernos a emprender acciones para eliminar todas las formas de discriminación, en particular, la discriminación por razón de edad, siendo ratificada en la Conferencia Ministerial sobre el Envejecimiento celebrada del 19 al 20 de septiembre de 2012 en Viena³⁸.

2.4 La protección moderada frente a la discriminación por razón de edad en Europa y en la Unión Europea

La Unión Europea se ha dotado de sus propios instrumentos legales y judiciales para reaccionar frente a las conductas discriminatorias, dentro de las cuales también merece un adecuado tratamiento la lucha contra la discriminación basada en la edad.

En la normativa europea destaca el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que prohíbe expresamente la discriminación por razón de edad, tras la modificación introducida en el art. 13 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea por el Tratado de Ámsterdam de 1997, que supuso una ampliación de competencias de la Comunidad y del principio de igualdad más allá de la tradicional prohibición de la igualdad entre sexos³⁹.

Además, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C – 364/01) proscrib, en su art. 21, la discriminación, incluyendo expresamente la edad como una circunstancia de la persona protegida. Según este precepto, queda prohibida toda discriminación, haciendo referencia en particular a la que es ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría

³⁸ Vid. BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., “La edad de jubilación como política de empleo y como posible medida discriminatoria”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2004, págs. 87-88.

³⁹ BENAVENTE TORRES, I., “Cinco causas de discriminación en la Unión Europea y su incidencia en el ordenamiento español”, *Trabajo y Derecho*, núms. 55-56, 2019, pág. 32.

nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Se ha de sumar que se lleva a cabo una prohibición expresa a toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.

En cambio, en el ámbito del Consejo de Europa, la edad no aparece entre las causas de discriminación prohibida en la Carta Social Europea de 1996 revisada, que ha sido ratificada por nuestro país mediante Instrumento de 29 de abril de 2021. Dicha Carta sí incluye expresamente la lucha contra la discriminación por razón de sexo (art. 20), pero el factor de la edad queda diluido en una prohibición genérica (Artículo E – Parte V).

Por su parte, el art. 25 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, relativo a los “derechos de las personas mayores”, proclama que la Unión Europea reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural. Teniendo en cuenta el envejecimiento gradual de la población de nuestro continente, no resulta ociosa esta mención al tener en cuenta que va dirigida a un colectivo cada vez más numeroso⁴⁰.

La lucha contra la discriminación hacia las personas de edad madura se ha visto reforzada por el objetivo de la Unión Europea de fomentar la empleabilidad de este colectivo, dentro de la noción de “envejecimiento activo”. El Consejo Europeo de Lisboa del año 2000, establece por primera vez, dentro de la Estrategia Europea de Empleo, como objetivo a alcanzar la consecución de una tasa de empleo del 50% para las personas entre 55 y 64 años para el año 2010⁴¹. El documento comunitario esencial⁴² en esta materia ha

⁴⁰ MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L., en LÓPEZ CASTILLO, A. (dir.), *La carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 768.

⁴¹ MORENO ROMERO, F., *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*, cit., pág. 55.

⁴² SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y. (dirs.), *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, cit., pág. 245.

sido la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2004⁴³ sobre “aumentar el empleo de los trabajadores de más edad y retrasar su salida del mercado de trabajo”. Dicha Comunicación impone a los Estados miembros la elaboración y aplicación de “estrategias globales de envejecimiento activo que integren los factores clave para mantener el empleo de los trabajadores de más edad”, tales como incentivos financieros que no fomenten la jubilación anticipada, fórmulas flexibles de organización del trabajo o políticas de mercado de trabajo eficaces.

Seguido de lo anterior, la lucha contra la discriminación por razón de edad y el fomento de políticas de envejecimiento activo, motivan la inclusión de un nuevo art. 10 en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en virtud del cual, en la definición y ejecución de las políticas y acciones de la Unión Europea, se tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza y origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.

Es evidente, por todo lo que ha sido expuesto, que la lucha contra la discriminación se encuentra expresamente incluida dentro de los objetivos de la Unión Europea. Más en concreto, en atención a su grado de intensidad, las Directivas de las que se ha dotado a Unión Europea para luchar contra la discriminación son⁴⁴:

- Directiva 79/7 de la Comunidad Económica Europea, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, siendo la precursora.
- Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio de 2000, de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

⁴³ COM/2004/0146 final.

⁴⁴ Siguiendo la clasificación realizada por ORDOÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo. Especial atención a la empleabilidad, la protección por desempleo y la jubilación*, Laborum, Murcia, 2019, pág. 68.

- Directiva 2000/78 del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.
- Directiva 2004/113 del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y su suministro.
- Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.
- Directiva 2010/18 del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental.
- Directiva 2010/41 del Consejo, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma.

Aunque se trata de una materia que merecería un desarrollo particularizado, es conveniente hacer referencia al valor de estas disposiciones. Mediante estas directivas, el principio de igualdad y el derecho antidiscriminatorio se refuerzan y adquieren una “dimensión horizontal” frente al ordenamiento de cada país, como instrumento para garantizar un nivel mínimo del derecho a favor de las personas trabajadoras que deben soportar los efectos y los costes económicos y sociales que lleva implícita la paulatina flexibilización del mercado laboral. Además, mediante estos instrumentos tan característicos del Derecho de la Unión Europea, se relativiza la exigencia de la comparación para la comprobación de la discriminación. Es decir, el hecho de que, para declarar la discriminación sea suficiente con constatar la posición de desventaja particular (sin tener que hacer cálculos con el elemento cuantitativo del efecto que genera la desventaja ni sobre la existencia de un perjuicio actual y concreto) siendo suficiente un perjuicio potencial, ha hecho posible afirmar que representan una nueva etapa en el

derecho antidiscriminatorio⁴⁵. Si esta es la regla general, es posible adelantar ya que (en el caso de la discriminación ocasionada por la edad), aunque el punto de partida sea el mismo, el efecto será mucho más limitado al concurrir diversas excepciones que difuminan sus efectos.

Para el desarrollo de esta tesis, adquiere especial importancia la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que representa la plasmación de los principios anteriormente indicados en el ámbito de la protección contra las distintas discriminaciones presentes en el empleo y la ocupación, dentro de las que se incluye el factor edad.

Como señalan sus Considerandos núm. 11 y núm. 12, la discriminación por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual puede poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), en particular el logro de un alto nivel de empleo y de protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social, la solidaridad y la libre circulación de personas. Por ello, se deberá prohibir en toda la Comunidad cualquier discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual en los ámbitos a los que se refiere la Directiva. Dicha prohibición de discriminación se aplicará asimismo a los nacionales de terceros países, pero no se refiere a las diferencias de trato basadas en la nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones que regulan la entrada y la residencia de los nacionales de terceros países y su acceso al empleo y la ocupación.

Lo anterior es complementado por el Considerando núm. 25, según el cual la prohibición de discriminación por razones de edad constituye un elemento fundamental

⁴⁵ LOI, P., “El principio de razonabilidad en la discriminación por razón de edad”, en MERCADER UGUINA, J.R. (dir.), *Trabajadores Maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral*, cit., pág. 57.

para alcanzar los objetivos establecidos por las directrices sobre el empleo y para fomentar la diversidad en el mismo.

Ahora bien, bajo determinadas circunstancias, se pueden justificar diferencias de trato por razones de edad, requiriendo por lo tanto disposiciones específicas que pueden variar según la situación de los Estados miembros. En consecuencia, para el legislador comunitario, resulta esencial distinguir las diferencias de trato justificadas, concretamente, por objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado laboral y de la formación profesional, y debe prohibirse la discriminación. Estas excepciones, a la postre, van a ser decisivas para calibrar adecuadamente el grado de protección que ha configurado la Unión Europea en materia de protección frente a la discriminación por razón de edad.

Sin abandonar los Considerandos, conviene mencionar también el núm. 14, cuando dispone que la citada Directiva , lo que denota que la discriminación por razón de edad no entrará en el ámbito de la regulación que sobre Seguridad Social y jubilación tenga cada Estado miembro.

Con estos antecedentes, la normativa de la Unión Europea establece diversos niveles en materia de tutela antidiscriminatoria, siendo el más alto el relativo a la discriminación por razón de género⁴⁶. A continuación, se dota de mayor protección a la orientación sexual, después la religión y las convicciones, la discapacidad y, en último lugar, la discriminación basada en la edad⁴⁷, al admitir muchas excepciones.

Sea como fuere, la prohibición por razón de edad representa un principio general del Derecho comunitario, que cuenta con eficacia directa, correspondiendo a los jueces nacionales que conocen de un determinado asunto donde pueda entrar en discusión este

⁴⁶ BALLESTER PASTOR, M.A., “Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminatorio comunitario”, en CABEZA PEREIRO, J, BALLESTER PASTOR, M.A., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, cit., pág. 32.

⁴⁷ BALLESTER PASTOR, M.A., “Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminatorio comunitario”, cit., pág. 32.

principio, garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el ordenamiento comunitario al justiciable y la eficacia plena de este principio, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la norma nacional que sean eventualmente contrarias⁴⁸. El Tribunal de Justicia no solo sienta el principio de eficacia directa, sino también el de eficacia horizontal de este principio de no discriminación, cuando es planteado un litigio entre particulares, dejando (si resulta preciso) de aplicar cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias a ese principio, con independencia del ejercicio de la facultad con la que cuenta el órgano jurisdiccional de poder plantear una cuestión prejudicial⁴⁹.

El art. 2 de la Directiva 2000/78 considera constitutivas de discriminación por razón de edad todas aquellas conductas que puedan quedar subsumidas dentro de las categorías de discriminación directa, indirecta y el acoso, así como las órdenes empresariales tendentes a discriminar por esta condición a una persona trabajadora. Más en concreto (siempre tomando como referencia el ámbito del empleo y la ocupación, no solo en la empresa privada, sino también cuando el empleador forma parte del sector público⁵⁰), la discriminación directa por razón de edad puede ser definida como la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de edad de manera menos favorable que otra en situación comparable. Por su parte, la discriminación indirecta por razón de edad estaría referida a aquellos supuestos en que una disposición, criterio práctica, aparentemente de carácter neutro, pueden ocasionar una desventaja o situen en desventaja particular a personas de una edad determinada, respecto de otras personas, que no cuenten con tal circunstancia o condición, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda ser justificada de manera objetiva por una finalidad legítima contando con unos medios para su consecución adecuados y necesarios. En tercer lugar, el acoso por razón de edad

⁴⁸ STJUE 9 de marzo de 1978, caso Simmenthal, C-106/77, STJUE 5 de marzo de 1998, caso Solred, C-347/96.

⁴⁹ PRECIADO DOMÉNECH, C.H., “La discriminación por razón de edad”, en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, pág. 436.

⁵⁰ STJUE 9 de septiembre de 2015, caso Unland, C-20/13, STJUE 21 de enero de 2015, caso Felber, C-529/13.

se manifiesta cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con la edad que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio hostil, degradante, humillante u ofensivo. En este punto, el concepto de acoso puede ser definido de conformidad con las normas y prácticas nacionales de cada Estado miembro⁵¹.

Aunque, tal y como se ha apuntado, la discriminación por razón de edad se prohíbe tanto en su modalidad directa como indirecta [art.2 letras a) y b) de la Directiva], así como la lucha contra el acoso por razón de edad, es un condicionante que ocupa la posición más baja dentro de la tutela antidiscriminatoria, admitiendo muchas excepciones.

En efecto, el art. 6 de la Directiva señala que los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y siempre que los medios para lograr este objetivo sean adecuados y necesarios.

Más concretamente, el propio artículo precisa, a modo de ejemplo, algunas diferencias de trato que podrían ser consideradas como justificadas⁵²:

- El establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo, con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas.

⁵¹ PRECIADO DOMÉNECH, C.H., “La discriminación por razón de edad”, en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, cit., pág. 437.

⁵² MANEIRO VÁZQUEZ, Y., “La cuestión de la edad en las relaciones laborales a la luz del principio de no discriminación por razón de edad”, en CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M. (dirs.) *La Relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social*, cit., pág.74.

- El establecimiento de condiciones mínimas en lo que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o a determinadas ventajas vinculadas al mismo.
- El establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación.

A lo anterior, cabe añadir que no constituirán discriminación por motivos de edad, la determinación, para los regímenes profesionales de seguridad social, de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a las mismas, incluidos el establecimiento para dichos regímenes de distintas edades para trabajadores o grupos o categorías de trabajadores y la utilización, en el marco de dichos regímenes, de criterios de edad en los cálculos actuariales, siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo.

Por ello, el fin legítimo y su implementación mediante unos medios adecuados permiten que podamos situarnos en el terreno de las excepciones.

En su trasfondo, la Directiva 2000/78/CE, al admitir el diferente tratamiento por razón de la edad, sobre todo en el sentido negativo, se deja imbuir por la consideración de que los trabajadores jóvenes pueden adaptarse con más facilidad a los cambios en la empresa, son más receptivos para asimilar la formación y son más ambiciosos profesionalmente⁵³.

Como acertadamente ha señalado la doctrina, la Unión Europea ha ampliado el ámbito material de la discriminación prohibida por el derecho comunitario, pero a costa de reducir su impacto real por medio de numerosas desigualdades que sí son autorizadas⁵⁴.

⁵³ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La discriminación por razón de la edad”, *Temas Laborales*, 59, 2010, pág. 109.

⁵⁴ BALLESTER PASTOR, M.A. (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 56.

En la práctica, el legislador desvincula el tratamiento frente a la discriminación por razón de edad de la protección ofrecida para los derechos fundamentales. Al señalar excepciones, la propia Directiva limita enormemente la labor que puede desempeñar el TJUE en orden a la protección frente a situaciones discriminatorias⁵⁵.

Se ha sostenido que las excepciones que habilita el legislador comunitario en el art. 6 de la Directiva justifican ciertos estereotipos atribuidos a personas trabajadoras de mayor edad, siendo además unas excepciones que se basan en términos abstractos e imprecisos. Todo ello supone una “degradación” de la discriminación directa por razón de edad frente a otros casos de discriminación⁵⁶. Aunque la lucha contra la discriminación por razón de edad representa un presupuesto básico en la definición y ejecución de las políticas y acciones de la Unión, este fenómeno sigue estando muy presente en el mercado de trabajo de la Unión Europea. El uso que los agentes sociales hacen de las opciones de expulsión temprana del mercado de trabajo se ve auspiciada por la existencia de un “paraguas” de protección social que trata de corregir la situación en la que quedan estas personas expulsadas de su trabajo. Se ha llegado a exponer que de la “connivencia” de los actores sociales (empresas, sindicatos y las propias personas trabajadoras) con ciertas políticas impulsadas desde la Unión Europea, ha nacido una forma de discriminación “legal” muy difícil de revertir. Un ejemplo muy claro es el del empleo masivo de las jubilaciones anticipadas. A lo apuntado, se suma la falta de formación, o más bien, una inadecuada política de formación a lo largo de toda su trayectoria profesional, por el bajo porcentaje de participación de estas personas en los programas formativos de las empresas⁵⁷.

Entrando en la doctrina del TJUE, la protección dispensada puede ser accionada frente a la discriminación directa, indirecta y el acoso por razón de edad, si bien de este último

⁵⁵ BALLESTER PASTOR, M.A. (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, cit., pág. 70.

⁵⁶ BALLESTER PASTOR, A., “Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminatorio comunitario”, en CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M. (dirs.) *La Relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social*, cit., pág. 37.

⁵⁷ MORENO ROMERO, F., *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*, cit., pág. 264.

supuesto no se cuenta con sentencias todavía⁵⁸. En el supuesto de la discriminación por razón de edad, son varios los casos paradigmáticos en materia de discriminación por razón de edad que han trazado la base argumental del Tribunal⁵⁹:

En primer lugar, respecto a las diferencias de retribución por razón de la edad, resulta muy significativa la STJUE 18 de junio de 2009⁶⁰, que resolvía la cuestión prejudicial planteada por la Corte Suprema de Austria, emanando de la misma la conocida como “doctrina *Hütter*”. En el pleito, se cuestionaba la relevancia para la promoción profesional de la experiencia profesional de las personas trabajadoras con anterioridad a la mayoría de edad, lo cual iba en detrimento de la formación académica. Teniendo en cuenta la justificación de diferencias de trato por motivos de edad que introduce el art. 6 de la Directiva 2000/78, se preguntaba si dicho precepto se oponía a una medida nacional que permite, en el caso de Austria, a los empleadores no tener en cuenta períodos de experiencia profesional adquiridos antes de la mayoría de edad, para no perjudicar a las personas que habían cursado estudios secundarios. De este modo, se evitaba incitar a los estudiantes a abandonar prematuramente sus estudios, si el mantenimiento de su formación podía penalizarles en su futuro desarrollo profesional. Al mismo tiempo, la norma austriaca trataba también de reducir los costes que conllevaba para su sector público el aprendizaje dirigido a favorecer la inserción laboral de las personas jóvenes que no habían terminado sus estudios. Para la defensa del Sr. *Hütter*, no existía justificación alguna que, al amparo de las previsiones del art. 6, apartado 1 de la Directiva 2000/78, fuera posible establecer una diferencia de trato basada exclusivamente en la edad en la que se había adquirido la experiencia. La norma austriaca, representaba una incitación a no ejercer ninguna actividad profesional antes de los 18 años de edad. En

⁵⁸ PRECIADO DOMÉNECH, C.H., “La discriminación por razón de edad”, en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea*, cit., pág. 437.

⁵⁹ *Vid.* REQUENA CASANOVA, M., “Discriminación por razón de edad en la Unión Europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la jurisprudencia”, *Revista General de Derecho Europeo*, 31, 2013.

⁶⁰ Asunto C-88/08.

consecuencia, la norma de Austria generaba una discriminación por razón de edad prohibida por la Directiva 2000/78.

Frente a ello, la otra parte (la Universidad Técnica de Gränz), negaba dicha discriminación, alegando la concurrencia de motivos neutros que sí se encuentran amparados por la vía excepcional del ya citado art. 6 de la Directiva. Por el contrario, el Tribunal considera que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que, con la finalidad de no perjudicar la formación de las personas jóvenes, excluya el reconocimiento del cómputo de la experiencia profesional (que pueda tener la persona interesada en acceder a una determinada promoción profesional basada en la experiencia), generada antes de los 18 años. A los efectos de lo que interesa para esta tesis, se trata de un supuesto de discriminación por razón de edad que afecta a las personas jóvenes por el único hecho de la edad. Con el art. 6.1 de la Directiva 2000/78 en vigor, las posibilidades de diferenciación en función de la edad vinculadas a la política de empleo están mucho más abiertas que con anterioridad a la entrada en vigor de esta Directiva. Así, vista la doctrina del TJUE, parece que, hipotéticamente, cabría aceptar que (bajo determinadas circunstancias) la edad del trabajador pueda ser una razón de diversificación en las condiciones de trabajo o de contratación previstas legalmente en el convenio, con objeto de facilitar la inserción del colectivo vulnerable en el mercado de trabajo, siempre y cuando los medios fuesen adecuados y no excediesen de lo necesario. La adecuación exigiría la consideración de la edad sólo en el momento de la contratación, y la proporcionalidad o necesidad, su limitación temporal, no extensible a toda la vida de la relación. En este caso, la normativa de empleo de Austria había superado esos límites.

Compartiendo algunas notas con el caso anterior, la STJUE 10 de junio de 2016⁶¹ (“*caso Lesar*”) no califica como discriminatoria la normativa nacional en virtud de la cual, para el cálculo de la pensión de jubilación de un funcionario, impide tomar en consideración los períodos formativos previos antes de cumplir los 18 años de edad. El

⁶¹ Asunto C-159/15.

propósito de esta medida residía en garantizar la determinación uniforme de la pensión de jubilación de los funcionarios.

Sobre el establecimiento de cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos sectoriales, el TJUE, en su sentencia de 17 octubre de 2007⁶² (“caso *Palacios*”), analizó la constitucionalidad de la legislación española sobre la jubilación obligatoria cuando, un empleado de una conocida cadena de ropa recibe una comunicación de su empresa informándole de que se extinguía su contrato de trabajo de manera automática por alcanzar la edad de 65 años en virtud de lo establecido por el convenio colectivo.

La empresa alegaba estar amparada por lo dispuesto en la Ley 14/2005, de 1 de julio de 2005, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, disposición que (tal y como señalaba su enunciado) establecía las condiciones para que los convenios colectivos pudieran recoger este tipo de cláusulas.

El trabajador, pese a tener derecho a una pensión de jubilación, presentó una demanda ante el Juzgado de lo Social alegando discriminación por razón de edad. El Juzgado apreció que podían existir problemas de compatibilidad entre lo que establecía la Ley 14/2005 al reformar lo dispuesto en la disposición transitoria única del Estatuto de los Trabajadores⁶³ y la normativa comunitaria, en especial la Directiva 2000/78/CE. En concreto, pese a que la Directiva comunitaria estaba en vigor, dos trabajadores en la

⁶²Asunto C-411/05.

⁶³ “Disposición transitoria única. Régimen aplicable a los convenios colectivos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley. Las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. Lo dispuesto en el párrafo anterior no afectará a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor.”

misma situación podían tener un tratamiento distinto, en función de que el convenio aplicable a cada trabajador hubiera entrado en vigor antes de la Ley o no.

Planteada la consulta, el TJUE falló en contra del demandante, considerando que los fines legítimos de la norma pueden prevalecer sobre el tratamiento que recibía el trabajador al que se le aplicaba la jubilación obligatoria. Para llegar a esta conclusión, se ha de tener en cuenta que la Ley española supeditaba el establecimiento de una edad obligatoria para la jubilación a que la empresa aplicase una política de fomento de empleo, que, de este modo, beneficiaba a los trabajadores de otros grupos de edad. Por su parte, las personas trabajadoras mayores se beneficiaban del sistema de pensiones.

En consecuencia, resultaban aplicables las excepciones a las que ya se ha aludido de la Directiva 2000/78/CE que permiten un tratamiento distinto por razón de la edad legítimo.

Las medidas aplicadas por el legislador español debían alcanzar la justificación “adecuada y necesaria” que marca la Directiva. Este requisito sí se cumplía en el caso, ya que el trato diferente por razón de la edad venía acompañado de un tratamiento más favorable derivado también por la edad (la pensión de jubilación). Además, al derivar la jubilación obligatoria de lo establecido en los convenios colectivos, y no en una medida unilateral por parte del legislador, los interlocutores sociales podían adaptar dicho umbral a las particularidades de cada sector o de cada puesto de trabajo⁶⁴.

En consecuencia, para el TJUE es posible utilizar la jubilación forzosa como un instrumento legítimo de política de empleo, si se cumple con los requisitos de adecuación y necesidad. Al efecto, no es necesario hacer una vinculación expresa, pues resulta posible deducirlo del contexto. Según esta doctrina, constituyen objetivos legítimos de política social: la promoción de la contratación, el reparto del trabajo entre las generaciones, la inserción profesional de los jóvenes trabajadores, la homogeneización de las edades de

⁶⁴ LOI, P., “El principio de razonabilidad en la discriminación por razón de edad”, en MERCADER UGUINA, J.R. (dir.), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral*, cit., págs. 51-53.

jubilación en la función pública, la mejora del servicio, el establecimiento de una estructura de edades equilibrada, optimizar la gestión del personal planificando las jubilaciones, evitar los litigios relativos a la aptitud del empleado para ejercer su actividad superada cierta edad, y ofrecer un servicio de calidad.

En relación con la adecuación y necesidad de aquella para los legítimos objetivos perseguidos de reparto del empleo, el TJUE considera que no se produce un daño desproporcionado a los jubilados forzados en la medida en que los interesados obtienen una compensación financiera consistente en una pensión. Como es posible apreciar, la posibilidad de que la merma de la pérdida del empleo se vea compensada por el acceso a la pensión de jubilación, amortigua los efectos negativos y habilita al Juzgador para concluir que no existe discriminación por razón de edad. Como apunte crítico, este planteamiento cobra sentido en un momento de superávit del sistema de pensiones, pero decae en una situación como la actual en la que la sostenibilidad del sistema se encuentra amenazada y las condiciones de quienes deben acceder a la jubilación se precarizan justo en la última fase de su carrera de cotizaciones, condicionando las prestaciones futuras que van a recibir.

También, en materia de jubilación forzosa, es reseñable la STJUE 12 de enero de 2010⁶⁵ (“*caso Petersen*”), sobre el establecimiento de la edad límite de 68 años para poder ejercer como dentista concertado. Aparentemente, la limitación quedaba establecida por la disminución de facultades que podía sufrir el profesional a partir de una determinada edad. No obstante, ese mismo límite de edad no se aplicaba a los dentistas no concertados. Por ello, el TJUE acabó concluyendo que sí existía una discriminación por razón de edad.

En el repaso de las sentencias del TJUE más clarificadoras en materia de discriminación por razón de edad, cabe traer a colación la STJUE de 18 diciembre de 2010⁶⁶, el “*caso Rosenblatt*”, que deriva de una decisión prejudicial interpuesta por el

⁶⁵ Asunto C-341/08.

⁶⁶ Asunto C-45/09.

Tribunal de Trabajo de Hamburgo. Como antecedentes, la Sra. Rosenblatt había estado realizando durante 39 años las tareas de limpieza en un cuartel de Hamburgo-Blankenese. Desde el 1 de noviembre de 1994, la demandante estuvo empleada por una empresa de limpieza mediante un contrato de trabajo a tiempo parcial. De conformidad con lo establecido por la legislación germana, el contrato se extinguía al finalizar el mes a partir del cual la trabajadora adquiriese el derecho a una pensión de jubilación, estando establecida la edad en los 65 años. En consecuencia, cuando dicho requisito se alcanzó, el año 2008, la empresa comunicó la extinción de su contrato de trabajo. Frente a ello, la trabajadora reclamó considerando que se había producido una discriminación por razón de edad no permitida. Es significativo indicar que el importe de la pensión reconocido a la Sra. Rosenblatt era sumamente bajo (un importe neto que no alcanzaba la cifra de 230 euros). Mientras se sustanciaba el recurso, la empresa ofreció un nuevo contrato, que comenzaba a tener vigor el día después de la extinción del contrato.

Con estos antecedentes, al tener dudas el órgano judicial sobre la adecuación de la cláusula que determinaba la extinción automática del contrato de trabajo con el principio de igualdad de trato, planteó diversas cuestiones prejudiciales:

- Si era compatible con la prohibición de discriminación por motivos de edad que recoge la Directiva 2000/78, que la normativa de un Estado miembro pudiera establecer diferencias en función de la edad articulándose dichas previsiones mediante convenio colectivo.
- Si resultaba contraria a la prohibición de discriminación por motivos de edad contenida en los artículos 1 y 2, apartado 1, de la Directiva 2000/78, una normativa que permitiera al Estado, a los sujetos negociadores de un convenio y a las partes de cada contrato de trabajo, establecer la extinción automática de los contratos de trabajo al alcanzar el interesado determinada edad (en el caso concreto, los 65 años), teniendo en cuenta que, en el Estado miembro, se aplican regularmente cláusulas con este contenido en los contratos de trabajo de la mayoría de los

trabajadores, y ello con independencia de la situación económica, social y demográfica y de las circunstancias específicas del mercado de trabajo.

- Seguido de lo anterior, si resultaría contrario a la prohibición de discriminación por motivos de edad un convenio colectivo que autorizase al empresario a resolver los contratos de trabajo al alcanzar el interesado determinada edad (en este caso, los 65 años).
- Si infringe la prohibición de discriminación por motivos de edad un Estado miembro que declara y mantiene la validez general de un convenio colectivo que permite al empresario resolver los contratos de trabajo al alcanzar el interesado determinada edad, sin atender a otros factores.

Al objeto de dar respuesta a estas preguntas, el TJUE concluye que el art. 6, apartado 1 de la Directiva 2000/78, dedicado a las excepciones en la protección frente a este tipo de discriminación, ha de ser interpretado en el sentido de que no se opone a una disposición de un Estado miembro que establezca una edad obligatoria de jubilación, en la medida que dicha disposición debe estar (nuevamente) justificada de manera objetiva y razonable con fundamento en una finalidad legítima relacionada con la política de empleo y del mercado laboral. Reitera el TJUE que los medios para lograr esa finalidad deben ser adecuados y necesarios. El desarrollo que pueda dar el convenio colectivo no está exento de control judicial. También el texto del convenio debe estar inspirado en conseguir el mencionado objetivo legítimo de una manera adecuada y necesaria. Respecto al apartado 2 del art. 6 de la Directiva, el precepto del convenio colectivo del sector de limpiezas de donde derivó la extinción del contrato de la Sra. Rosenblatt para extinguir su contrato de manera automática, no se opone al mismo. Por tanto, teniendo en cuenta también los artículos 1 y 2 de la Directiva 2000/78/CE (preceptos dedicados al objeto de la misma y a la lucha de las discriminaciones directas e indirectas) siempre que las personas trabajadoras no se vean privadas de los derechos que reconocen esos artículos, resultaría admisible el artículo del convenio colectivo y no sería contrario a la prohibición de discriminación.

En consecuencia, las cláusulas de este tipo no resultan contrarias a la prohibición de discriminación, sin que influya el hecho de que la cuantía sea o no realmente suficiente por razones ajenas a la discriminación por edad, como pueda ser trabajar a tiempo parcial, y que no supongan una frustración de sus legítimas expectativas al concluir el contrato a la edad ordinaria de jubilación. Por tanto, si la persona trabajadora, en el momento de jubilarse, ha podido dar cumplimiento a los requisitos que marca la carrera de cotización de cada estado miembro para acceder a la misma, sería posible mantener este tipo de disposiciones. No entra en el debate el hecho de que, puesto que las cotizaciones se han realizado a tiempo parcial, el importe resultante de la pensión de jubilación sea muy bajo.

Para el Tribunal, resulta decisivo el hecho de que la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad que permite acceder a la jubilación no determina la jubilación forzosa de la persona trabajadora, que puede seguir en activo. A mayor abundamiento, puede seguir disfrutando de las medidas de protección frente a la discriminación por razón de edad que establece esta Directiva: ni el antiguo empleador ni otro nuevo, podría negarle el acceso al empleo por razón de contar con 65 años. En este punto, a juicio de quien escribe, puede comprenderse en todo su sentido la acertada decisión de la empresa de ofrecer un nuevo contrato mientras se sustanciaba el procedimiento. En consecuencia, cuando la demandante solicita amparo judicial, se encuentra en activo prestando sus servicios, reforzando de este modo la argumentación que sostiene el Tribunal.

En materia de jubilación forzosa en el ámbito académico, la STJUE 18 de noviembre de 2010⁶⁷ (“*caso Georgiev*”) analizaba bajo la lupa de la posible vulneración del principio de no discriminación por razón de la edad la normativa nacional que establecía la jubilación forzosa de los catedráticos universitarios al cumplir los 68 años de edad, continuando su actividad únicamente, a partir de los 65 años, mediante contratos de duración determinada celebrados en el plazo de un año. Se concluye que el objetivo para la fijación de esta limitación es legítimo y proporcionado, al quedar vinculada a la política

⁶⁷ Asuntos C-250/09 y C-268/09.

de empleo y del mercado de trabajo en el sentido de favorecer el establecimiento de una enseñanza de calidad y para el reparto óptimo de las plazas de catedráticos entre generaciones⁶⁸.

Otra de las manifestaciones que puede tener el fenómeno de la discriminación por razón de la edad madura se encuentra en las dudas que suscita la fijación de una edad máxima para acceder al empleo público. En dicho supuesto, que queda encuadrado dentro de las discriminaciones directas, puede servir de referencia la STJUE 28 de octubre de 2004⁶⁹ (el conocido como “*caso Lutz Herrera*”). En el caso se planteaba la supuesta naturaleza discriminatoria de la norma de acceso a la función pública comunitaria al exigir que los candidatos hubieran nacido después de determinada fecha. La demandante, nacida con fecha anterior a la que se señalaba en la convocatoria, reclamó ante las instancias comunitarias, solicitando la aplicación de la prohibición de discriminación por razón de edad.

A la hora de valorar la adecuación de esta disposición a la normativa comunitaria, el TJUE consideró que esta medida no era discriminatoria, sin que tampoco se pudiera invocar la aplicación directa del art. 13.1 del TCE. El conjunto de excepciones que contempla la Directiva 2000/78/CE, al que se ha hecho referencia anteriormente, habilitaba esta posibilidad, con fundamento en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación. El período de actividad de un funcionario en una institución de esta naturaleza es más limitado si la persona es seleccionada contando ya con una edad avanzada (la demandante superaba los 50 años). Lo anterior debe ponerse en relación con el hecho de que la jubilación de los funcionarios de la Unión Europea llega a los 65 años, con la posibilidad de que pueda ser adelantada a los 60, a petición propia de la persona, si cumple con los requisitos legales. A mayor abundamiento, no se considera contradictorio el hecho de que algunas instituciones puedan establecer un límite

⁶⁸ En sentido similar: STJUE de 5 julio de 2012, “*caso Homfeldt*”, C-141/11 y STJUE de 21 julio de 2011, “*caso Fuchs*”, C-159/10 y C-160/10.

⁶⁹ Asuntos T-219/02 y T-337/02.

de acceso basado en la fecha de nacimiento y otras no, siempre y cuando se cumplan todos los requisitos del reglamento comunitario establecido al efecto. En consecuencia, la limitación discutida en este proceso queda encuadrada nuevamente dentro de las excepciones que contempla el art. 6 de la Directiva 2000/78, con la particularidad de que, mientras que, en otros casos, las excepciones operan sobre las discriminaciones indirectas, en este la vía de las excepciones tiene virtualidad incluso cuando se trata de una discriminación directa, como ocurre en el caso que inspira la consulta al TJUE⁷⁰.

En esta misma línea, la STJUE 12 de enero de 2010⁷¹ (“*caso Wolf*”) concluyó que no existía vulneración del principio de no discriminación por razón de edad por una normativa nacional que fijaba en 30 años la edad máxima para la contratación de funcionarios en el servicio de bomberos. La razón se encontraba en la existencia de un requisito “profesional esencial y determinante” (art. 4 de la Directiva 2000/78) para garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de bomberos profesionales. En cambio, en la STJUE 13 de noviembre de 2014⁷² (“*caso Vital Pérez*”), la fijación de la edad máxima de 30 años para la selección de agentes de la Policía Local sí fue considerada como desproporcionada, vulnerando tanto el art. 4 como el art. 6 de la Directiva. Es decir, en este caso no existía tal requisito profesional determinante ni requisitos de formación para el puesto en cuestión o un período de actividad previo a la jubilación que justificase tal limitación⁷³.

También representa un hito destacable dentro de la doctrina europea sobre discriminación por razón de edad la STJUE 22 de noviembre de 2005⁷⁴, conocida como “*caso Mangold*”. El punto de arranque del pleito se encuentra en la celebración de un

⁷⁰ BALLESTER PASTOR, M. A., “Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminatorio comunitario”, *cit.*, pág. 35.

⁷¹ Asunto C-229/08.

⁷² Asunto C-416/13.

⁷³ PRECIADO DOMÉNECH, C.H., “La discriminación por razón de edad”, en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, *cit.*, pág. 441.

⁷⁴ Asunto C-144/04.

contrato de trabajo de carácter temporal de duración determinada por parte del Sr. Mangold (que contaba con 56 años de edad, celebrando el contrato al amparo de una normativa alemana de fomento de la contratación de mayores de cincuenta y dos años, que permitía este tipo de contratos). El recurrente del procedimiento nacional consideró que ese tipo de contrato temporal resultaba contrario al principio de no discriminación establecido en el Derecho de la Unión Europea, que (en materia de edad) recoge la Directiva 2000/78.

Al emplear la edad de la persona trabajadora como único criterio en la aplicación del contrato de duración determinada, sin explicitar por qué dicho factor resultaba objetivamente necesaria, el TJUE que dicha disposición resultaba incompatible con el Derecho de la Unión Europea. En otras palabras, a juicio del TJUE, la norma excedía de lo apropiado y necesario para alcanzar el objetivo perseguido. En decir, no contaba con justificación un contrato temporal, por obvias razones más perjudicial que un contrato fijo, basado exclusivamente en la edad madura de la persona trabajadora.

Es oportuno señalar que la sentencia *Mangold* ha generado mucha controversia, por la interpretación expansiva que se realizó del contenido de la Directiva, haciendo referencia a un principio general frente a la discriminación que resultaba aplicable por la norma teutona en cuestión que motiva este procedimiento, aprobada cuando todavía no había expirado el plazo para la transposición de la Directiva⁷⁵ en los Estados miembros. No obstante, esta línea doctrinal ha continuado en la STJUE 19 de enero de 2010⁷⁶, (“caso *Kücükdeveci*) cuando manifiesta que corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto en el que se analiza el principio no discriminación por razón de edad, garantiza, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el Derecho comunitario

⁷⁵ REQUENA CASANOVA, M., “Discriminación por razón de edad en la Unión Europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la jurisprudencia”, *cit.*, pág. 20.

⁷⁶ Asunto C-555/07.

a los justiciables y la eficacia plena de este principio, dejando sin aplicación cualesquiera disposiciones de la ley nacional que puedan ser eventualmente contrarias⁷⁷.

Este repaso de las sentencias más destacadas en materia de discriminación por razón de edad también debe incluir la STJUE 5 de marzo de 2009⁷⁸ (“caso *National Council on Ageing*”) sobre los efectos de la Directiva 2000/78/CE en las disposiciones nacionales que inciden sobre la edad. El procedimiento se inició a instancias de The Incorporated Trustees for the National Council on Ageing (Age Concern England), institución benéfica que pretende mejorar la calidad de vida de las personas de edad avanzada. Este organismo discutía la legalidad de la normativa que desarrolla esta Directiva en el Reino Unido (*Employment Equality Age Regulations* de 2006) motivando la cuestión prejudicial de la que deriva la sentencia. Para esta institución, la normativa del Reino Unido estaba vulnerando lo dispuesto en el art.6.1 de la Directiva 2000/78, ya que las excepciones que operan sobre este principio no amparaban la causa de extinción basada en la jubilación a los 65 años sin añadir otros factores.

Por su parte, las autoridades del Reino Unido sostenían que con arreglo al decimocuarto considerando de la Directiva 2000/78/CE antes indicada, su contenido debía entenderse “sin perjuicio de las disposiciones nacionales que establecen la edad de jubilación”, y que, por ello, no podía considerarse incluida la norma nacional antes aludida en el ámbito de aplicación de la referida directiva, alegando también, con carácter subsidiario, que aquella disposición nacional era, en todo caso, conforme con el artículo 6 de la directiva precitada.

El Fallo del Tribunal a esta decisión prejudicial concluyó que corresponde al juez nacional comprobar si la normativa controvertida en el litigio principal responde a un objetivo legítimo de política de empleo y si la autoridad legislativa o reglamentaria nacional podía estimar legítimamente, teniendo en cuenta el margen de apreciación del

⁷⁷ PRECIADO DOMÉNECH, C.H., “La discriminación por razón de edad”, en AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, cit., pág. 436.

⁷⁸ Asunto C-388/07.

que disponen los Estados miembros en materia de política social, que los medios escogidos eran adecuados y necesarios para ese objetivo⁷⁹.

La sentencia anteriormente citada permite afirmar que cualquier disposición que se base única y exclusivamente en el factor de la edad madura como detonante de la expulsión del mercado de trabajo de la persona, podría considerarse como una medida discriminatoria. Por ello, el Juez tendrá que valorar las circunstancias concurrentes a la hora de admitir la excepción de la extinción por cumplimiento de la edad obligatoria de jubilación conforme a la ya citada *Employment Equality Age Regulations*.

Enlazando con la sentencia anterior, en materia de discriminación por razón de edad ocasionada por la regulación de los convenios colectivos, es oportuno aludir al “*asunto Prigge y otros*”, del que emana la STJUE de 13 de septiembre de 2011⁸⁰, nuevamente con su punto de partida en una decisión prejudicial. Así, la Corte Federal Alemana encargada de resolver el litigio entre la compañía alemana Lufthansa y varias personas trabajadoras de 60 años con el puesto de pilotos despedidos en virtud de lo establecido en un convenio colectivo, preguntaba por la validez de esa previsión teniendo en cuenta lo establecido en materia de protección frente a la discriminación por razón de edad en la Directiva 2000/78. Para la declaración del Tribunal es importante tomar en consideración que las normas nacionales e internacionales fijan la edad de jubilación a los 65 años (incluyendo a los pilotos), y frente a ello, el convenio la adelantaba a los 60 años.

Con esta premisa, el TJUE concluye que la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una cláusula de un convenio colectivo, como la que es objeto del procedimiento principal, fije en 60 años el límite de edad a partir del cual se considera que los pilotos no poseen ya las capacidades físicas necesarias para ejercer su actividad. De manera objetiva por alcanzar la edad, se está presumiendo una merma de

⁷⁹ RYLAND, D., “Jubilación: justificación ¿una cuestión de proporcionalidad?”, en CABEZA PEREIRO, J., BALLESTER PASTOR, M.A. y FERNÁNDEZ PRIETO, M. (dirs.), *La Relevancia de la Edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social*, cit., pág. 57.

⁸⁰ Asunto C-447/09.

las capacidades laborales de la persona. Además, precisa la sentencia que el establecimiento de esa edad en el sentido de favorecer la seguridad aérea en los vuelos comerciales no constituye uno de los objetivos legítimos que el art. 6 de la Directiva establece como una de las excepciones a la regla general antidiscriminatoria.

Frente a ello, en el “*caso Cafaro*” que motiva la sentencia del TJUE de fecha 7 de noviembre de 2019⁸¹, el Tribunal consideró que no existía discriminación por razón de la edad como consecuencia del establecimiento de la jubilación forzosa para pilotos de aeronaves a los 60 años en la normativa italiana. Nuevamente en este caso, la edad es inferior a la fijada en 65 años en la normativa europea para la licencia de piloto. Ahora bien, en el procedimiento que motiva esta consulta previa a dictar la sentencia, las actividades de transporte internacional están relacionadas con la protección de la seguridad nacional, presentando mayores riesgos. En este caso, el Tribunal asume que estos pilotos deben actuar en condiciones difíciles, incluso extremas, exigiendo unos requisitos físicos especialmente altos. Por ello, no es posible extrapolar el “*caso Prigge y otros*” a este pleito. En última instancia, el órgano judicial italiano que formula la consulta tendría que valorar si la normativa nacional resulta necesaria para la seguridad nacional y resulta proporcionada.

Apreciando la diferencia con el caso anterior, podría cuestionarse si las condiciones físicas que se deban exigir a los pilotos de este tipo de vuelos vinculados con la seguridad del Estado deben ser o no las mismas que deben reunir los pilotos en vuelos comerciales. A mayor abundamiento, la normativa europea sobre licencias para pilotos ya contemplaba algunas cautelas adicionales cuando el piloto contaba con 60 años (la tripulación debe contar con otros pilotos en tal caso). A lo apuntado, se sumaría también la ayuda y el refuerzo de seguridad que proporcionan los avances técnicos que mejoran las condiciones de navegación de las aeronaves civiles. En el plano de la Seguridad Social, también resulta cuestionable la jubilación temprana de la persona trabajadora a la que conduce la pérdida de la licencia por el impacto que tiene en el sistema de pensiones del Estado

⁸¹ Asunto C-396-18.

miembro y que contradice las políticas de la Unión Europea favorables a la prolongación de la vida activa, retrasando la edad de jubilación⁸².

La STJUE 19 de abril de 2016⁸³ (“*caso Dansk Industri*”), también deriva de una decisión prejudicial, en este caso, instada por el Tribunal de Dinamarca. En este caso, la cuestión está referida a la interpretación que de la normativa danesa sobre la indemnización por despido pueda darse a la luz de la Directiva 2000/78. La persona trabajadora que insta el proceso judicial en el país de origen llevaba prestando sus servicios en la empresa desde 1984, siendo despedido en 2009, a los 60 años. A esa edad, teniendo en cuenta el tiempo trabajado para la compañía, ya podía jubilarse conforme al plan de pensiones que suscribió con la empresa antes de alcanzar los 50 años. No obstante, la persona trabajadora decidió no jubilarse y prestar sus servicios para otra empresa.

Con fundamento en la posibilidad con la que contaba de poder jubilarse por sus cotizaciones generadas durante más de veinte años, la compañía le negó el derecho a la indemnización por despido. Inicialmente, el Tribunal competente en la fase de instancia, estimó la pretensión de la persona trabajadora, al considerar que la norma danesa, en el sentido interpretado por la empresa, resultaba contraria a la Directiva 2000/78, al generar una discriminación basada en la edad.

Ahora bien, este procedimiento cuenta un hecho diferencial respecto a los anteriores casos analizados: se trata de un litigio entre particulares (persona trabajadora y empresa). Dicha singularidad fue apreciada por el Tribunal danés, motivando la formulación de la cuestión prejudicial. En esencia, a la hora de resolver la cuestión prejudicial, el TJUE señala:

⁸² CASAS BAAMONDE, M.E. y ÁNGEL QUIROGA, M., “Supuesta discriminación por razón de edad: jubilación forzosa de pilotos de aeronaves a los 60 años”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 8/2019, págs.12-13. ROJO TORRECILLA, E., “UE. Pilotos de aeronaves y extinción forzosa de la relación laboral al cumplir 60 años. ¿Discriminación por razón de edad o protección de la seguridad nacional? Notas a la sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2019 (asunto C-396/18)”, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/11/ue-pilotos-de-aeronaves-y-extincion.html> (última consulta: 27 de noviembre de 2021).

⁸³ Asunto C-441/14.

- El principio general de no discriminación por razón de la edad, tal como lo concreta la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que, también en un litigio entre particulares, se opone a una normativa nacional, como la que motivó este procedimiento.
- El Derecho de la Unión debe ser interpretado en el sentido de que incumbe al órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio entre particulares comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/78, cuando aplica las normas de su Derecho nacional, interpretarlas de manera que puedan aplicarse de conformidad con dicha Directiva o, si tal interpretación conforme es imposible, dejar inaplicados, en caso necesario, cualesquiera preceptos del Derecho nacional que sean contrarios al principio general de no discriminación por razón de la edad.

En consecuencia, la protección comunitaria frente a la discriminación por razón de edad puede alcanzar a los pleitos entre particulares. Asumiendo que es cierto que una directiva, por sí sola, no puede crear obligaciones a cargo de un particular y que tampoco puede ser invocada frente a una parte en el proceso, el Tribunal adicionalmente ha declarado la obligación de los Estados miembros de alcanzar el resultado que una directiva prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de la obligación. De ahí que, al aplicar el derecho interno, el órgano jurisdiccional nacional esté obligado a tomar en consideración el conjunto de normas de ese derecho y aplicar los métodos de interpretación reconocidos por éste para que, en la medida de lo posible, se amolde al contenido y finalidad de la directiva que se trate, para conseguir el resultado que la misma persigue.

Las consideraciones que formula el TJUE no olvidan que la referencia del Derecho de la Unión Europea cuando se aplican normas nacionales, las mismas no pueden conducir a una interpretación contraria a dicha legislación. Como solución, el Alto Tribunal indica que, cuando no sea posible alcanzar una interpretación adecuada de la norma nacional, el órgano judicial del Estado miembro debe dejar de aplicarla.

Volviendo al caso que dio origen a la cuestión prejudicial, la disposición del Derecho danés, generaba una situación de discriminación para la persona trabajadora, por lo que no podría ser aplicable. A mayor abundamiento, señala la propia sentencia que la Directiva 2000/78 había sido traspuesta y adaptada a las singularidades de su sistema jurídico mediante una Ley de 2004, por lo que la solución ofrecida por el TJUE no resulta tan “invasiva” como podría parecer en principio.

Finalmente, en materia de discriminación por razón de edad en el marco de un despido colectivo, la STJUE 6 de diciembre de 2012⁸⁴ resuelve la cuestión prejudicial que formula el Tribunal de Trabajo de Múnich sobre un asunto de su competencia en el que se discutía la posibilidad de ofrecer un trato diferenciador a las personas trabajadoras de edad y con discapacidad en el marco de un despido colectivo. Para el Tribunal de Luxemburgo, la regulación que contiene sobre la discriminación por razón de edad la citada directiva debe interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa encuadrada en el régimen de previsión social de una empresa que establece, respecto a las personas trabajadoras de más de 54 años que son despedidas por causas económicas, que el importe de la indemnización a la que tienen derecho se calcule de acuerdo con la fecha más temprana posible de jubilación, frente al método general de cálculo. Por esta razón, su indemnización puede ser inferior a la indemnización que resulta de aplicar ese método general, aunque es al menos igual a la mitad de esta última. Ahora bien, resultaría contrario al ordenamiento que la indemnización para estas personas se calcule de acuerdo con la fecha más temprana posible de jubilación, contrariamente a lo previsto en el método de cálculo general, según el cual tal indemnización se basa, en particular, en la antigüedad en la empresa, de modo que la indemnización abonada es inferior a la indemnización que resulta de aplicar ese método general, aunque es al menos igual a la mitad de esta última, y que toma en consideración, al aplicar ese otro método de cálculo, la posibilidad de obtener una pensión de jubilación anticipada por razón de una discapacidad.

⁸⁴ Asunto C-152/11.

Ante todo, interesa destacar de esta doctrina del Tribunal que la cercanía a la edad de jubilación (o la posibilidad de acceder a una pensión por discapacidad) permite un trato diferenciador, con determinadas matizaciones. En este caso, la compensación ofrecida a las personas trabajadoras no debía ser calculada hasta la fecha más cercana de la jubilación (la jubilación anticipada de nuestro ordenamiento) puesto que tal criterio no tenía en cuenta la especial situación de dependencia que podía tener estas personas o las dificultades para encontrar un nuevo empleo si preferían seguir en activo, frente a la opción a la que les avocaba esa fórmula de la empresa consistente en acceder a una pensión en peores condiciones que las que resultarían de una jubilación ordinaria. Por ello, el Tribunal europeo considera que, si la indemnización es igual a la mitad que correspondería a una persona en circunstancias normales, no resulta contraria al ordenamiento comunitario, pero la medida que aplicó la empresa y que se cuestiona ante el tribunal germano resultaba mucho más perjudicial.

Las sentencias comentadas constituyen hitos en la configuración de la protección comunitaria frente a la discriminación por razón de edad. A la vista de todo lo expuesto, cabe manifestar que, la diferente jerarquía existente dentro de las distintas figuras de discriminación, revela que no es posible hablar de un único principio antidiscriminatorio en el Derecho de la Unión Europea⁸⁵, sino que tiene un carácter “poliédrico” en función de la circunstancia personal que puede ser objeto de discriminación y del rango que ocupe dentro de dicha tutela. En el caso de la edad, queda confirmado su menor rango de protección a la vista de la relevancia que adquieren las excepciones atribuidas a los Estados miembros en virtud del art. 6 de la Directiva 2000/78. Dicho precepto constituye un “salvoconducto” para las referidas excepciones, como prueba el hecho de que la invocación del citado precepto siempre haya estado presente en las sentencias comentadas. Sobre esta circunstancia, ya se ha expuesto que la argumentación del TJUE parece plausible en un sistema de pensiones como el que se garantizaba hace unos años.

⁸⁵ BALLESTER PASTOR, M. A., “Género y edad: los dos extremos del principio antidiscriminatorio comunitario”, en CABEZA PEREIRO, J, BALLESTER PASTOR, M.A., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (dirs.), *La relevancia de la edad en la relación laboral y de Seguridad Social*, cit., pág. 41.

Sin embargo, en la actualidad, este modelo se encuentra en profunda revisión y las condiciones de las personas jubiladas o aquellas próximas a esta condición se caracterizan por padecer unas condiciones más precarias que en años anteriores. Este dato debería también estar presente en lo sucesivo a la hora de comprobar la adecuación de las disposiciones y decisiones de los poderes públicos de los Estados miembros a la Directiva 2000/78/CE.

Por otro lado, este repaso a las resoluciones más destacadas del TJUE en materia de discriminación por razón de edad brinda una segunda reflexión, no menos importante: por medio de la doctrina del TJUE, la Unión Europea está ejercitando, de manera sumamente sofisticada, la labor de regular las competencias que tiene atribuidas para regular el mercado laboral comunitario⁸⁶.

2.5 La protección frente a la discriminación por razón de edad en el ordenamiento español

2.5.1 Antecedentes en Derecho del Trabajo español

Acudiendo a las primeras disposiciones legales que han establecido medidas para luchar contra la discriminación basada en la edad de la persona trabajadora, debe ser citado, en primer lugar, el art. 16.2 del Reglamento General para el régimen obligatorio del Retiro Obrero, en virtud del cual se fija una cuota media uniforme para cada persona trabajadora, en consideración a la edad que la persona tuviera. Con ello, se quería evitar que las empresas extinguieran el contrato de las personas de más edad para ahorrarse las mayores cuotas de estas, contratando a plantilla más joven⁸⁷.

⁸⁶ LOI, P., “El principio de razonabilidad en la discriminación por razón de edad”, en MERCADER UGUINA, J.R. (dir.), *Trabajadores Maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral*, cit, pág. 67.

⁸⁷ BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., “La edad de jubilación como política de empleo y como posible medida discriminatoria”, cit., pág. 94.

El posterior Decreto 2431/1966, de 13 de agosto, sobre el empleo de los trabajadores de edad madura, ha sido considerado como un claro antecedente⁸⁸. Este Decreto nace para reaccionar frente a las prácticas y tendencias de carácter discriminatorio que son detectadas ya en aquel momento en el reclutamiento y selección del personal por razón de su edad. La norma reconoce que uno de los obstáculos a los que se enfrentan los trabajadores de edad madura para encontrar empleo se encuentra en las limitaciones que las empresas establecían por causa directamente relacionada con su edad.

El Decreto señala que ese tipo de limitaciones se basaban en la mayoría de las ocasiones en prejuicios totalmente injustificados que carecían de fundamento, no resultando admisible la discriminación por razón de edad. En consecuencia, solo en los casos en que la especial naturaleza del trabajo a realizar exigiera unas condiciones de vigor físico, resistencia funcional o capacidad de reflejos, cualidades propias de los trabajadores más jóvenes, estaría justificada la preferencia a favor de estos.

Por ello, a fin de contrarrestar las tendencias discriminatorias, el Decreto pretendía sentar las bases para el establecimiento de diversas medidas de estímulo y ayuda eficaz para facilitar “la colocación y la permanencia en el empleo” de los trabajadores de edad madura respetando, en todo caso, el principio de libertad de contratación.

Sintetizando el contenido de este Decreto, las principales actuaciones que recogía eran:

- Preferencia de estos trabajadores para realizar cursos formativos (tanto si estaban desempleados como en activo).

⁸⁸ ÁLVAREZ CORTÉS, J.C., “Políticas activas y pasivas de empleo para personas de edad avanzada”, GÓMEZ ORTEGA, J.M. (dir.), *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos*, Laborum, Murcia, 2017, pág. 98.

- La movilidad geográfica para acudir a otras provincias donde contaran con ofertas de trabajo, con créditos para vivienda, subvenciones para reagrupación familiar o mudanza.
- Por lo que interesa a este estudio, atención especial a la situación de estos trabajadores por parte de las autoridades competentes en los casos de crisis laboral o reconversión. Si la reestructuración pasaba por acometer despidos, estos trabajadores tenían prioridad de permanencia en la empresa.
- Prórrogas en la percepción del seguro del desempleo que no estaban limitadas en el tiempo, sino en las apreciaciones de la Dirección General de Empleo.
- Preferencia en la inscripción como “desempleado involuntario” (figura vigente en esa fecha), lo que determinaba un tratamiento preferente en las demandas de colocación, salvo cuando las características y requisitos físicos del puesto de trabajo lo impidieran.
- Preferencia en las acciones de política activa de mano de obra que pudiera emprender el Ministerio de Trabajo para resolver los problemas coyunturales de empleo que pudieran plantearse a las empresas privadas, públicas o nacionales, o los que pudieran afectar a los diversos sectores de actividades económicas o áreas geográficas.
- De manera más global, si se constataba que en diversos ámbitos o sectores o en áreas geográficas estaba presente la discriminación hacia estos trabajadores, el Ministerio de Trabajo estaba autorizado para establecer medidas especiales o transitorias para corregir esas tendencias.

Es interesante destacar que, para este Decreto, un trabajador tenía esta calificación y, por tanto, era destinatario de sus disposiciones, a partir de los cuarenta y cinco años.

El Decreto 1293/1970, de 30 de abril, sobre el empleo de los trabajadores mayores de cuarenta años, desarrollado por la Orden de 18 de enero de 1971, conserva las medidas

basadas en la prioridad de permanencia en los casos de despidos por crisis laboral o reconversión de empresa y la concesión de prórrogas en la percepción de subsidios y ayudas a estas personas trabajadoras, e introduce otras derivadas de las medidas contempladas en el Segundo Plan de Desarrollo Económico y Social, tales como:

- La supresión de limitaciones existentes para el acceso, ascenso o cambios de puesto establecidas en las Reglamentaciones de Trabajo, Ordenanzas Laborales y las restantes disposiciones que regulaban las relaciones de trabajo, siempre que tales limitaciones no resulten justificadas por las características de los puestos de trabajo o que así lo requieran los procesos productivos.
- Diseño de criterios sobre los puestos de trabajo que puedan reservarse a los mayores de cuarenta años en aquellas empresas que ocupen a 25 o más trabajadores fijos, cuando los mismos no exijan una capacidad, aptitud o resistencia física o mental específica vinculada a la edad.
- Para adaptar las capacidades de la persona trabajadora al puesto de trabajo, también se contempla el recurso a la movilidad funcional dentro de la empresa, siempre que esta “movilidad interior” no ocasiona mermas en los derechos adquiridos por la persona trabajadora.
- Fruto del carácter intervencionista de la política legislativa de ese momento, se establecen normas para la confección de un censo de personas trabajadoras mayores de cuarenta años, reconociéndose un derecho preferente de colocación a favor de este grupo.
- Se contemplan incentivos para las empresas que empleen con carácter fijo o eventual a personas mayores de cuarenta años que se encuentren en algunas de las situaciones que en el mismo se determinan disfrutaban de bonificaciones de Seguridad Social.

El Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre sobre política de empleo, que incluye el procedimiento para la extinción, suspensión o modificación de la relación jurídico-laboral

vigente en aquel momento, contempla la prioridad de permanencia de los “cabezas de familia numerosa, de los trabajadores minusválidos y de los de edad madura”.

2.5.2 Marco legal vigente

Aunque la mención a la edad no está incluida expresamente en el artículo 14 de la CE, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de confirmar que esta condición se encuentra recogida dentro de la mención que se realiza sobre “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. A modo de ejemplo, cabe citar la STC 75/1983, de 3 de agosto de 1983⁸⁹, donde se indica que la edad no es una de las circunstancias enunciadas normativamente en el art. 14 de la CE, pero esta disposición no ha de ser interpretada como un listado cerrado que excluya cualquiera otra distinta de las precisadas en el texto constitucional, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad.

En consecuencia, la protección del legislador y los poderes públicos frente a la discriminación por razón de edad tiene amparo en la prohibición de discriminación por cualquier otra condición o circunstancia personal o social⁹⁰. El art. 14 de la CE funciona como una cláusula antidiscriminatoria que ha de ser respetada en la aplicación de los derechos y libertades contenidos en la Constitución, en el mismo sentido que se hace con los grandes Tratados Internacionales. Su ubicación sistemática no es casual (antes de la Sección primera que contiene los derechos fundamentales), evidenciando su vocación de principio general que alumbra todo el texto constitucional⁹¹.

En nuestra normativa laboral, el art. 4.2.c) del ET, entre otros derechos laborales, reconoce el derecho del trabajador a no ser discriminado, directa o indirectamente, por

⁸⁹ RTC 1983/75.

⁹⁰ STC 31/1984, de 7 de marzo (RTC 31/1984).

⁹¹ QUESADA SEGURA, R., “Los derechos fundamentales inespecíficos en materia de Seguridad Social”, en AA.VV., *Los derechos fundamentales inespecíficos en la protección laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, Madrid, 2014, pág. 138.

razones de sexo, estado civil, edad dentro de los límites marcados por la Ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua. El precepto también incluye una previsión sobre la discriminación por razón de discapacidad, siempre que los afectados se hallen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate.

Por lo que a este estudio interesa, la norma incluye expresamente, tal y como se aprecia, la referencia a la edad como causa de discriminación.

La redacción del actual art. 4.2.c) del ET deriva de la modificación operada en el anterior ET de 1995, por la Ley 63/2003, de medidas administrativas, fiscales y de orden social. De este modo, se transpone a nuestro Derecho el contenido de la normativa de la Unión Europea sobre esta materia anteriormente analizada, en concreto, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, así como la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000.

En clara sintonía con lo señalado sobre la naturaleza de la discriminación por razón de edad, la protección es mucho más matizada que la deparada respecto de otras causas de discriminación, ya que la tutela estará acotada a los límites que establece la Ley.

También el art. 17 del ET, dedicado a regular los medios para evitar la discriminación en las relaciones laborales, fue revisado y actualizado por la precitada Ley 63/2003, tras cuya modificación viene a señalar que “se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos y decisiones del empresario en materia de empleo, retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo a discriminación directa o indirecta en condiciones como la edad”.

Por lo demás, la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, no solo lleva a cabo la transposición de las Directivas

y modifica las disposiciones legales a tal fin, sino que también tiene un contenido sustantivo propio sobre esta materia⁹².

Así, el art. 28 establece las definiciones de principio de igualdad de trato (“la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón de origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de la persona”); de discriminación directa (“cuando una persona sea tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”); de discriminación indirecta (“cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios”); y de acoso (“toda conducta no deseada relacionada con el origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona, que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”); para finalizar estableciendo que cualquier orden de discriminar a las personas por razón de origen racial o étnico o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual será considerada también como discriminación.

Dentro del contenido sustantivo al que hacemos referencia, los artículos 29 a 33 contemplan medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación por el origen racial o étnico de las personas.

Los artículos, 34 a 36 están dedicados a las medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo, antes de –con un carácter más instrumental- pasar a

⁹² El hecho de que una “ley escoba”, con un espectro tan amplio, incida en materia de tanta relevancia que merecerían una norma propia, ha sido criticado acertadamente por la doctrina. *Vid.* SEMPERE NAVARRO, A.V., “Contenido sociolaboral de las leyes 61 y 62/2003”, *Aranzadi Social*, núm. 18, 2003, pág. 61.

modificar disposiciones como el Estatuto de los Trabajadores, entre otras, en el sentido que hemos apuntado anteriormente.

Así las cosas, el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación, ya sea directa o indirecta, por las circunstancias ya apuntadas, entre las que se incluye la edad. Ahora bien, pensando probablemente en la edad, la Ley 62/2003, dispone a renglón seguido que “las diferencias de trato basadas en una característica relacionada con cualquiera de las causas a que se refiere el párrafo anterior (origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona) no supondrán discriminación cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre que el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.”

Esta importante precisión va a incidir realmente en la edad y la discapacidad, precisamente aquellas circunstancias que pueden tener un efecto más limitativo en las relaciones de trabajo.

La circunstancia expuesta se ve compensada por la posibilidad que contempla la Ley 62/2003 de establecer medidas de acción positiva para prevenir o corregir desventajas (art. 35), y por la inversión de la carga de la prueba en los procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en los que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación, en cuyo caso corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 36). Ni que decir tiene que se hace referencia a estas jurisdicciones, puesto que la normativa procesal laboral ya contempla esta previsión en materia de prueba (art. 96 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social [LRJS]) y cuenta con un procedimiento específico como es el de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177 a 184 de la LRJS).

En el ámbito sancionador, la Ley 62/2003 modificó el Real Decreto Legislativo (RD Leg) 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, con relación a las decisiones empresariales discriminatorias (art. 8.12); añadió un apartado 13.bis en el art. 8 tipificando las diversas manifestaciones que pueden adoptar las conductas constitutivas de acoso en el ámbito laboral; incidió también en el art. 16.2 del RD Leg 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), en materia de ofertas de empleo mediante el establecimiento de condiciones, mediante la publicidad, difusión o por cualquier otro medio, que constituyan discriminaciones favorables o adversas.

Posteriormente, la Ley Orgánica (LO) 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, volverá a revisar los referidos preceptos sancionadores, y respecto de las circunstancias frente a las que el legislador articula estas medidas, incluye la protección frente a la discriminación por razón de edad.

A diferencia de otras circunstancias personales protegidas por el derecho fundamental a la igualdad, en el caso de la edad, no siempre es fácil poder identificar una discriminación, teniendo en cuenta las particularidades que hemos comentado anteriormente a la hora de definir las discriminaciones por razón de edad.

Es ya momento de analizar la incidencia de la protección frente a la discriminación por razón de edad en los procesos de despido colectivo. Como parte de la información que necesariamente debe incluir la comunicación inicial de un despido colectivo, dirigida tanto a los representantes de las personas trabajadoras como a la Autoridad Laboral, la empresa debe señalar los criterios de selección tomados en consideración para designar a los trabajadores afectados por la medida. Así lo recoge el artículo 51.1 del ET y desarrolla el Real Decreto (RD) 1483/2012, de 29 de octubre, en su artículo 3.1. e).

La relevancia que tienen estos criterios es máxima, siendo posible afirmar que, junto con la concurrencia o no de las causas, los criterios de selección son los ejes fundamentales sobre los que se sustentan la procedencia de cualquier despido colectivo.

Pese a lo manifestado, ni el artículo 51 del ET ni el RD 1483/2012 sientan las bases sobre las que deben ser desarrollados dichos criterios, sino que es una obligación de quien formula la solicitud que los mismos sean adecuados. Las novedades tecnológicas también inciden en este ámbito ya que la inteligencia artificial puede ser usada en este tipo de procesos⁹³. Para reequilibrar esta situación, el RDL 9/2021, de 11 de mayo, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales, modifica el art. 64 del ET, incluyendo un nuevo apartado d) en el número 4 de este artículo, mediante el que se reconoce el derecho de la representación de las personas trabajadoras a ser informadas, por parte de la empresa, de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la posibilidad de elaborar perfiles de las personas trabajadoras. La referida ampliación del ámbito material del art. 64.4 ET, quedará definitivamente incorporado en la normativa laboral mediante la Ley 12/2021, de 28 de septiembre.

Inicialmente, las únicas limitaciones de la empresa a la hora de confeccionar esos criterios se encuentran en que el puesto esté realmente afectado por las causas del despido colectivo y que, por tanto, no se incurra en ningún tipo de discriminación directa o indirecta, en los términos que señala el ya citado artículo 17.1 del ET, para el que serán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a

⁹³ En consecuencia, la determinación de quienes han de ser incluidos en el despido colectivo se realiza a través de un programa informático basado en las competencias de las personas trabajadoras. PRIETO PADÍN, P., “Marco jurídico de la selección de trabajadores afectados en los procesos de reestructuración empresarial. Avances y carencias en la regulación del Estatuto de los Trabajadores”, AA.VV. *Reestructuraciones Empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, págs. 130 y 131. La autora alude al sistema “Skill Matrix” abordado por la STS 25 septiembre 2018 (recurso 43/2018), que confirmó su procedencia ya que el programa era conocido previamente por la representación legal de las personas trabajadoras.

situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español.

Iniciado el período de consultas, los criterios seguidos para seleccionar a los trabajadores afectados no forman parte propiamente del contenido mínimo que indican tanto el artículo 51.2 del ET como el artículo 7 del RD 1483/2012, que se reserva para las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento. No obstante, en la práctica, las reuniones entre la empresa y los representantes de los trabajadores suelen alcanzar también a este contenido, quedando constancia de ello en las actas de las reuniones.

Con independencia de que se mantengan los criterios definidos por el empresario en su solicitud o sean modulados durante el período de consultas, la revisión de los mismos representa un contenido muy destacado que debe analizar el Inspector de Trabajo en su informe, como señala el artículo 11 RD 1483/2012⁹⁴. En particular, sus actuaciones comprobatorias estarán referidas a que los criterios empleados no resulten discriminatorios por ninguna de las razones prohibidas por el artículo 17 del ET. En el siguiente apartado, se analizará la doctrina del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, a través del comentario de las sentencias más ejemplificativas, sobre el posible empleo discriminatorio de los criterios de selección por parte del empresario.

⁹⁴ “El informe constatará la inclusión del resto de los extremos contemplados en el artículo 3 y, en especial, verificará que los criterios utilizados para la designación de los trabajadores afectados por el despido no resultan discriminatorios por los motivos contemplados en el artículo 17.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio del cumplimiento de las prioridades de permanencia en la empresa a que se refiere el artículo 13 del Reglamento”.

2.5.3 Doctrina de los Tribunales

En el ámbito de la doctrina del máximo intérprete de nuestra Constitución, y siguiendo los postulados marcados por el TJUE, el Tribunal Constitucional ha señalado cuáles son los juicios o test que permiten determinar si la limitación de la virtualidad del derecho fundamental comporta una discriminación por razón de edad:

- Juicio de adecuación: el principio de adecuación constituye un criterio de carácter empírico, que es abordado tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva a la causalidad de las medidas en relación con sus fines. En consecuencia, las injerencias en el ejercicio del derecho fundamental deben asegurar el éxito perseguido en virtud de su adecuación cualitativa, cuantitativa y del ámbito subjetivo de aplicación⁹⁵.
- Juicio de indispensabilidad o de estricta necesidad: supone admitir únicamente la limitación del derecho si no hay otra medida más moderada para la consecución del propósito con la misma eficacia.
- Juicio de proporcionalidad en sentido estricto: este criterio examina si la misma es ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general, analizando igualmente los valores que entran en conflicto.

En definitiva, se debe llevar a cabo una valoración y ponderación de todos los bienes involucrados, tanto de los que justifican el límite como de los que se ven afectados por él, lo cual exige tomar en consideración todas las circunstancias relevantes en el caso.

Seguidamente, se pasará a analizar de manera pormenorizada cada supuesto al hilo de diversas resoluciones judiciales que resultan muy ilustrativas sobre la discriminación por

⁹⁵ MERCADER UGUINA, J.R., “Bases para la construcción del juicio de no discriminación por razón de edad”, en MERCADER UGUINA, J.R. (dir.) *Trabajadores Maduros Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, cit., pág. 35.

razón de edad cuando afecta por igual a mujeres y a hombres en su condición de personas trabajadoras⁹⁶:

- Fijación de una edad máxima para el trabajo.
- Diferencias de trato en la fijación de una edad máxima para el empleo en algunas profesiones.
- Discriminación ocasionada como represalia ante la negativa de aceptar la prejubilación.
- Diferencias de trato por motivos de edad en las extinciones por causas objetivas o en los despidos colectivos.

Al igual que ocurre en el caso de la normativa comunitaria, el Tribunal Constitucional ha ido elaborando una doctrina con diversas sentencias arquetípicas a la hora de interpretar la aplicación del art. 14 de la CE desde la perspectiva de la discriminación por razón de edad. Como señala la STC 75/1983⁹⁷, de 3 de agosto, ya mencionada anteriormente, la edad no es de las circunstancias enunciadas normativamente en el art. 14, pero no ha de verse en el referido precepto constitucional una intención tipificadora cerrada que excluya cualquiera otra de las precisadas en el texto legal, pues en la fórmula del indicado precepto se alude a cualquier otra condición o circunstancia personal o social, carácter de circunstancia personal que debe predicarse de la edad. En consecuencia, queda confirmado en las palabras del máximo intérprete de la Constitución, que su art. 14 comprende también la lucha contra la discriminación por razón de edad y, por tanto, representa una valiosa herramienta frente al fenómeno del “edadismo”.

⁹⁶Vid. BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., “La edad de jubilación como política de empleo y como posible medida discriminatoria”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., págs. 109-137.

⁹⁷ Cuestión de inconstitucionalidad 44/1982.

La STC 22/1981, de 2 de julio⁹⁸, analiza la validez constitucional del establecimiento de una edad obligatoria para acceder a la jubilación en el Estatuto, en su redacción de 1980. Como punto de arranque para comentar la importante doctrina que contiene esta sentencia, se ha de partir de la DA quinta del primigenio Estatuto de los Trabajadores que establecía lo siguiente sobre el establecimiento de un límite máximo de edad relacionado con la capacidad para trabajar y con la extinción del contrato de trabajo:

“La capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo, tendrá el límite máximo de edad que fije el Gobierno en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo. De cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años, sin perjuicio de que puedan completarse los períodos de carencia para la jubilación.

En la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos.”

Con fundamento en este marco normativo, el Tribunal Constitucional debe pronunciarse sobre la cuestión de inconstitucionalidad que plantea de oficio el magistrado de Trabajo que conocía del pleito promovido por una persona trabajadora como consecuencia de la extinción de su contrato de trabajo a iniciativa de su empresa al amparo de lo establecido por dicha Disposición, al contar con sesenta y nueve años cuando entra en vigor el Estatuto de los Trabajadores. El magistrado considera que la Disposición puede vulnerar lo establecido en los artículos 14 y 35 de la CE. Es decir, el derecho a la igualdad y el derecho que todos los españoles tienen al trabajo sin ninguna discriminación de tipo social podían quedar conculcados en virtud de lo establecido por la DA quinta. La extinción constituiría realmente un despido basado exclusivamente en la edad de la persona trabajadora. En otras palabras, cuando se precisaba que “de cualquier modo, la edad máxima será la de sesenta y nueve años”, se estaba estableciendo legalmente una edad que determinaba la incapacidad para trabajar y la extinción de la relación laboral.

⁹⁸ Cuestión de inconstitucionalidad derivada del procedimiento sobre despido 1938/80.

Para el Tribunal Constitucional, puesto que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, la cuestión a dilucidar se encuentra en determinar si existe una causa justa y razonable que sirva de fundamento para la limitación contenida en la DA quinta. En este punto, al hilo de los escritos de alegaciones de las partes, el Máximo intérprete de la Constitución, analiza tres líneas argumentales: la presunción de ineptitud, la política de protección a la tercera edad y la situación del mercado de trabajo.

Analizando en primer lugar la presunción de ineptitud, el Tribunal Constitucional admite que algunas actividades laborales precisan de condiciones físicas o intelectuales que, con el paso del tiempo, pueden menoscabar. No obstante, no considera razonable presumir la ineptitud con carácter general y a una misma edad para todas las personas, con independencia de su sector o el tipo de actividad que desarrollen. A lo apuntado se sumaría el encaje de dicha presunción de ineptitud cuando la persona desarrolla su actividad por cuenta propia, de manera que dos personas de la misma edad, en función de si es trabajadora por cuenta ajena o profesional autónoma, podrían ser consideradas aptas o no para continuar en activo. Además, mientras que el establecimiento de una edad laboral mínima tiene sentido en cuanto se permite que la persona adquiera una formación básica y alcance su plena madurez, dicho planteamiento no puede ser trasladado en iguales condiciones a una edad máxima.

Pasando al segundo argumento, relativo a la jubilación como una conquista social, dentro del proceso de humanización del trabajo, la política de protección a la tercera edad, tal y como queda configurada en disposiciones como la Recomendación 162 de la OIT, parte de unas premisas que resultan contrarias a la fijación de una edad para el acceso de manera forzada a la jubilación, que le atribuye unas connotaciones de obligatoriedad, radicalidad y de falta de progresividad. En este punto señala el Tribunal que la corriente partidaria de una reducción de la edad de jubilación no se dirige a la fijación de una edad de jubilación forzosa, sino a la edad de admisión a la pensión de jubilación fijada por la legislación de la Seguridad Social, favoreciendo la creación de unas condiciones jurídicas, económicas y asistenciales que flexibilicen las condiciones de acceso a la

jubilación o a las pensiones y estimulen la jubilación anticipada, mejorando el sistema de Seguridad Social.

La tercera línea alude a la política de empleo, más bien de pleno empleo, que debe promover el Estado. Dichos planteamientos deben conducir a ponderar de manera razonable el derecho “individual” del trabajo de un grupo de trabajadores frente a la consecución de resultados socialmente más estimables conforme a una “perspectiva colectiva” del derecho al trabajo. En consecuencia, la disminución del desempleo, en las edades más adecuadas desde el punto de vista laboral, justifica el establecimiento de una edad máxima de admisión al trabajo. Como desarrollo de esta línea, el Tribunal Constitucional precisa que el derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar, también supone el derecho a un puesto de trabajo, con lo que presenta un doble aspecto: individual y colectivo, estando reconocidos en los arts. 35.1 y 40.1 de la CE. En el plano individual, representa el igual derecho de todas las personas a un determinado puesto de trabajo si se cumplen los requisitos necesarios de capacitación y en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedidos si no existe una causa justa. Frente a ello, en la dimensión colectiva, el derecho al trabajo implica también un mandato a los poderes públicos para que lleven a cabo una política de pleno empleo. De otra manera, el ejercicio del derecho al trabajo por una parte de la población llevaría consigo la negación de ese mismo derecho para otra parte de la misma. Por ello, la política de empleo basada en la jubilación forzosa representa un planteamiento basado en el reparto o redistribución del trabajo. Como tal, supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de personas trabajadoras para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo. A través de esta política se limita temporalmente a un grupo el ejercicio del derecho individual mediante la fijación de un período máximo en que ese derecho puede ejercitarse, con la finalidad de hacer posible al segundo grupo el ejercicio de ese mismo derecho.

En consecuencia, los magistrados del Tribunal Constitucional consiguen aclarar que la limitación del derecho a trabajar que la política de empleo a través de una jubilación forzosa lleva implícita, no tiene su origen y justificación en la realización de manera

necesaria de una política económica de pleno empleo. Como resultado, no cabe afirmar que se está limitando un derecho reconocido en el art. 35 de la CE en aras de un principio orientador de política económica recogido en el art. 40 CE. A renglón seguido, el Tribunal Constitucional se encarga de precisar que la política de empleo ha de resultar justificada, invocando para ello el art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, a cuyo tenor: “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. La limitación debe quedar justificada por su contribución al bienestar general, teniendo en cuenta las consecuencias sociales de carácter negativo que pueden estar asociadas al paro juvenil.

En este sentido, la tercera línea argumental sería suficiente para apoyar la constitucionalidad de la fijación de una edad laboral máxima, pero solo si se establece en el marco de una política de empleo que conceda una oportunidad de trabajo a la población en paro y si la persona afectada por el límite de edad cuenta con una compensación adecuada. Por ello, la persona trabajadora madura debe haber completado los períodos de carencia para la jubilación. La jubilación forzosa debe estar habilitada por la mejora de los sistemas de Seguridad Social. En este punto existe cierta convergencia entre la tercera y la segunda línea argumental que analiza en su argumentación el Tribunal Constitucional.

Valorando todo lo anteriormente expuesto, para los magistrados del Tribunal Constitucional en esta importante sentencia, no puede verse en la disposición adicional objeto de la controversia una regulación de las causas de incapacitación y de extinción de las relaciones laborales, ni una medida dentro de una política general de protección a la tercera edad. Poniendo el foco en la tercera línea argumental, la DA quinta tiene el sentido de autorizar, bien al Gobierno para establecer un límite de edad cuyas consecuencias son análogas a las de la jubilación forzosa aplicada a todo tipo de relación laboral sujeta al

Estatuto de los Trabajadores, bien a las partes que intervienen en la negociación colectiva para establecer edades de jubilación en sectores productivos concretos.

Para aceptar esta formulación, se debe de atender a dos condicionamientos:

- El primero de ellos viene incluido en el primer inciso del párrafo primero y alude a la génesis de la limitación misma: “en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo”, aludiendo, por tanto, a unas circunstancias que tal como se formulan constituyen las causas específicas para establecer la limitación en una edad determinada.
- El segundo condicionamiento aparece en el segundo inciso, pero este no puede interpretarse -como se ha hecho- con independencia del primero. La expresión “de cualquier modo” tiene como antecedente a la expresión “[en función de] las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo”, y todo ello actúa como determinante del subjuntivo “fije”.

El Tribunal Constitucional concluye con una interpretación sistemática y teleológica de la DA quinta, de acuerdo con la cual su contenido se concreta en los siguientes términos:

- El reconocimiento implícito por parte del legislador de la posibilidad de realizar una política de empleo, utilizando como instrumento la jubilación forzosa.
- La habilitación al Gobierno para que realice esa política de empleo dentro de los límites y condiciones fijados.
- La posibilidad de que, dentro de ese marco, puedan pactarse libremente edades de jubilación en la negociación colectiva.

En consecuencia, resulta inconstitucional la DA quinta del Estatuto de los Trabajadores, si se interpreta como una norma que establece la incapacitación para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada determina la extinción de la relación laboral a esa edad.

El transcurso del tiempo y el desarrollo posterior al hilo de la doctrina del TJUE y de la propia de los Tribunales de nuestro país, han dotado de mayor valor a la doctrina de esta sentencia, siendo posible sostener que se inserta dentro de las grandes resoluciones judiciales del Tribunal Constitucional que consiguieron construir mediante sus distintos pronunciamientos el modelo de relaciones laborales del sistema constitucional. La sentencia 22/1981 contenía, no obstante, un voto particular a cargo del magistrado D. Jerónimo Arozamena Sierra. En esencia, el jurista considera que la DA quinta sí que está introduciendo la jubilación forzosa a los sesenta y nueve años, no procediendo una interpretación condicionada (que salvaría su constitucionalidad) como fue el criterio mayoritario. Siguiendo con el parecer del voto particular, la habilitación que se concede a la negociación colectiva podrá adaptar la edad que sirva de referencia para la jubilación, pudiendo ser inferior, pero -en todo caso- el Estatuto de los Trabajadores sí está estableciendo una edad máxima. El legislador está introduciendo una novedad en un ordenamiento que hasta ese momento se caracterizaba por la jubilación voluntaria, no siendo (a su juicio) una medida discriminatoria. No resultaría válido interpretar la DA quinta como norma delegante o como autorización para que dentro de un límite máximo de edad pueda negociarse edades de jubilación forzosa. Por el contrario, la edad máxima de sesenta y nueve años actúa como límite en una esfera, dentro de la cual la autonomía colectiva puede establecer edades de jubilación, a salvo, claro es, el derecho a la cobertura de la Seguridad Social.

Por tanto, en aras de un interés superior que trasciende del concreto de la negociación colectiva es lícito que el legislador establezca un límite, en la edad de sesenta y nueve años, pudiendo adaptarse a las exigencias del ámbito laboral y a los intereses de las partes dentro de lo que puede ser objeto del convenio colectivo, pero sin modificar la regla general. En consecuencia, a juicio de este magistrado, no existiría despido en la reclamación de la parte actora que vio extinguido su contrato en la edad de sesenta y nueve años tras llevar más de treinta años prestando servicios en la compañía que da por finalizada la relación laboral que unía a las partes.

Cabe indicar que el criterio mayoritario es el que, con el transcurso del tiempo y de las diversas disposiciones judiciales, se consolidó. Esta sentencia traza las líneas que van a seguir las siguientes resoluciones y se alinea con la doctrina que, años más tarde, acuñará el TJUE. En el debate que dirime la sentencia, no solo se invoca el art. 14 de la CE, sino el derecho al trabajo recogido en el art. 35 de la CE, que –aunque con rango inferior al del derecho fundamental- también sirve para cuestionar el establecimiento de una edad de jubilación obligatoria. Resulta, en este punto, interesante destacar que el Tribunal Constitucional no está asociando la vejez con discapacidad, en el sentido de asimilar que el cumplimiento de una determinada edad conllevar “per se” las limitaciones del trabajador, sino que asocia el establecimiento de esta limitación con el acceso al sistema de pensiones y el reparto de empleo.

La STC 75/1983, de 3 de agosto⁹⁹, resulta también muy ilustrativa para conocer cuál es el criterio que viene manteniendo el máximo intérprete de nuestra Constitución. En el caso debatido, el Ayuntamiento de Barcelona exigía no rebasar la edad de sesenta años a fin de participar en los concursos para la provisión de la plaza de Interventor de Fondos del Ayuntamiento de Barcelona. Las principales razones se encontraban en el elevado volumen de trabajo que una urbe de tamaño tan grande generaba y en la formación que para el puesto también precisaba. Por ello, teniendo en cuenta también la inversión en formación que se debía realizar, se precisa de una carrera profesional larga.

Para el Tribunal, mediante el principio de igualdad ante la Ley se evitan privilegios y desigualdades discriminatorias entre los ciudadanos, siempre que se encuentren dentro de las situaciones de hecho a las que debe responder un tratamiento jurídico igual. En esos casos, la norma debe ser idéntica para todas las personas, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos que eviten desigualdades. De no actuarse legislativamente de tal manera, surgiría un tratamiento diferenciado a causa de una conducta arbitraria, o al menos no debidamente justificada, del poder público legislativo. Sólo le resulta posible al legislador, en adecuada opción

⁹⁹ RTC 1983\75.

legislativa, establecer para los ciudadanos un trato diferenciado, cuando tenga que resolver situaciones diferenciadas fácticamente con mayor o suficiente intensidad, requiriendo en su solución, por su mismo contenido, una decisión distinta, pero a tal fin resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable sobre la base de criterios y juicios de valor generalmente aceptados, aplicándose su exigencia en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada. Por ello, debe estar presente una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. De este modo, al legislador le quedará la posibilidad de apreciar situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que este proceder no vaya en contra de los derechos y libertades protegidos en los arts. 53.1 y 9.3 de la CE, ni sea irrazonada según la doctrina sobre el derecho a la igualdad que venía elaborando el Tribunal Constitucional en sentencias anteriores.

En el caso objeto de la cuestión de inconstitucionalidad, no sería razonable suponer la presencia de una incapacidad personal, o al menos de inferior capacidad para desempeñar un cargo de Interventor de Fondos a partir de la superación de los sesenta años. Es decir, la “presunción de incapacidad” por edad no es un argumento que pueda superar la justificación “objetiva y razonable” a la que alude el Tribunal Constitucional.

En cambio, el hecho de que un Interventor de Fondos, que debe asesorar y fiscalizar toda la gestión financiera y económica de un Ayuntamiento del volumen de una ciudad como Barcelona, donde aumenta la exigencia de eficacia y operatividad, no solo hace necesaria la experiencia adquirida en el momento de plenitud de aptitudes, sino (y aquí insiste el Tribunal Constitucional) que se dilate en el tiempo durante espacio apreciable, a fin de desarrollar técnica y prácticamente la función, pudiendo determinar una singularidad en el régimen especial para acceder al cargo de Interventor. Además, si concursan personas próximas a la edad de jubilación se incrementarían los concursos por el corto espacio de tiempo en el que la persona designada desempeñaría unas labores que, como se ha especificado, son de alta responsabilidad, requiriendo de un perfil profesional muy completo.

Desde este planteamiento, el artículo puesto en tela de juicio se encontraría justificado. Su contenido se apoya en una situación diferenciada que recibe un tratamiento singular, basado en fundamentos razonables según criterios de valor aceptados con generalidad, hallándose la norma creada por el legislador de ámbito constitucional: la rebaja de edad sirve de manera adecuada y proporcionada para el objetivo que se quiere amparar y los fines a conseguir.

Por ello, no se declara la inconstitucionalidad del precepto que exige no rebasar la edad de sesenta años para tomar parte en los concursos de provisión de la plaza de Interventor del Ayuntamiento de Barcelona. Ahora bien, el Tribunal Constitucional matiza que esta conclusión no implica que necesariamente se esté de acuerdo con que el trato desigual que ha sido analizado deba ser el único o el mejor de los instrumentos que pueden ser aplicados para el cumplimiento del objetivo. Esta parte excedería de las facultades atribuidas al Tribunal.

Nuevamente en este caso, se opone al parecer mayoritario que refleja el Fallo un voto particular a cargo de los magistrados D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, D. Francisco Tomás y Valiente, D. Rafael Gómez-Ferrer Morant, D. Antonio Truyol Serra y la magistrada Dña. Gloria Begué Cantón. Además de por el enfoque que ofrece al debate planteado, el desarrollo del voto particular resulta muy interesante para avanzar en el tratamiento que el Tribunal Constitucional concede al derecho de igualdad. Para quienes suscriben el voto particular, el art. 14 de la CE contiene tres figuras distintas:

- Un principio general del derecho, de manera que cualquier excepción a este principio tiene que ser sometida a una estricta interpretación restrictiva.
- Un derecho subjetivo de los ciudadanos que les permite recabar de los Tribunales la tutela y protección para que la igualdad rota sea restablecida.
- Una limitación del poder legislativo, que impide que el legislador pueda dictar normas jurídicas introduciendo desigualdades.

Así las cosas, el eje de la argumentación cambia de manera muy notable: no se trata tanto de justificar la razón de la norma (basada en parámetros objetivos y razonables) que hace posible la desigualdad, sino de justificar la ruptura de la igualdad “en sí misma”, que solo puede encontrarse en la tutela de bienes jurídicos, que deben tener un carácter superior a los que son sacrificados, sobre la base de que debe existir una proporcionalidad entre el bien protegido y el derecho que es sacrificado. Partiendo de esta formulación, la disposición que es analizada no cumpliría los requisitos y se establece una doble desigualdad que precisa de una justificación mayor que la ofrecida por la doctrina que expone la sentencia del Tribunal Constitucional comentada:

- La de los municipios de grandes ciudades como Madrid y Barcelona en orden a los concursos de traslado para cubrir las plazas como las de Interventor.
- La de los Interventores mayores de sesenta años frente a los de edad inferior.

El voto particular refuta la base argumental que ha soportado el parecer mayoritario de los magistrados: si se trata de favorecer la continuidad de los Interventores en municipios como el de Barcelona, se debe tener en cuenta que cualquier Interventor menor de sesenta años que acceda a la plaza tras concurso, puede posteriormente concursar a otra plaza si necesidad de que trascorra necesariamente un determinado tiempo de permanencia, si subyace una presunción de incapacidad cumplidos los sesenta años, también resulta claro que tal presunción carece de respaldo y, finalmente, si lo que se busca es favorecer la eficacia en la gestión, sería suficiente con ponderar en el concurso en mayor grado a los menores de sesenta años.

Además, el voto particular matiza el principio de eficacia de la Administración asumiendo que, pese a que es un bien constitucionalmente protegido por el art. 103.1 de la CE, su rango es inferior al derecho fundamental a la igualdad, que incluso es un “valor superior en el ordenamiento”. El art. 23 de la CE sobre el derecho de acceso a los cargos públicos en las condiciones establecidas por la Ley, no se refiere solo al acceso genéricamente a la función pública, sino a cada uno de sus tramos y esferas y a cada uno de los cargos, de manera que la remisión del precepto constitucional a la Ley no es un

“cheque en blanco” al legislador que pueda establecer limitaciones a la edad de acceso como en el supuesto que ha motivado la sentencia del Tribunal Constitucional.

Pese a que este voto particular consigue refutar la construcción argumental que declaraba la constitucionalidad de preceptos que establecían limitaciones por razón de edad en el acceso a determinados puestos, y plantea algunas cuestiones interesantes, nuevamente, el devenir ha ido consolidando la doctrina general contenida en la sentencia.

En materia de discriminación por razón de edad con implicaciones en la remuneración, conviene hacer referencia a la STC 31/1984¹⁰⁰, de 7 de marzo, que resuelve el recurso de amparo instado por UGT frente al RD124/1982, de 15 de junio, sobre fijación del salario mínimo interprofesional (SMI) para el año 1982. En este caso, la alegación de desigualdad y discriminación por razón de edad afectaba a los más jóvenes que se incorporaban al mercado de trabajo. El Tribunal Constitucional deniega el amparo considerando que “el principio de igualdad implica la eliminación en el conjunto de los factores y condiciones retributivos, para un mismo trabajo o para un trabajo al que se le atribuye igual valor, de cualquier discriminación basada en las circunstancias personales o sociales, que mencionadas concretamente unas (como es por razón del sexo en el artículo 35, y con ella otras en el artículo 14), y aludidas otras en la genérica fórmula con la que se cierra el artículo 14, son susceptibles de generar situaciones de discriminación. Tendremos que considerar si la edad es una de las circunstancias subsumibles en la fórmula genérica, a lo que, por lo demás, el legislador ha dado una respuesta positiva en el artículo 17 del ET, y de inmediato si la utilización del factor de la edad como criterio diferenciador de tratamiento del contenido retributivo de la relación laboral es de los proscriptos desde los postulados constitucionales.”

¹⁰⁰ Recurso de amparo 31/1984. CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra 3, 2007, pág. 103.

Según la sentencia, el establecimiento de un SMI por escalas de edad no significa que se realice por las personas trabajadoras situadas en la escala inferior un trabajo de menor valor que el desempeñado por quienes se encuentran en el tramo más alto. En tal caso, los magistrados reconocen que se estaría ocasionando una situación de desigualdad que no está amparada por el ordenamiento jurídico. Por ello, la incidencia de la citada normativa sobre el SMI ha de ser efectuada teniendo en cuenta las particularidades del trabajo prestado por quienes se incorporan al mercado de trabajo con menor edad y experiencia, sin que el único hecho diferencial entre las condiciones de un grupo de personas trabajadoras y otras sea la edad, es decir, no podría tratarse de un trabajo “de igual valor”.

Por su parte, la STC 200/2001, de 4 de octubre¹⁰¹, mantiene este discurso, y señala lo siguiente sobre el alcance del art. 14 de la CE: “contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas.”

Posteriormente, la STC 280/2006, de 9 de octubre¹⁰², incide sobre la problemática que generó la derogación del establecimiento de una edad obligatoria para la jubilación por la Ley 12/2001 de 9 de julio y el *impasse* ocasionado cuando los convenios colectivos seguían manteniendo dicha obligación. El Tribunal no apreciará discriminación por el

¹⁰¹ Cuestión de inconstitucionalidad 2992/99.

¹⁰² Recurso de amparo 43/2003; en un sentido similar, *vid.* la STC 2006\341, de 11 de diciembre de 2006 (recurso de amparo 750/2004).

hecho de que esta previsión siga estando en los convenios colectivos y prefiere centrar toda la atención en los compromisos de empleo que llevaba aparejada la aplicación de la cláusula convencional que permite la extinción del contrato de trabajo a partir de una determinada edad por jubilación, si la persona trabajadora cuenta con la suficiente “carrera de cotización”. Por ello, la cuestión consiste en definir las precondiciones de constitucionalidad que pueden llegar a justificar el tratamiento desigual y el sacrificio que la jubilación forzosa supone para la persona trabajadora afectada:

- El cese forzoso por esa causa sólo es posible si en virtud de la normativa de Seguridad Social procede la percepción de pensión de jubilación. Es decir, no basta con que la jubilación forzosa sirva a la consecución de un fin constitucionalmente lícito; es preciso, además, que con ello no se lesione desproporcionadamente un bien que se halla constitucionalmente garantizado para la persona trabajadora afectada. El límite máximo de edad sólo será efectivo si la persona ha completado los períodos de carencia para la jubilación y cumple el resto de los requisitos para acceder a la pensión correspondiente.
- La fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo sería constitucional siempre que con ella se garantizara una oportunidad de trabajo a la población en paro, por lo que no podría suponer, en ningún caso, un instrumento para conseguir la amortización de puestos de trabajo. Frente a ello, este tipo de medidas se insertan en una política de empleo que favorezca la incorporación de más personas al mercado de trabajo, ahora bien, con la cautela anteriormente señalada.

La posibilidad de establecer la jubilación forzosa en convenio colectivo no se consideró una delegación por parte del legislador concedida a los agentes sociales negociadores para establecer una edad para la jubilación forzosa, sino que se calificó como una expresión o manifestación propia derivada del ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva (art. 37.1 de la CE). Su determinación no era contraria a los arts. 14 y 35 de la CE, caso de establecerse con los condicionamientos señalados anteriormente, esto es, siempre que quedase vinculada a las políticas de empleo,

se asegurase al perjudicado la cobertura social reseñada, y no implicara, sin más, la extinción del contrato de trabajo por el hecho exclusivo de la edad.

Con la entrada en vigor del RDL 5/2001, de 2 de marzo, que se convirtió tras el correspondiente trámite parlamentario en la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, una de las cuestiones que viene suscitando más encontradas opiniones doctrinales y judiciales es la de determinar las consecuencias aparejadas a la derogación de la disposición adicional relativa a la materia aquí se enjuicia, habiéndose abierto un debate intenso sobre las posibilidades de la negociación colectiva en jubilación forzosa, así como sobre la virtualidad actual de nuestra doctrina constitucional de los años ochenta.

La norma legal que se derogaba era la DA décima del ET, que fue redactada con ocasión del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RD Leg 1/1995, de 24 de marzo. Su antecedente era la DA quinta de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los trabajadores. En ambas tenía idéntica formulación el enunciado correspondiente a la negociación colectiva en la regulación de la jubilación forzosa, a saber: “en la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos”.

La Ley 12/2001 entró en vigor el 11 de julio de 2001, aunque la derogación mencionada había sido anticipada por el RDL 5/2001, de 2 de marzo, cuya entrada en vigor se produjo el 4 de marzo de 2001. No obstante, pese a que las resoluciones judiciales impugnadas en amparo se ocuparon de las consecuencias derivadas de la citada derogación, el debate abierto tras las reformas legales indicadas no afectó al presente caso, como tampoco podría hacerlo la regulación posterior que, como se sabe, adoptó la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

A nadie escapa la constatación de que esta sentencia del máximo intérprete constitucional viene a desarrollar las líneas maestras que había trazado la STC 22/1981.

En un escalón inferior, la STSJ Navarra 9 de junio de 2016¹⁰³, examinó un supuesto idéntico al debatido, recordando que, aunque la Directiva 2000/78 establece un marco general frente a la discriminación (en este caso por razón de edad), los Estados miembros pueden establecer excepciones en favor de la consecución de objetivos generales, si el fin legítimo y el requisito es proporcionado¹⁰⁴. Por tal motivo, se admite que los convenios colectivos pudieran establecer esas limitaciones para favorecer el desarrollo de políticas de empleo que favoreciesen la incorporación al mercado de trabajo de desempleados y jóvenes.

El establecimiento de una edad obligatoria para la jubilación representa una materia que ha sido y sigue siendo objeto de controversia¹⁰⁵. El Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de febrero de 2017¹⁰⁶ analiza la posible discriminación por razón de edad motivada por el establecimiento de la jubilación forzosa de los controladores aéreos a los 65 años. La medida afecta a un colectivo que, tanto por la naturaleza de su trabajo, como por sus condiciones, parece justificar este tipo de medidas. Tal y como se viene apuntando, en este caso la justificación cumple con los requisitos de ser objetiva y razonable, siendo también la finalidad digna de protección, como es la referida a las condiciones en las que estas personas desarrollan su trabajo. La disposición que establece este tipo de jubilación forzosa es capaz de superar todos los filtros para evitar las consecuencias que pudieran derivarse para el interés general; factores como el alto nivel de estrés al que se enfrentan estos profesionales en su trabajo, la rotación de turnos y la extrema responsabilidad sobre

¹⁰³ Recurso 221/16.

¹⁰⁴ En un sentido similar la SAN 23 de septiembre de 2016 (recurso 146/2016).

¹⁰⁵ Recientemente, el RDL 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, modifica la DA décima del ET, facultando a que los convenios colectivos puedan establecer cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad legal de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social bajo determinados requisitos. Fruto de ello, paulatinamente, los convenios colectivos están volviendo a establecer este tipo de cláusulas. A modo de ejemplo, CC Naturgy (BOE 19 de julio de 2021), CC Grupo EDP España (BOE 20 de julio de 2021), CC Ilusión (BOE 1 septiembre 2021), CC Euro Depot España (BOE 1 de septiembre de 2021).

¹⁰⁶ Recurso 138/2016, que abre la huella que seguirán sentencias como la de 18 de febrero de 2020 (recursos 969/18 y 982/19), 21 de febrero de 2020 (recurso 1114/18), 17 de septiembre de 2020 (recurso 2486/2018), 18 de febrero de 2020 (982/18) y 25 de noviembre de 2020 (recurso 1545/2018).

las operaciones aéreas. Dichos factores quedan debidamente acreditados por el hecho (por ejemplo) de que los controladores deben someterse de manera continuada a controles psicofísicos que permitan constatar el mantenimiento de su capacidad para realizar las funciones operativas de control.

De otro lado, en el caso de los funcionarios públicos, se ha considerado que la negativa de la prolongación de la vida profesional más allá de los 65 años, por razones basadas en la aplicación de medidas de ahorro y reducción del déficit público, puede insertarse dentro de las excepciones a las que alude la Directiva 2000/78 que permiten, de manera limitada, un trato desigual¹⁰⁷.

La discriminación por motivos de edad no solo se puede manifestar en el establecimiento de una edad para acceder de manera obligatoria a la jubilación o en la limitación de determinados derechos, sino también como represalias por querer prolongar la vida activa y no solicitar la jubilación cuando se cuenta con los requisitos necesarios para ello establecidos en la normativa de la Seguridad Social o la persona trabajadora no quiere forma parte de un plan de prejubilaciones. En este caso, la acumulación de indicios con relevancia jurídica puede resultar determinante para concluir que efectivamente concurre una conducta discriminatoria. A este respecto, la STSJ País Vasco de 4 de junio de 2002¹⁰⁸ analizó la impugnación del traslado al amparo de lo establecido por el art. 40 del ET de un empleado de banca que no quiso acogerse a un programa de recolocación una vez alcanzó la edad de 65 años. En efecto, del relato de hechos probados en instancia que son elevados a la Sala de lo Social, se desprende que la finalidad de la empresa no era otra que perjudicar al demandante por su negativa a jubilarse, tratando de forzar su voluntad extintiva del vínculo laboral a través de un empeoramiento en sus condiciones laborales mediante el traslado a otro centro de trabajo, aprovechando la diversidad de sucursales que tiene una entidad bancaria. No es, en absoluto, irrelevante que el traslado sea decidido por la empresa el día anterior al de cumplir la edad ordinaria de jubilación,

¹⁰⁷ STS Sala Tercera 12 de mayo de 2016 (recurso 3582/2014).

¹⁰⁸ Recurso 995/2002.

tras manifestar la persona trabajadora su decisión de permanecer en la empresa, como ha sido apuntado. No pasó inadvertido para el magistrado de instancia ni para la Sala el hecho de que, cuando la empresa ofrece el plan de prejubilación al demandante, le hace saber que no tiene ya ninguna necesidad de disponer de los servicios del demandante y, aunque, solo unos días más tarde, le hace llegar su voluntad de seguir en la empresa, le ofrece nuevas posibilidades en otra oficina. Por si lo anterior no fuera suficiente, la nueva oficina de destino contaba con el doble de plantilla que otra con un volumen de negocio similar. Es decir, el excedente de plantilla ponía de manifiesto que no existía la pretendida necesidad de dicho traslado. Se cierra ya el círculo de los indicios cuando se comprueba que al resto de compañeros trasladados se les paga los gastos de kilometraje, pero no al demandante.

Desde su sentencia 22/1981, el Tribunal Constitucional ha emitido diversos pronunciamientos de innegable importancia para conocer el impacto que la edad tiene en el mercado de trabajo, cuya incidencia en la materia objeto de estudio es preciso analizar cuando la discriminación por razón de edad es alegada en el marco de un despido colectivo.

Para este cometido, es imprescindible hacer mención a la STC 66/2015, de 13 de abril¹⁰⁹, que, siguiendo los postulados del TJUE, resuelve la solicitud de amparo formulada por las personas afectadas por el despido colectivo aplicado por el Instituto Valenciano del Vivienda, S.A. Se da la particularidad de que todo el colectivo de afectados era mayor de cincuenta y cinco años, considerándose que dicha medida de la empresa resulta discriminatoria por razón de la edad.

A tenor del recurso planteado por las trabajadoras, la introducción del criterio de la edad superior a cincuenta y cinco años como factor determinante del cese de las demandantes, en cuanto integrantes del colectivo de empleados de la empresa mayores de esa edad, constituía un caso evidente de actuación discriminatoria que debía, en

¹⁰⁹ Recurso de amparo 3875/2013.

consecuencia, ser declarada como constitutiva de despido nulo. Esta conclusión se justificaba, en primer lugar, porque no existía una previsión legal que amparase el uso del criterio de la edad en actuaciones como la que había llevado a cabo la empresa.

La libertad empresarial de selección del personal afectado en un despido colectivo no legitimaba actuaciones discriminatorias de este tipo. Además, la actuación empresarial impugnada carecía de justificación objetiva. No debería existir razón por la que el personal mayor de cincuenta y cinco años no pudiera continuar trabajando con normalidad, máxime cuando le faltaban todavía muchos años para alcanzar la edad legal de jubilación, cada vez más retrasada y, en todo caso, voluntaria. Tampoco había razón alguna para suponer una vinculación temporal futura mayor respecto del personal menor de cincuenta y cinco años cuando no existía ningún pacto de permanencia y ese personal menor es el que, en realidad, más cambia de trabajo. De otra parte, se indicaba, era una medida indiscriminada, referida a todo el personal mayor de cincuenta y cinco años y no referida a algún o algunos puestos concretos de trabajo. En definitiva, desde este punto de vista, el sacrificio que se imponía con el despido al personal mayor de cincuenta y cinco años era desproporcionado, ya que se le privaba de trabajo, a lo que se sumaba una cobertura limitada de desempleo, complementada sólo, durante un corto período de tiempo, a una edad en que sus perspectivas de ocupación son notablemente peores que las de los trabajadores más jóvenes.

A la parte demandante no solo se le privaba de la retribución por el puesto de trabajo cuando aún les restan muchos años para la jubilación, sino que además se le perjudicaba notablemente en la cuantía de las mismas, como consecuencia del despido, a lo que se añadía que no se les había ofrecido la menor garantía de causar derecho a una pensión de jubilación, aunque fuese en su cuantía mínima.

Frente a ello, la dirección de la empresa alegaba dos razones para incluir a este grupo de trabajadores en los criterios de selección de trabajadores afectados. Por un lado, se aludía al ahorro de los costes de formación que la empresa habría de asumir una vez que los trabajadores afectados se jubilasen y que fuera necesario reemplazarlos. En segundo

lugar, que el ordenamiento jurídico reservaba para este tipo de trabajadores diversas medidas sociales, tales como la obligatoriedad de suscribir un convenio especial de seguridad social, con las que no contaba el resto de trabajadores de menor edad.

El Tribunal Constitucional, aunque no considera legítima la primera justificación aportada por la representación del Instituto Valenciano de Vivienda, S.A., deniega el amparo recordando que la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo constituye una facultad del empresario que, aunque inscrita en sus poderes de organización, debe ejercerse respetando la preferencia legal de los representantes de los trabajadores, las garantías que el ordenamiento jurídico otorga a los trabajadores en general y los condicionantes establecidos en el convenio colectivo o en el acuerdo alcanzado durante el período de consultas, sin que en ningún caso pueda incurrirse en fraude de ley o abuso de derecho y sin que la actuación empresarial pueda estar guiada por móviles discriminatorios.

En el caso analizado por la Sentencia 66/2015, la edad no era el único criterio de selección y, ni mucho menos, era el prioritario. Los trabajadores de esa edad no fueron los únicos afectados (35 de 211 en total).

Para el Tribunal Constitucional, la segunda razón invocada por la representación de la empresa sí puede convertir la edad próxima a la jubilación en un factor objetivo y no arbitrario de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, siempre que se cumplan determinadas exigencias.

En efecto, tal y como señalaron los magistrados en relación con la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo, el sacrificio personal y económico impuesto a determinados trabajadores por razón exclusiva de su edad sólo puede ser legítimo si se ve compensado de forma efectiva, de modo que no suponga una lesión desproporcionada en relación con los fines que persigue la medida adoptada. Siguiendo esta misma línea de razonamiento, la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo en función del menor daño o perjuicio que la situación de desempleo conlleva para determinados sectores de edad, sólo puede considerarse legítima y proporcionada si se ve

acompañada de medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo, sin que en ningún caso pueda considerarse justificación suficiente del despido la mera proximidad de la edad de jubilación.

De este modo, de nuevo como manifestación de la misma argumentación que sostiene el TJUE, la selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación es un criterio adecuado y proporcionado siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido por la propia legislación laboral. Así, conforme establece el art. 51.9 del ET, cuando se trate de procedimientos de despidos colectivo de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, existe la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), lo que permite al trabajador generar el derecho a las prestaciones de Seguridad Social aunque no esté trabajando. En el supuesto ahora examinado, dicho convenio fue efectivamente suscrito para todas las personas recurrentes en amparo. En el mismo sentido, una vez agotada la prestación por desempleo los trabajadores mayores de cincuenta y dos años que no tengan rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por 100 del SMI, siempre que la renta media de su unidad familiar no supere tampoco esa cantidad, podrán percibir un subsidio por desempleo hasta cumplir la edad para acceder a la pensión de jubilación (art. 215.1.3 de la LGSS).

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que en el caso que motiva la sentencia, la empresa estableció determinadas mejoras voluntarias de la prestación por desempleo para los trabajadores de mayor edad, como parte de un “plan de prejubilación”, que incrementaban su duración cuanto mayor fuera la edad del trabajador. En efecto, para los trabajadores entre cuarenta y cinco y cuarenta y nueve años, ambos inclusive, se pactó una cuota mensual bruta de 840 euros desde el acceso a la prestación por desempleo durante el período máximo de seis meses; para los trabajadores entre cincuenta y cincuenta y siete años de edad, ambos inclusive, se pactó, asimismo, una cuota mensual bruta de 840 euros

desde el acceso a la prestación por desempleo durante un período máximo total de ocho meses y medio, de forma que percibiera un importe de 840 € durante los primeros ocho meses y un noveno mes de 420 euros, y trabajadores entre cincuenta y ocho y sesenta y un años, una cuota mensual bruta de 840 euros desde el acceso a la prestación por desempleo durante un período máximo de doce meses. De este modo, dicho complemento empresarial pretendía evitar que los trabajadores afectados sufrieran un perjuicio desproporcionado respecto de su situación en activo.

De acuerdo con lo expuesto, la existencia de medidas efectivas llamadas a minimizar el perjuicio ocasionado al trabajador próximo a la edad de jubilación hace que el criterio de la edad resulte en el presente caso proporcionado, lo que conduce al Tribunal a concluir que la utilización de dicho criterio no vulneró el art. 14 de la CE, al no constituir una discriminación por razón de edad.

El Tribunal Constitucional corrige con esta sentencia el criterio permisivo mantenido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, que seguían sosteniendo los Juzgados y Salas de la Jurisdicción Social una vez que el control de los despidos colectivos pasó también a la rama social del Derecho. El criterio que viene a corregir el Tribunal Constitucional con esa sentencia, consideraba que la mayor edad estaba justificada dentro de los criterios de selección, al estar más próximos a la jubilación, con una expectativa de vida laboral más corta. Con todo, la doctrina recogida en esta sentencia no ha tenido todavía el efecto esperado¹¹⁰.

Por su parte, en el caso del Alto Tribunal, la STS 14 de noviembre de 2017¹¹¹ se plantea el supuesto diametralmente opuesto: en el caso en ella enjuiciado, la compañía excluye a los trabajadores mayores de 50 años, lo cual no se considera tampoco discriminatorio. En concreto, la citada sentencia analizaba en casación ordinaria la

¹¹⁰ SOLÀ I MONELLS, X., “La utilización de la edad como criterio de selección en los despidos colectivos: el obligado replanteamiento de una práctica habitual avalada por la jurisprudencia interna”, *Documentación Laboral*, vol. IV, núm.112, 2015, pág. 60.

¹¹¹ Recurso 17/2017.

impugnación de un despido colectivo finalizado sin acuerdo en el que –entre otros motivos de impugnación- se censuraba que los criterios de selección excluyeran a los trabajadores mayores de 50 años. Junto a la razón alegada por parte de la Compañía de mantener a los trabajadores más experimentados, resultaba evidente que de esta forma se pretendía eludir también la obligación de realizar la aportación al Tesoro Público, cuyo régimen jurídico será analizado en el próximo Capítulo.

Frente a ello, el Pleno de la Sala de lo Social, aunque no reconoce licitud a la justificación de que de esta manera se conservaba a los trabajadores más experimentados, acepta la exclusión al considerar que el colectivo de los trabajadores mayores es el más vulnerable. Si bien no se acepta la alegación empresarial de que la permanencia en la empresa de los mayores de 50 años garantizaba la permanencia en la misma de los más experimentados, se recuerda que la Directiva 2000/78/CE impuso la abolición de la discriminación por razones de edad en las condiciones de empleo y la ocupación, incluidas las de despido y remuneración en su art. 3. De manera paralela, menciona también la Sala que los arts. 4.2 y 17.1 del ET recogen la edad como una de las causas de discriminación prohibida, entendiéndose nulos y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que contengan discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad. Pero sí razona que la medida es conforme con las previsiones de la Ley 27/2011 de 1 de agosto, al resultar más vulnerable el colectivo mayor de 50 años.

En la doctrina de suplicación, la STSJ de Navarra de 17 de julio de 2015¹¹² resulta muy reveladora para mostrar la controversia que genera la aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional y del TJUE al ámbito de los despidos colectivos. El parecer mayoritario de la Sala confirmó la decisión de magistrado de instancia, partidario de declarar la nulidad del despido que afectaba a una persona madura al traer causa su elección de su edad. Desde este punto de vista, la edad, aún en concurso con otros factores, no puede ser un criterio de selección válido, sino que ha de ser calificado como discriminatorio, afectando a la igualdad en el empleo. Teniendo por válida la valoración

¹¹² Recurso 214/2015.

de las pruebas que lleva a cabo el Juzgado de lo Social, se estima acreditado que fue la circunstancia de la edad la que determinó la inclusión del actor en el listado de afectados¹¹³. En el proceso fueron debatidas cuestiones como la sustitución de algunos trabajadores de edad que inicialmente estaban afectadas por otros que no tenían esta circunstancia, la posibilidad de que el demandante se acogiera de manera voluntaria a la amortización de su puesto o que el período de consultas hubiera finalizado con acuerdo. Pese a todo, como se indica, el Fallo es confirmado.

La sentencia testimonia el debate que existe en esta materia al contener un interesante voto particular mucho más desarrollado que la propia argumentación que acuña la Sala y que formula uno de los magistrados, haciendo acopio de la doctrina que sobre esta materia han ido elaborando el TJUE y el Tribunal Constitucional, y evidenciando que otra solución podría haber sido posible con el soporte que ofrecen las muy diversas resoluciones que han estudiado este elemento de desigualdad.

Para el magistrado que no sigue el parecer mayoritario, la razón del cese del demandante no es su edad, sino la necesidad de ajustar los costes de la demandada a la política de ajuste presupuestario y cumplimentar el objetivo de déficit (en este punto, no es irrelevante que la empresa que lleva a cabo la reestructuración es una empresa pública). El demandante estaba incluso en dos criterios de selección que han estado presentes desde el primer día de las negociaciones, y que son objetivos y razonables. De una parte, por razón de la edad puede acceder a una pensión de jubilación o a un convenio especial con la seguridad social para los mayores de cincuenta y cinco años, siendo aceptado por la representación social incluir a los trabajadores más próximos a la jubilación. De otra parte, el demandante disfrutaba de un elevado sueldo en comparación con el resto de

¹¹³ En un sentido similar se expresan la STSJ Madrid 13 de julio de 2000 (recurso 2008/2000) o la STSJ Madrid 19 de octubre de 2010 (recurso 1613/2010). Esta última sentencia señala que “la elección del trabajador de mayor antigüedad de la empresa constituye motivo de discriminación porque no existen motivos para que sea al único trabajador que le extingan el contrato por causas objetivas y a los otros trabajadores a través de otras vías cuyo coste económico es superior. Si se hubiese querido reducir costes económicos, también *pudo* rescindirse el contrato de los otros trabajadores acudiendo a la misma vía del despido objetivo, lo que evidencia un diferente tratamiento, por razón de la edad, sin justificación, ante situaciones iguales.”

personas trabajadoras, siendo objeto de una discriminación positiva. En consecuencia, el criterio seguido por la compañía al aplicar el acuerdo alcanzado en el fin del período de consultas con la representación de las personas trabajadoras se basa en el menor daño que se hace al trabajador de más edad que es objeto de una protección social especial y percibe mayor indemnización, así como en la posibilidad de ser sustituido por un menor coste. La edad y el sueldo no son, en modo alguno, cuestiones arbitrarias para el magistrado. Sumado a lo anterior, sí entiende probado el magistrado que existió un turno voluntario para personas trabajadoras que no eran las más veteranas, sustituyendo a personas de mayor edad que fueron inicialmente propuestas. Además, el acuerdo fue avalado no solo por los representantes, sino también por la asamblea de trabajadores que ya conocían a las personas afectadas, constandingo que no fue afectada una persona mayor que contaba con carencias de cotización. Como resultado, todos esos factores consiguen demostrar “que la empresa no discrimina en razón de la edad, sino que utiliza un criterio razonable de selección que por otra parte no se instituye como dogmático”. Asumiendo que los medios de prueba que revisa el magistrado en el recurso de suplicación despliegan de manera absoluta sus efectos, la doctrina del voto particular parece estar más alineada con la doctrina del TJUE y del Tribunal Constitucional.

Cuando la extinción afecta a toda la plantilla de la empresa, aunque se lleve a cabo en diversas fases, resulta evidente que no es posible que pueda prosperar esta causa de discriminación para impugnar el despido colectivo. Por ello, la STSJ Navarra 27 de julio de 2016¹¹⁴, confirma el parecer del magistrado de instancia. En este caso, la prueba practicada demostró la inexistencia de discriminación por tal causa cuando tal inclusión se justifica razonablemente en su mejor posición en el acceso a la jubilación a través de las medidas de prejubilación acordadas a cargo de la empleadora, en el mayor perjuicio provocado a las personas de menor edad que habían estado sometidas con anterioridad a un expediente de regulación de empleo temporal (ERTE)¹¹⁵, y en la reducción salarial

¹¹⁴ Recurso 313/2016.

¹¹⁵ En fenómenos de reestructuración de empresas, es frecuente que inicialmente la empresa intente superar la situación negativa mediante un ERTE, ante la previsión de que pueda ser una situación coyuntural. Si no es posible superar las causas objetivas mediante la medida temporal, el siguiente paso puede ser el despido

llevada a cabo respecto de los trabajadores que permanecen en la empresa en esa fase inicial.

La doctrina de esta misma Sala arroja luz sobre el debate existente relativo a la posibilidad de poder ofrecer escenarios compensatorios distintos en atención a la edad de la persona trabajadora. En concreto, la STSJ Navarra 13 de mayo de 2016¹¹⁶ trae a colación nuevamente a la Directiva 2000/78/CE, en el sentido de que la misma permite un trato distinto según la edad siempre que la razón obedezca a una causa proporcional, objetiva y razonable.

Con apoyo en la ya mencionada “*doctrina Palacios*”, entre otras sentencias del TJUE que matizan las expectativas que pueda tener un trabajador sobre la continuidad de su vida activa, cuando al final de su carrera profesional dispone de una compensación mediante la pensión de jubilación (lo que también da cabida a la prejubilación). La resolución también cita las sentencias del Tribunal Constitucional que han sido expuestas previamente, todo ello para concluir que no existe vulneración del art. 14 de la CE cuando, en el seno de un despido colectivo cuyo período de consultas finaliza con acuerdo, se establecen unas condiciones económicas distintas en concepto de indemnización cuando la persona trabajadora afectada cuenta con cincuenta y cinco o más años. Consta acreditado que la empresa ofreció un plan de prejubilación a las personas mayores de cincuenta y cinco años, que fueron suscritos sendos seguros colectivos para el pago del convenio especial de Seguridad Social y la ayuda de prejubilación, así como que no fue impugnado el despido colectivo por la representación de las personas trabajadoras. Los hechos probados expuestos, sin lugar a dudas, contribuyeron a que los magistrados

colectivo o el concurso. Salvo que resulten de aplicación normas extraordinarias, como es el caso de las previstas para los ERTE motivados por Covid-19, el desempleo consumido inicialmente en el ERTE puede restar la prestación que corresponda a las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo. En otras palabras, frente a la duración máxima de 720 días, puede descontarse la parte que se ha liberado para el pago durante la vigencia del ERTE. Por ello, aquellas personas trabajadoras que no se encuentran próximas a la edad de jubilación pueden verse más perjudicadas al poder adquirir la condición de desempleados de larga duración, sin disponer de la prestación por desempleo en toda su extensión tras el despido.

¹¹⁶ Recurso 205/2016, cuya doctrina es desarrollada también por la STSJ Navarra 16 de junio de 2016 (recurso 222/2016).

considerasen que la medida acordada por la empresa, tras la tramitación del despido colectivo, se ajustaba a los requisitos establecidos por la doctrina del TJUE y el Tribunal Constitucional.

Tal y como se acaba de analizar, dado el carácter vulnerable de los trabajadores mayores, resulta lícito establecer, por la vía de la negociación colectiva o dentro del acuerdo que ponga fin al período de consultas, una prioridad de permanencia en la empresa.

En tal caso, es posible plantearse hasta qué punto una decisión empresarial basada en la edad no resulta una decisión empresarial discriminatoria frente a los trabajadores mayores, por un lado, o frente al resto de trabajadores que no cuenten con ninguna circunstancia que haga posible su prioridad de permanencia. Esta cuestión ha sido resuelta por los Tribunales, confirmando que la utilización de la edad como criterio de selección no supone, necesariamente una causa de discriminación.

Como se sabe, la LRJS atribuye a la Jurisdicción Social el conocimiento de las cuestiones derivadas de los despidos colectivos. Con carácter previo, resultaba competente la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, su criterio se basaba –en esencia- en considerar lícita la inclusión de los trabajadores de mayor edad si existía una causa objetiva, dada su proximidad a la jubilación y ante la posibilidad de que los mismos se beneficiasen de las medidas sociales que acompañan a los despidos colectivos.

Así, la STS 15 de junio de 2005¹¹⁷, analiza la validez de la decisión de incluir dentro de la reestructuración de la Agencia EFE, como criterio de selección la afectación de los trabajadores mayores de cincuenta y siete años, confirmando su licitud bajo las condiciones apuntadas anteriormente.

Para la Sala, la utilización, en este caso, del criterio de la edad, eligiendo una edad próxima a la de jubilación forzosa, no podía ser tildada de desproporcionada en relación con la finalidad de rejuvenecimiento de la plantilla persigue dentro del contexto general

¹¹⁷ Recurso 7284/2000.

de reestructuración de la empresa para garantizar su viabilidad, pues se trata de prescindir de un porcentaje de trabajadores –sin duda importante– de los que necesariamente habría de prescindirse a corto y medio plazo, por lo que conectar la amortización de los excedentes de plantilla con aquellos trabajadores que se encuentran en una edad más próxima a la de jubilación forzosa parece una medida razonable desde esa perspectiva de crisis económica de la empresa –única que cabe considerar a la hora de ponderar la proporcionalidad de la medida en relación con la finalidad que con ella se persigue–, y ello porque el mantenimiento de las relaciones laborales de trabajadores próximos a la edad de jubilación repercutiría negativamente, a corto y medio plazo, en la delicada situación económica de la empresa que, una vez ajustada su plantilla, se vería obligada, casi inmediateamente, a sustituir a esos trabajadores, según fueran llegando a la edad de jubilación forzosa, con el coste económico añadido que comporta la formación e integración en la empresa de los nuevos trabajadores que se fueran incorporando. Para la Sala, la medida impugnada se adopta como consecuencia de una delicada situación económica y supone afrontar la reestructuración de la plantilla de una forma más definitiva, para lo que parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquellos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales más cortas que en el caso de otros grupos de trabajadores.

Esta misma cuestión relativa a los criterios de selección también fue analizada por la STS 9 de marzo de 2011¹¹⁸. En este caso, el pleito derivaba del despido colectivo llevado a cabo por el Ente Público de Radio Televisión Española y sus sociedades filiales Radio Nacional de España, S.A. y Televisión Española, S.A., nuevamente argumentando que puede ser razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquellos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas", sin que ello comporte la lesión del art. 14 de la CE.

¹¹⁸ Recurso 3980/2009.

A juicio del Tribunal Supremo, a tenor de la regulación que sobre el despido colectivo ofrecía el Estatuto de los Trabajadores de 1995 (vigente en aquel momento), si concurrían las causas objetivas, era posible el sacrificio de un determinado número de empleos si con esa medida se mantienen otros empleos de la empresa en lugar de ser extinguidos todos ellos, dado que la inviabilidad empresarial podría llevar a su liquidación. En consecuencia, entre las personas afectadas se considera que el perjuicio es menor para quienes se encuentran en una edad más cercana a la jubilación.

A diferencia de lo que ocurre con los casos analizados, en los que se elevaron cuestiones prejudiciales al TJUE, la discriminación que se alega no trae causa de situaciones que motivan un cuestionamiento de la aplicación directa de normas legales de nuestro ordenamiento, como cuerpo jurídico sujeto a los principios generales de la Unión Europea (dentro de los cuales se encuentra el principio de no discriminación), sino de un expediente de regulación de empleo en el que resultaba voluntaria la incorporación al mismo para poder acogerse al “plan de prejubilación” que contemplaba.

Como colofón a lo indicado, aunque se trata de una sentencia de instancia, ha de ser citada la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de 18 de noviembre de 2020¹¹⁹, como consecuencia del despido de diversas personas trabajadoras maduras de la empresa Huawei. En este caso, las personas despedidas contaban con una antigüedad que oscilaba entre los cuarenta y nueve y los cincuenta y ocho años. Para proceder a los despidos, la compañía alegó la reestructuración organizativa del departamento donde cada una de estas personas prestaba sus servicios, como consecuencia del descenso de las ventas. Diversos indicios hacen pensar que la decisión de la empresa resulta discriminatoria en los términos que señala la Directiva 2000/78 y desarrolla el TJUE, así como el art. 17.1 del ET:

- Las personas despedidas superaban la edad de cincuenta años en el momento del despido, excepto una que tenía cuarenta y nueve años y medio.

¹¹⁹ Procedimiento núm. 323/2020.

- En el año 2018, se despidió al 23,07% de los trabajadores mayores de cincuenta años y sólo al 6,5% de los trabajadores de la franja de treinta a cincuenta.
- En 2019, los despedidos mayores de cincuenta años alcanzaron el 13,7% de esa franja de edad y sólo al 4,9% de los trabajadores de la franja entre treinta y cincuenta años.
- En el periodo entre enero de 2019 y septiembre de 2020, el 34,18% de los despedidos correspondían a personas mayores de cincuenta años.
- Quedó acreditado que constituía una decisión estratégica del empresario la renovación generacional de la plantilla a través de la eliminación de la parte de las personas de mayor edad. La política de la compañía limitaba la prestación de servicios hasta la franja comprendida entre los cincuenta y los sesenta años.
- En la prueba testifical a instancias de la empresa, el director de operaciones, testigo propuesto por el empresario manifestó que se necesitaba gente con profundos conocimientos técnicos en materia informática y de comunicaciones siendo más fácil encontrar estos perfiles entre los jóvenes. Al mismo tiempo, reconoció que la empresa se había visto obligada a asumir personal de mayor edad proveniente de diversos proveedores.

La compañía trató de justificar la elección de las personas despedidas en la peor evaluación de desempeño que recaía sobre los mismos, si bien no consiguió acreditar en la fase de prueba que dicho procedimiento cumpliera con las garantías necesarias y con el valor probatorio que se le trataba de asignar por la empresa (no figuraba el autor, ni las fuentes empleadas para su elaboración o la pertinencia de los criterios de calificación empleados).

Por ello, siguiendo la misma doctrina que ha sido desarrollada en las páginas precedentes, el magistrado concluye que el despido de estas personas obedeció exclusivamente al “factor edad”, resultando en consecuencia discriminatorio, sin que procediera la improcedencia del despido, sino su nulidad con el añadido de una indemnización por el daño moral ocasionado. En efecto, la decisión de la empresa no

estaba amparada por ninguna de las excepciones que señala la Directiva 2000/78 o en una política de empleo, favoreciendo la incorporación de personas trabajadoras más jóvenes. Como se señala, es la edad el criterio de selección empleado.

3. BREVE REFERENCIA AL MARCO JURÍDICO DEL DESPIDO COLECTIVO EN RELACIÓN CON LA AFECTACIÓN DE LAS PERSONAS TRABAJADORAS MADURAS

Como se ha expuesto, la discriminación por razón de la edad puede manifestarse en las diversas fases del desarrollo de la relación laboral: antes de su inicio (lo que de hecho impide en demasiadas ocasiones que pueda materializarse); durante el desarrollo de la misma, afectando a las distintas condiciones bajo las que se desarrolla la prestación de trabajo (funciones encomendadas, salario, promoción profesional, etc.); o al finalizar la misma, por cualquiera de las causas que conducen a la extinción del contrato de trabajo.

Para la tesis que se sostiene, interesa prestar atención a la última de las manifestaciones cuando la persona trabajadora de edad madura queda desvinculada de la empresa como consecuencia de un despido colectivo. Como resultado de los diversos factores que confluyen y que pueden conducir a una discriminación de este colectivo en los términos que han sido expuestos, en la regulación actual el legislador ha introducido diversas obligaciones en la regulación del despido colectivo que tratan de reaccionar frente a la posición vulnerable de la persona trabajadora madura. Es fácil comprender que la especial vulnerabilidad de este colectivo va a quedar mucho más acentuada en este tipo de situaciones.

En la regulación del despido colectivo, los instrumentos que han sido diseñados para la protección de las personas de edad avanzada, se desenvuelven en las siguientes líneas estratégicas:

- Se establecen mecanismos que desincentivan la afectación de estas personas que, al mismo tiempo, contribuyen a que dichas extinciones (que posiblemente colocarán a esas personas en el desempleo de larga duración) impacten lo menos posible en las arcas del Estado.

- Gozan de una protección mayor frente a la otorgada a otros grupos de personas trabajadoras.
- Se establecen recursos y elementos de acompañamiento para favorecer su empleabilidad, como resultado de obligaciones legales, con la posibilidad de sumar las medidas complementarias a aplicar con la empresa, en diversas ocasiones con el concurso de una entidad aseguradora.
- Se establecen mecanismos de previsión social que evitan que se vea perjudicado en el tránsito hacia jubilación.

En el primer caso, la aportación al Tesoro Público (dada la elevada cuantía que representa la suma de prestaciones, subsidios, cotizaciones y el canon en función de las dimensiones y beneficios de la empresa) cumple, sin lugar a dudas, la doble función de desincentivar que un porcentaje elevado de estas personas forme parte de los trabajadores afectados y, al mismo tiempo, amortigua el coste de subsidios y cotizaciones que conlleva la expulsión del mercado laboral de este colectivo tan vulnerable de personas trabajadoras.

Respecto a la mayor protección, los criterios de selección para elegir a las personas afectadas por el despido colectivo, deben estar basados en parámetros absolutamente objetivos pudiendo superar en todo momento el control de discriminación: desde la presentación inicial del despido colectivo, durante el período de consultas y cuando sea comunicada la extinción del contrato de trabajo. Frente a la concurrencia de indicios que puedan revelar la existencia de una posible discriminación, recae sobre el empleador que insta el despido colectivo la carga de la prueba de su no concurrencia. En coherencia con lo indicado, resulta lícito y, de hecho, el Estatuto de los Trabajadores alienta este tipo de medidas, que puedan ser establecidas determinadas prioridades de permanencia, no solo sobre los representantes legales de las personas trabajadoras, sino también sobre colectivos vulnerables como el de las personas maduras.

Si, pese a las medidas de protección indicadas, la persona de edad madura finalmente es afectada por el despido colectivo, entran en juego las medidas de acompañamiento que

tratan de hacer más liviano el tránsito hacia un nuevo puesto de trabajo o el acceso a la jubilación. Es por ello que, si se trata de propiciar que la transición laboral dure el menor tiempo posible, cabe hacer referencia a las medidas sociales de acompañamiento y al plan de recolocación. Si, de manera irreversible, la persona madura no puede integrarse de nuevo en la vida profesional activa, en tal caso puede operar el convenio especial de Seguridad Social. De manera complementaria, la empresa puede combinar diversas medidas que sitúan el discurso en el ámbito de las “prejubilaciones”, que pueden manifestarse de diversas maneras. De hecho, hasta la primera década del siglo XXI la tríada: despido colectivo + persona trabajadora madura + prejubilación, era la combinación más presente en la mayoría de las reestructuraciones laborales.

Es por ello que, en los siguientes capítulos, serán analizadas de manera crítica las principales obligaciones que recaen sobre el empleador que acomete un despido colectivo, en los términos que han sido expuestos, siempre que las dimensiones de la empresa o su vinculación en un grupo con estrechas vinculaciones económica así lo haga posible.

Antes de entrar en las particularidades de cada una de dichas obligaciones, un adecuado planteamiento metodológico aconseja hacer alusión, aunque sea brevemente, en primer lugar, a los elementos más esenciales del marco jurídico del despido colectivo en nuestro sistema. Para ello, se debe acudir al art. 51 del ET, dentro de la Sección 4ª del Capítulo III, dedicada a la extinción del contrato de trabajo. Previamente, el art. 49. i), del mismo cuerpo legal, dentro del elenco de casos que conducen a la extinción del contrato de trabajo, alude al despido colectivo que tendrá que estar fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Como es sabido, la regulación del despido colectivo en España ha atravesado diversos avatares. La versión actual se encuentra recogida en el RD Leg 2/2015, de 23 de octubre y procede de la reforma laboral de 2012. Desde el ET de 1980, este artículo está reservado para las extinciones de los contratos basadas en causas objetivas. La versión del ET de 1995 será la que establezca los criterios de referencia para poder diferenciar entre los despidos basados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

de carácter individual y cuáles el cómputo de extinciones que determinan la necesidad de acudir al procedimiento del despido colectivo¹²⁰. Desde entonces, dichos criterios figuran recogidos en el art. 51.1 del ET. Sin lugar a dudas, el aspecto que más controversias genera en la práctica es el referido al cómputo del número de extinciones en el período sucesivo de noventa días que puede determinar la necesidad de acudir al procedimiento del despido colectivo, frente al trámite mucho más liviano del despido objetivo individual (art. 51.1 del ET).

Nada nuevo se está aportando al indicar que la tramitación del despido colectivo lleva asociada e implica una mayor carga de trabajo que debe asumir la empresa, si son comparadas las estrictas obligaciones documentales y de procedimiento del despido colectivo frente al despido individual. Una minuciosa, atenta y esmerada labor de recopilación de la información acreditativa de las causas es condición “sine qua non” para afrontar este tipo de procesos con ciertas expectativas de éxito. Al mismo tiempo, esa labor de observancia de los requisitos de procedimiento del despido colectivo, debe ir acompañada de una meticulosa cumplimentación de los formularios y por el respeto de los requisitos formales que van a exigir la Autoridad Laboral competente y la Inspección de Trabajo (art. 51.2 del ET).

Sin abandonar la preferencia por el expediente abultado, el cambio más disruptivo que trajo la reforma laboral de 2012, en primer lugar, mediante el RDL 3/2012, de 10 de febrero y, posteriormente, mediante la Ley 3/2012, de 7 de julio, vino con la supresión de la resolución de la Autoridad Laboral que autorizaba la ejecución de los despidos y que podía llegar a cuantificar la indemnización que correspondía a las personas trabajadoras afectadas¹²¹. De este modo, sin abandonar los requisitos documentales y formales, el despido colectivo parece “liberalizarse”¹²². Con esta modificación queda confirmado el

¹²⁰ GARCÍA COBOS, S., “Procedimiento para la tramitación de los despidos colectivos”, *Cívitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 76, 1996, pág. 292.

¹²¹ SEMPERE NAVARRO, A.V., “La fijación de las indemnizaciones en los expedientes de regulación de empleo”, *Cívitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 19, 1984, pág. 418.

¹²² Excedería, con mucho, al objeto de la presente tesis el análisis y la valoración de las consecuencias prácticas que trajo esta supresión en el sentido de incrementar la inseguridad jurídica y las consecuencias

cambio de modelo en el que, inicialmente, la intervención de la Administración en los despidos por causas empresariales constituía uno de los rasgos más característicos de nuestro sistema. La intervención se extendía inicialmente a todas las medidas, incluidas las extinciones contractuales, individuales o colectivas, debiendo ser necesariamente autorizadas. Posteriormente, el intervencionismo quedó limitado a los despidos colectivos. Tras la reforma de 2012, se atribuye al empresario el control, la gestión y la decisión final del despido, quedando su actuación en todo caso al control judicial. Por ello, la Autoridad Laboral pasa a tener un papel secundario y su intervención se articula a través de requerimientos y recomendaciones, pero ya no mediante una resolución que autoriza las extinciones. A lo apuntado se suma la labor de vigilancia, asistencia y mediación en la tramitación de despido colectivo. Por su parte, la Inspección de Trabajo sumará también la función de control, quedando todo ello reflejado en el informe que debe elaborar.

Es cierto que la Autoridad Laboral puede formular advertencias y recomendaciones a las partes por propia iniciativa, a instancias de la Inspección de Trabajo o de las propias personas trabajadoras. Ahora bien, tales recomendaciones o advertencias no tienen en ningún caso carácter coercitivo ni efectos suspensivos para el procedimiento, aunque sean muy graves las deficiencias que puedan ser apreciadas. La Autoridad Laboral también puede realizar funciones de asistencia a las partes sobre cualesquiera cuestiones que se susciten con ocasión de la tramitación del despido, en particular sobre las medidas de acompañamiento o recolocación. Igualmente, la Autoridad Laboral puede llevar a cabo funciones de mediación durante el período de consultas. La configuración de estas facultades tan limitadas presenta, además, determinadas debilidades que impiden que esta intervención tenga un papel más determinante en la gestión del período de consultas, en la supervisión del cumplimiento de las exigencias normativas del mismo e, incluso, una intervención más activa en la búsqueda de un acuerdo en el período de consultas. En

perjudiciales como resultado de la “judicialización” de los despidos colectivos, conforme al criterio que en esta materia han seguido la mayoría de los Juzgados y Tribunales de la rama social del derecho. No obstante, baste decir que la supresión del “paraguas jurídico” que representaba la resolución de la Autoridad Laboral, a juicio de quien escribe estas páginas, merece una valoración negativa, puesto que ha perjudicado tanto a las personas trabajadoras como a las empresas que llevaban a cabo la tramitación del despido colectivo.

efecto, se ha advertido¹²³ que, el hecho de que la Autoridad Laboral pueda llevar a cabo funciones de mediación, si así es solicitado por las partes, y posteriormente se pronuncie sobre el desarrollo del procedimiento mediante el informe de la Inspección de Trabajo, puede coartar una labor más decidida de la Autoridad Laboral en la fase del período de consultas. La misma percepción se produce en relación con las advertencias o consideraciones que la Inspección puede realizar sobre la adecuación de la información aportada durante el período de consultas, o sobre el contenido de las medidas de acompañamiento social.

Es posible sostener que la supresión de la autorización administrativa trae posteriormente consecuencias negativas, fruto de la nulidad de la medida de la empresa o por no estar la misma ajustada a derecho, que antes impedía una resolución de la Autoridad Laboral competente. En otras palabras, la aplicación directa del despido colectivo por parte de la empresa, una vez agotado el plazo mínimo que señala el art. 51 del ET, cuando no resultaba posible alcanzar un acuerdo previo a la finalización del período de consultas, ha abierto un camino por el que muchas empresas han transitado, para tener que volver sobre sus pasos posteriormente.

El eje del despido colectivo se encuentra ahora en el período de consultas, donde adquiere una relevancia capital la intervención de los representantes de las personas trabajadoras y la constitución de la comisión negociadora¹²⁴.

Una vez presentada la solicitud e iniciado de manera paralela el período de consultas, la empresa debe repartir su atención entre la negociación del despido colectivo durante dicho período con la representación legal de las personas trabajadoras o con la

¹²³ DE LA PUEBLA PINILLA, A., “El despido por causas empresariales”, en AA.VV., *Reestructuraciones Empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, págs. 211-212.

¹²⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Los nuevos expedientes de regulación de empleo (Análisis y comentario del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, modificado por el Real Decreto Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social)”, en DUARTE MOLINA, H., *Formularios en expedientes de regulación de empleo*, Laborum, Murcia, 2013, pág.15.

comisión “ad hoc” que sea constituida por este motivo, y con la Autoridad Laboral competente, que puede requerir documentación adicional sobre las causas o trasladar, recomendaciones que deben ser debidamente atendidas.

Es obligado que el empresario reduzca los efectos negativos del despido mediante el recurso a determinadas medidas sociales en el sentido que ha sido expuesto anteriormente (art. 51, núms. 9, 10 y 11 del ET). Tradicionalmente, nuestro sistema jurídico de reorganización productiva se ha desentendido de los aspectos sociales inherentes a tales procesos, sobre todo, cuando derivaban en extinciones contractuales. A pesar de que las sucesivas redacciones del artículo 51 del ET incluían referencias a un denominado plan de acompañamiento social que, generalmente eran complementadas reglamentariamente, su característica principal era su manifiesta debilidad jurídica¹²⁵. Esta premisa cambia con la reforma de 2012.

Ahora bien, el trato dispensado a las personas maduras va a variar sustancialmente en función de la plantilla de la empresa. De este modo, a partir de 50 años, es cuando el cumplimiento de las obligaciones que han sido señaladas puede ser exigido por la Autoridad Laboral, revisado por la Inspección de Trabajo en su informe e, incluso, reclamado judicialmente (así ocurre respecto del plan de recolocación o el convenio especial de Seguridad Social). En el caso de la aportación al Tesoro Público, como habrá ocasión de exponer “in extenso” en el apartado correspondiente, tendrá que atenderse a si la empresa o el grupo en el que se inserta y con el que consolida cuentas, emplea a más de 100 personas.

A ambas partes conviene que el período de consultas finalice con acuerdo, no obstante (suprimida la autorización de la Autoridad Laboral) la empresa puede aplicar directamente la medida, sin esperar una resolución o sin necesidad de alcanzar un acuerdo con la representación legal de las personas trabajadoras respetando un plazo mínimo de treinta días entre que se comunica el inicio del periodo de consultas y se realizan los

¹²⁵ BLASCO PELLICER, A., “Las medidas sociales de acompañamiento en los despidos colectivos”, en SÁEZ LARA, C., NAVARRO NIETO, F., GÓMEZ CABALLERO (coords.), *Los desafíos del Derecho del Trabajo ante el cambio social y económico. Libro en Homenaje a Federico Durán*, cit., pág. 366.

despidos conforme a los requisitos que establece el art. 53.1 del ET (art. 51. 4 del ET). Sabido es que la aplicación unilateral de la decisión debilitará considerablemente a la empresa ante el escenario más que evidente de una posible impugnación judicial del despido colectivo. A mayor abundamiento, esta circunstancia no escapará a las apreciaciones que debe llevar a cabo la Inspección de Trabajo cuando elabora el informe explicativo del despido colectivo. En este sentido, la impugnación de la resolución de la Autoridad Laboral que autorizaba o denegaba la solicitud de la empresa se residenciaba en la jurisdicción Contencioso-Administrativa. Frente a ello, el art. 51. 6 del ET redirige las impugnaciones a la rama Social del Derecho, en la que se tramitarán según lo previsto en un procedimiento específico regulado en el art. 124 de la LRJS¹²⁶.

Aunque el despido colectivo más habitual es aquel que se insta por el empresario, por las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, el Estatuto de los Trabajadores también va a regular el supuesto, menos habitual, es que el despido deba ser presentado por la concurrencia de fuerza mayor (art. 51.7 del ET). El procedimiento es mucho más ágil que el arquetípico al que van los restantes números del artículo, toda vez que este tipo de eventualidades precisan de una respuesta rápida y directa basada en la apreciación de la concurrencia o no de las causas por parte de la Autoridad Laboral.

El art. 51 del ET, pese a las diversas versiones y cambios que ha experimentado, ha mantenido dentro de su contenido diversas cautelas para velar por el mantenimiento de los derechos de las personas trabajadoras. Así, ante el riesgo de insolvencia, la empresa deberá informar sobre la venta de bienes de la empresa (salvo aquellos que constituyan el tráfico normal de la misma) a los representantes legales de las personas trabajadoras y a la Autoridad Laboral (art. 51.3 del ET). Igualmente, la Administración estará facultada para impugnar los acuerdos que ponen fin al período de consultas si estima que los mismos han sido alcanzados mediante fraude, dolo, coacción o abuso de derecho (art. 51. 6 del ET). Además, en los casos de *holdings* o empresas multinacionales, aunque la

¹²⁶ Vid. BARRIOS BAUDOR, G.L. y CID BABARRO, C., “El procedimiento judicial de impugnación de los despidos colectivos: una visión práctica”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 405, 2016.

decisión de acometer la reestructuración no proceda de la empresa que acomete los despidos, se seguirán manteniendo los estrictos requisitos de información y documentación que regula este precepto (art. 51.8 del ET).

Todo el contenido del art. 51 del ET al que se ha hecho referencia, será desarrollado por el RD 1483/2012, de 29 de octubre, como en su momento ya hicieron la Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de determinados artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, el RD 801/2011, de 10 de junio y el RD 43/1996, de 19 de enero; disposiciones encargadas de detallar y precisar las líneas maestras que trazaba cada versión del artículo 51 del ET.

CAPÍTULO II
LA APORTACIÓN AL TESORO PÚBLICO

1. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LA APORTACIÓN AL TESORO PÚBLICO

Entre las obligaciones a cargo de las empresas que llevan a cabo despidos colectivos conforme a la regulación del ET, su art. 51.11 establece la necesidad de hacer frente a una aportación económica al Tesoro Público si las extinciones incluyen a personas trabajadoras de cincuenta o más años de edad.

Como se expondrá posteriormente, la aportación al Tesoro para estas circunstancias se introduce en nuestro ordenamiento mediante la DA decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, siendo desarrollada su regulación en el RD 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.

La figura objeto de estudio en este capítulo se acerca a la noción de “tributo no fiscal”. En efecto, el tributo, como obligación económica impuesta por la autoridad (en este caso del Estado), no se agota en una función recaudadora. Los ingresos no fiscales, entre los que se incluye la aportación al Tesoro que es analizada en estas páginas, pueden ser definidos como aquellas cantidades pecuniarias derivadas de recursos cuya titularidad corresponde a las Administraciones Públicas, ya sean de naturaleza pública o privada, y que no encajan en la definición de impuestos, tasas y contribuciones especiales, ni constituyen derechos a la importación o a la exportación¹²⁷.

Es decir, como institución constitucional, el tributo también tiene un papel que cumplir al servicio del programa y los principios constitucionales, obedeciendo a una determinada finalidad intervencionista¹²⁸, de modo que su relevancia no está presente

¹²⁷ DONCEL NÚÑEZ, S.L., “La recaudación de los ingresos no tributarios ni aduaneros procedentes del extranjero. Una nueva regulación”, *Revista Española de Control Externo*, vol. XXI, núm. 61, 2019, pág.124.

¹²⁸ CHECA GONZÁLEZ, C., “Los impuestos con fines no fiscales: notas sobre las causas que los justifican y sobre su admisibilidad constitucional”, *Universidad de Extremadura. Anuario de Derecho*, 1983, pág. 436.

tanto en la cuantía que puede ser recaudada, como en el cumplimiento de criterios de política jurídica.

En la Constitución se establecen los presupuestos ideológicos que, sin tener aplicación inmediata, sirven para dar coherencia a las instituciones jurídicas y la estructura organizativa en función de los fines básicos a que éstas han de servir. Razón por la que, si bien cada institución debe ser estudiada aisladamente en función de su estructura y finalidades específicas, han de ser asimismo contempladas en función de los presupuestos que animan y dan vida al programa que para la sociedad aparece trazado en la CE¹²⁹. Más que poder hablar de tributos que, como tales, y en su conjunto, son de carácter fiscal o extrafiscal, de lo único que en la mayoría de los casos se puede hablar es de normas concretas de carácter fiscal o extrafiscal.

De conformidad con lo apuntado, según establece el artículo 1º párrafo segundo de la DA decimosexta, las aportaciones tendrán la consideración de derechos de naturaleza pública no tributarios de la Administración General del Estado, siéndoles de aplicación las disposiciones contenidas en el título I, capítulo II, de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Aunque la Ley General Tributaria establece que la finalidad primordial de los tributos consiste en la obtención de ingresos para el sostenimiento de los gastos públicos, en algunos casos también pueden ser un instrumento válido para la consecución de determinados objetivos en materia de política social o económica, desarrollando los

¹²⁹ Vid. LEJEUNE VARCÁRCCEL, E., “Aproximación al principio de igualdad tributaria”, *Seis estudios sobre Derecho Constitucional e Internacional Tributario*, Edersa, Madrid, 1980, pág. 114.

principios y fines establecidos en la Constitución Española¹³⁰. Este tipo de tributos añade a su finalidad fiscal propiamente dicha, otra de carácter extrafiscal¹³¹.

De este modo, la aportación al Tesoro puede quedar encuadrada dentro de la familia de tributos con fines no fiscales que, sin abandonar la finalidad recaudatoria –por ejemplo, gravan el consumo del alcohol o el tabaco-, imponen aranceles en aduanas o penalizan determinadas actividades industriales contrarias al medio ambiente¹³². En consecuencia, la configuración de la aportación en estos términos confirma la decisión del legislador de desincentivar la desvinculación de trabajadores de edad madura de las empresas.

En los procedimientos donde ha sido impugnada la resolución que establecía la liquidación de la aportación al Tesoro, los Tribunales se han pronunciado sobre la naturaleza de esta figura, confirmando su carácter de derecho no tributario de la Administración del Estado. El hecho de que se excluya a las empresas con pérdidas no implica ni ha de suponer que únicamente tenga carácter punitivo o sancionador. Queda justificada la exclusión por la distinta situación de las empresas con beneficios y las que contabilizan pérdidas. Conforme a este planteamiento, “repugna a toda lógica” que a las empresas con pérdidas se les hiciera aún más gravosa su difícil situación obligándolas a realizar las aportaciones de referencia¹³³. A lo apuntado también se suma el efecto

¹³⁰ Establece el artículo 2.1. de La Ley 58/2003, General Tributaria, que: “1. Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos.

Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución.”

¹³¹ PUEBLA AGRAMUNT, N., “Los tributos con fines no fiscales”, *Revista del Centro de Estudios Financieros*, núm. 183, 1998, pág. 92.

¹³² El Tribunal Constitucional ha confirmado en diversas ocasiones la constitucionalidad de este tipo de tributos. Por ejemplo, en sus sentencias 37/1982 y 194/2000, cuya doctrina reitera la STC 19/2012, de 19 de febrero de 2015, al manifestar que: “el tributo puede no ser sólo una fuente de ingresos, una manera de allegar medios económicos a los entes territoriales para satisfacer sus necesidades financieras (fin fiscal), sino que también puede responder a políticas sectoriales distintas de la puramente recaudatoria (fin extrafiscal)”.

¹³³ STSJ Madrid 6 de julio de 2016 (recurso núm. 144/2016). El TS también ratifica esta naturaleza en sentencias como la de 31 de octubre de 2017 (recurso núm. 235/2016).

disuasorio del recurso a este tipo de medidas, e incluso “represor” por expulsar del mercado de trabajo a un colectivo especialmente vulnerable¹³⁴.

Ahora bien, asumiendo desde el principio el ámbito donde incide la aportación al Tesoro y la problemática que motiva su aparición en nuestro Ordenamiento jurídico, no es posible atribuirle esta condición en los términos más absolutos. En efecto, obligación a cargo de la empresa de llevar a cabo la aportación económica que supone la obligación establecida actualmente en el art. 51.11 del ET, surge en un contexto en el que el colectivo de personas trabajadoras maduras es uno de los más amenazados por su pérdida de empleabilidad, por el desempleo de larga duración (en consecuencia) y por las serias amenazas que se ciernen sobre la viabilidad del sistema de pensiones español.

Por ello, al igual que son elementos claramente indicadores del carácter extrafiscal la aplicación de un canon sobre el número de extinciones que realice la empresa o el grupo de sociedades y el hecho de que parte del importe recaudado sea destinado a la aplicación de actividades formativas a favor de los desempleados de larga duración mayores de 50 años por parte del SEPE, el hecho de que el importe restante de la aportación venga representado por las prestaciones, subsidios y cotizaciones que consumen las personas trabajadoras afectadas por las extinciones, se aproxima más a una finalidad fiscal. De este modo, se busca compensar el gasto que conlleva a las arcas del Estado el pago de dichas medidas sociales.

En consecuencia, pese a que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, tenía como propósito reformar el sistema de pensiones, la aportación económica que exige no se incorpora al patrimonio del Sistema, ni se recauda a través de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), ni, en suma, es una aportación económica a la Seguridad Social, pese a que, a buen seguro, la finalidad última consiste en compensar el quebranto económico que supone para el Estado el abandono de la vida activa a una edad temprana, merma que

¹³⁴ STSJ Madrid 26 de junio de 2017 (recurso 7442/2017).

soportará, principalmente, el Sistema de Seguridad Social ante el aumento del gasto derivado del reconocimiento y pago de prestaciones sustitutivas del salario y la reducción de ingresos que se produce por la extinción de la obligación de cotizar¹³⁵.

En suma, y dada la combinación de todos los elementos expuestos, la aportación al Tesoro tiene una difícil inclusión dentro de las categorías financieras y tributarias tradicionales¹³⁶.

En una comparación que parece acertada por los elementos que comparten¹³⁷, la aportación al Tesoro Público que deben llevar a cabo las empresas con beneficios que despiden a personas de edad madura, precisamente por su carácter híbrido, ha sido comparada con el recargo de prestaciones actualmente regulado en el art. 164 de la LGSS. En efecto, esta obligación empresarial que está presente en nuestro Ordenamiento desde la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 también estaba caracterizada por la dualidad de compartir muchos de los elementos de las prestaciones de seguridad social resarciendo a la trabajadora o al trabajador y también sancionar a la empresa cuando el accidente era debido por el incumplimiento de las medidas sobre seguridad y salud en el trabajo o por carecer de la empresa de los equipos de protección necesarios.

¹³⁵ RODRÍGUEZ CARDO, I., “Bonificaciones, desempleo y otros temas de Seguridad Social”, MONTROYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J. (dirs.) *Comentarios a la reforma laboral de 2012*, Cívitas, Madrid, 2013, pág. 473.

¹³⁶ Como afirma PORCEL DE SOTO, J., en “La difícil inclusión de la aportación al Tesoro Público por despido colectivo que afecte a trabajadores de 50 o más años en las categorías financieras y tributarias tradicionales”, en CUBERO TRUYO, A. (dir.), *Los tributos asistemáticos del ordenamiento vigente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 487, “La difícil inclusión de esta aportación en cualquiera de las categorías financieras tradicionales pone de manifiesto las disfunciones de actual sistema de clasificación de las partidas de financiación del gasto público. No existe una regulación adecuada ni un consenso, ni jurisprudencial ni científico, satisfactorio que permita definir cuáles son las características que van a diferenciar una prestación patrimonial de carácter público de naturaleza tributaria de una que no revista tal naturaleza. Al legislador y la doctrina científica le queda un largo camino por recorrer en este campo”.

¹³⁷ ESTEBAN LEGARRETA, R., “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 finalidades”, *Proceedings of the 1st international virtual SBRLab Conference : finding solutions for a post-crisis society*. 2015, pág. 85 (<https://docplayer.es/98862550-Finding-solutions-for-a-post-crisis-society.html> [última consulta: 30 de noviembre 2021]).

2. ANTECEDENTES

2.1 Las contribuciones de Francia y Finlandia como antecedentes

La contribución *Delalande* (llamada así en honor al Ministro de Trabajo que impulsó su incorporación en la normativa francesa) era un impuesto destinado a disuadir a las empresas de despedir a las personas mayores de 50 años.

En su redacción originaria, introducida en el art. 321-13 del Código de Trabajo francés mediante la Ley núm. 87-518 de 10 de julio de 1987, establecía que todo empresario que despidiese a uno o varios trabajadores de cincuenta y cinco o más años por motivos económicos, debía abonar por cada una de estas personas afectadas una cotización equivalente a tres meses de salario bruto. La empresa quedaba liberada de esta contribución si la persona trabajadora era recolocada por la empresa o encontraba otro puesto de trabajo dentro de los tres meses siguientes a su reincorporación activa al mercado de trabajo. En tal supuesto, la empresa anterior podía solicitar el reembolso de las cotizaciones realizadas.

También quedaba exceptuada del pago la empresa que abonaba un subsidio a favor de estas personas, mediante una fórmula similar al plan de prejubilación de nuestro sistema.

La contribución fue objeto de muchas modificaciones durante su vigencia¹³⁸, especialmente relevante fue la modificación de 1992 que reduce los requisitos de edad a los 50 años, el importe de la aportación variaba en función de la edad y se excluía a las empresas que contasen con menos de 20 trabajadores. Posteriormente, en 2003 se minoró la edad y la contribución empieza a ser exigible a partir de los cuarenta y cinco años.

¹³⁸ Por orden cronológico de más antiguo a más reciente: Ley núm. 89-549 de 2 de agosto de 1989, Ley núm. 91-1 del 3 de enero de 1991, Ley núm. 91-1405 del 31 de diciembre de 1991, Ley núm. 92-722, de 29 de julio de 1992, Ley núm. 92-1446, de 31 diciembre de 1992, Ley 93-1313-12-20, de 21 de diciembre de 1993, Ley núm. 99-570, de 8 de julio de 1999, Ley núm. 2000-37 de 19 de enero de 2000, Ley núm. 2003-775 de 21 de agosto de 2003, Orden núm. 2004-602, de 24 de junio de 2004, Ley núm. 2006-2006, de 31 de diciembre de 2006, Ley núm. 2006-1770, de 30 de diciembre de 2006 y Ley núm. 2008-126 de 13 de febrero 2008.

La disposición detalla una serie de supuestos mediante los cuales la empresa queda exceptuada de realizar esta contribución, destacando los siguientes:

- Despido por falta grave y culpable.
- Despido como consecuencia de la negativa de la persona trabajadora a aceptar una modificación de la jornada prevista en una norma colectiva.
- Extinción del contrato por cese de la actividad del empresario.
- Extinción del contrato de trabajo de una persona empleada del hogar, cuando quien asume la posición de empresario es un particular.
- Extinción del contrato temporal.
- Dimisión de la persona trabajadora por cambio de residencia del cónyuge de la persona trabajadora, derivado de un cambio de contrato de trabajo o por su jubilación.
- Extinción del contrato por fuerza mayor.
- Despido de una persona trabajadora que, en el momento de celebrar el contrato, contaba ya con más de 50 años y figuraba más de tres meses inscrito como demandante de empleo, si la contratación se realizó en el período comprendido entre el 9 de junio de 1992 y antes del 28 de mayo de 2003.
- Despido de una persona trabajadora que haya sido contratado con más de cuarenta y cinco años a partir del 28 de mayo de 2003.
- Despido de una empresa que cuenta con menos de 20 trabajadores y que no ha procedido a despido alguno en los 12 meses anteriores.
- Despido por ineptitud de la persona trabajadora cuando el empresario acredite la imposibilidad de dar curso a las propuestas de recolocación del médico del trabajo

o cuando el médico del trabajo haya determinado que el trabajador no es apto para ningún puesto en la empresa.

- Extinciones de contratos de trabajadores que son beneficiarios de prestaciones insertadas dentro de planes de prejubilación o que suscriban contratos específicos de inserción profesional o de reclasificación.

La aplicación de esta contribución siempre fue objeto de debate. Para sus defensores, esta medida permitía que las empresas fuesen más responsables al "internalizar" el coste social de los despidos y, por lo tanto, reduciendo el número de personas trabajadoras maduras que abandonaban la población activa. Frente a ello, para sus detractores, un aumento del coste de despido de los empleados de más edad podía ir acompañado de efectos perversos: al asumir que el despido de estas personas conllevaba un coste adicional, se reducía su contratación¹³⁹. De este modo, era posible afirmar que sus efectos eran contradictorios: en su parte positiva, ejercía un efecto de retención sobre las personas trabajadoras maduras, sin embargo, también contaba con un reverso negativo, al restringir la contratación de estas personas como pusieron de relieve los estudios de las estadísticas que ofrecía el mercado de trabajo francés¹⁴⁰.

Con el transcurso de los años, pudo comprobarse que la vigencia de esta contribución desincentivaba realmente la contratación de personas mayores. Por ello, la Ley 2006-1770, de 30 de diciembre, para el desarrollo de la participación y del accionariado asalariado, que introduce diversas disposiciones de orden económico y social, regula la progresiva supresión del abono de la contribución¹⁴¹.

¹³⁹ BEHAGHEL, L., CRÉPON, B. Y SÉDILLOT, B., "Contribution Delalande et transitions sur le marché du travail", *Économie et Statistique*, núm. 372, 2004, pág. 61.

¹⁴⁰ BEHAGHEL, L., CRÉPON, B. Y SÉDILLOT, B., "Contribution Delalande et transitions sur le marché du travail", *Économie et Statistique*, cit., pág. 64.

¹⁴¹ QUINTERO LIMA, M.G., "Discriminación por edad y protección de los seniors en el Derecho Social francés", en MERCADER UGUINA, J.R., *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*, cit., págs. 410-411.

Dentro de esta categoría de medidas protectoras de las personas trabajadoras de edad madura, la contribución *Delalande*, ha sido la medida que más difusión ha tenido, pero no representa un caso aislado. Es posible citar también, entre los precedentes de la aportación, el caso de Finlandia¹⁴², país que, en 1997, puso en práctica un modelo similar para proteger a las personas mayores de 50 años. En este caso, el importe de la aportación era mucho mayor, ya que incluía toda la cuantía de la prestación por desempleo (o invalidez) hasta alcanzar la edad de jubilación. La cantidad a sufragar por la empresa se calculaba de manera gradual en función de su volumen, quedando exentas las empresas de menos de 100 personas trabajadoras. Llama la atención que la carga de esta aportación estaba diseñada para que no solo hiciera frente a la misma el último empleador que desvinculaba a la persona trabajadora de edad madura, sino (aunque en un porcentaje menor) también los anteriores empleadores, que se encontraban obligados a realizar la liquidación en la cuota que correspondiera.

Como trasfondo, en estos casos pudo ser constatado que la contribución tenía un efecto indirecto perjudicial: no solo no evitaba el despido de las personas mayores, sino que motivaba que las empresas recondujeran de manera forzada los despidos a alguno de los supuestos exceptuados, como por ejemplo con fundamento en el incumplimiento

¹⁴² DELTEIL, V. y REDOR, D., *Contribution Delalande: quels dispositifs similaires ou alternatifs en Europe du Nord? Rapport final*, 2004, pág. 29. (<https://dares.travail-emploi.gouv.fr/publications/contribution-delalande-quels-dispositifs-similaires-ou-alternatifs-en-europe-du> [última consulta: 17 de octubre de 2021]).

grave y culpable o la ineptitud¹⁴³. Por ello, se ha considerado que esta contribución no pudo alcanzar el objetivo que inspiró su regulación, fracasando¹⁴⁴.

2.2 La “enmienda Telefónica”

La DA decimosexta a cuyo estudio se dedica este capítulo no figuraba originariamente en el primer borrador de la Ley 27/2011 que fue remitida al Congreso para su tramitación. En realidad, la introducción de esta disposición obedece a una circunstancia muy concreta, aunque encaje con la finalidad más general que persigue la Ley.

En concreto, en abril de 2011, coincidiendo con la tramitación parlamentaria de la Ley, la Presidencia de Telefónica anunció que durante los siguientes tres años acometería la extinción de 5.600 puestos de trabajo a través de despidos colectivos, bajas incentivadas y prejubilaciones, lo que representaba el 20% de su plantilla. Tal decisión no se debía a la concurrencia de causas económicas basadas en pérdidas, sino que –muy al contrario– el grupo de sociedades contabilizaba en ese momento pingües beneficios.

Aunque desde la Compañía se puntualizó que la misma asumiría el coste de las amortizaciones, la reestructuración amenazaba con representar un enorme pasivo de prestaciones de Seguridad Social, precisamente en un momento en el cual nuestro país sumaba más de cuatro millones de parados en un contexto de clara recesión.

¹⁴³ En su momento, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), sugirió a Francia realizar un estudio del impacto de las excepciones de la contribución *Delalande* a fin de valorar su derogación (como finalmente ocurrió) o modificar su regulación introduciendo un modelo de incentivos o penalizaciones para favorecer las buenas prácticas de las empresas en esta materia. OEDC, *Ageing and Employment Policies*, Paris, 2005, pág. 16. En el caso de Finlandia, la OCDE también ha sugerido revisar esta fórmula como parte de las medidas que debe llevar a cabo para impulsar la empleabilidad de las personas trabajadoras maduras y su permanencia en el trabajo:

OECD recommends Finland to do more to help older people stay in work
(<https://www.oecd.org/finland/oecdrecommendsfinlandtodomoretohelpolderpeoplestayinwork.htm>
[última consulta: 17 de octubre de 2021]).

¹⁴⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y. (dirs.), *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, cit., pág. 415.

Tal y como ponían de manifiesto los datos estadísticos, el desempleo de larga duración afectaba en especial a las mujeres y hombres mayores de 50 años, expulsados del mercado de trabajo. De hecho, solo un porcentaje muy reducido de las personas trabajadoras en esa franja de edad era capaz de volver a cotizar al sistema, bien como trabajadores por cuenta ajena o recurriendo al autoempleo. Semejante situación aconsejaba que se diseñase algún tipo de mecanismo que otorgase un umbral de protección a este colectivo, mayor que el que ordinariamente se establece a la hora de controlar la legalidad de las amortizaciones de puestos de trabajo, bien como despidos objetivos o como despidos colectivos.

Este es, por tanto, el origen de la Enmienda núm. 389, conocida como “la enmienda Telefónica”, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista a iniciativa del Ministro de Trabajo D. Valeriano Gómez¹⁴⁵, que inicialmente figuraba como DA decimoséptima.

Su texto coincide con el que posteriormente fue publicado en la Ley 27/2011, la única salvedad se encuentra en el plazo de recolocación, ya que en la versión de la Enmienda el plazo era mucho más breve: los tres meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de los contratos de trabajo. Como será analizado en las próximas páginas, el plazo de recolocación establecido legalmente se ampliará a los seis meses.

Como motivación, se indicaba que la normativa sobre los despidos colectivos, pese a que ofrecía una respuesta adecuada a las situaciones de crisis de empresa, también generaba un inevitable impacto en económico y social. Por un lado, conlleva la expulsión “prematura e injusta” del mercado de trabajo de las personas trabajadoras de mayor edad, afectando estructuralmente al mercado de trabajo, ya que la tasa de actividad de estas personas estaba muy por debajo del marco de referencia europeo, contando con muchos problemas para volver a incorporarse al empleo. A lo apuntado se sumaba el importante coste para nuestro sistema de protección por desempleo, que resultaba difícil de asumir socialmente cuando las empresas que realizaban estos procesos de reestructuración

¹⁴⁵ “Trabajo ingresa 626 millones por el despido de los mayores de 50 años”, en *Expansión*, 13 de octubre 2021.

debían llevarlos a cabo aun obteniendo beneficios en un contexto económico de crisis económica como el que afectaba a nuestro país en 2011. Por estas razones, se consideraba oportuno prever en la legislación la necesidad de que las grandes empresas que contabilizasen beneficios, debían realizar despidos colectivos incluían a personas trabajadoras mayores de 50 años, lleven a cabo una aportación que compensase el impacto que supone en el sistema de protección por desempleo.

Si se compara la regulación de esta Enmienda con la “Contribución *Delalande*” es posible sostener que la disposición francesa puede haber servido de inspiración para la aportación al Tesoro Público. A este respecto, no parece una casualidad que el plazo de recolocación de tres meses regulado en la norma gala y en el texto de la Enmienda coincidan. No obstante, la aportación es mucho más restrictiva, tanto por el número de personas trabajadoras con las que debe contar la empresa, como -sobre todo- por el requisito de contabilizar beneficios, siendo un elemento que la propia justificación de la Enmienda núm. 389 se encarga de poner en diversas ocasiones de manifiesto.

3. EL CARÁCTER COMPLEMENTARIO DE LA APORTACIÓN AL TESORO PÚBLICO MEDIANTE SUS DIVERSAS FINALIDADES

La aportación al Tesoro Público ha de ser considerada como una medida complementaria de aquellas otras actuaciones legislativas formuladas con la finalidad de prolongar la vida laboral de los trabajadores de edad avanzada y desincentivar el despido de los trabajadores maduros, introducidas principalmente en la Ley 27/2011 y en el RDL 5/2013¹⁴⁶.

Inicialmente, con la Ley 27/2011 la DA decimosexta justifica su razón de ser ante todo en el sostenimiento del sistema de pensiones en un contexto de crisis, debiendo sufragar el coste de estas expulsiones del mercado de trabajo las empresas de gran

¹⁴⁶ LÓPEZ CUMBRE, L., “Dificultad sin prohibir la prejubilación en el envejecimiento activo”, en MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.) LÓPEZ CUMBRE, L. (dir.), MALDONADO MOLINA, J.A. (coord.), FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. (coord.), *La pensión de jubilación. Estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*, Comares, Granada, 2016, pág. 128.

volumen que contabilizan beneficios. Ahora bien, tal y como se analizará, no todo el importe recaudado mediante esta aportación se destina al sostenimiento de las pensiones.

A lo indicado en el párrafo anterior, el RDL 5/2013 sumará de manera explícita el objetivo de luchar contra la discriminación basada en la edad.

De este modo, la DA decimosexta, combina diversas finalidades cuyo alcance será desarrollado a continuación:

- Evitar la discriminación de los trabajadores de edad madura. en tanto que las estadísticas de desempleados revelan que deben ser considerados como un colectivo especialmente vulnerable.
- Seguido de lo anterior, desincentivar la inclusión (o, al menos, la afectación mayoritaria) de este perfil de trabajador en las reestructuraciones de empresas. Dichas reestructuraciones pueden comprender tanto los despidos colectivos como otras extinciones contractuales que son incluidas también por el legislador, a las que también se hará referencia.
- Puesto que la prestación incluye, el importe de la prestación por desempleo y las cotizaciones que tiene que abonar el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), se consigue contribuir al sostenimiento del sistema, ya que –todo o una parte- de dichos costes son sufragados por la empresa o el grupo de empresas que lleva a cabo los despidos.
- También subyace una evidente finalidad recaudatoria con los importes obtenidos del cálculo de la aportación. En este punto, no solo han de ser sumadas las prestaciones y cotizaciones, sino también el canon que oscila en función del número de trabajadores afectados y los beneficios de la empresa.

- Además de todo lo apuntado, se ha considerado también que la aportación cuenta con una vertiente punitiva¹⁴⁷. Desde esta premisa se argumenta que, puesto que dentro de la aportación va a ser incluido el importe del subsidio por desempleo, con independencia de que las personas trabajadoras afectadas lleguen a consumirlo o no, en la práctica se está cargando a las empresas con un coste superior al que correspondería en otros casos. Ahora bien, tal y como podrá constatarse a la hora de analizar el procedimiento en virtud del cual es recaudada la aportación, frente a esta apreciación es posible argumentar que (aunque inicialmente se incluya el coste de los subsidios) la empresa podrá acreditar en una fase posterior que la persona trabajadora no ha llegado a consumir estos subsidios o, cuando menos, no es su totalidad.

4. RÉGIMEN JURÍDICO

Al quedar encuadrada dentro de las medidas que tratan de favorecer el sostenimiento de nuestro sistema de pensiones, cabría suponer el origen de la obligación de efectuar la aportación al Tesoro Público formaba parte de las medidas planteadas en la comisión permanente del Pacto de Toledo que tiene por objetivo fundamentalmente realizar propuestas en este sentido. No obstante, como se ha apuntado, esta disposición adicional obedecía a un propósito muy concreto, como medida “inmediata” de reacción frente a la reestructuración a gran escala que iba a acometer la compañía Telefónica¹⁴⁸ y, en su sucesivo, como medida que tratase de desincentivar medidas similares¹⁴⁹.

¹⁴⁷ ESTEBAN LEGARRETA, R., “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 finalidades”, cit., pág. 80.

¹⁴⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Entre el mal menor y el daño insostenible: el despido colectivo y los trabajadores de edad”, cit., pág 360 y CABEZA PEREIRO, J., “La aportación económica al Tesoro Público en el caso de despidos colectivos de empresas con beneficios”, *Justicia Laboral*, núm. 50, 2012, pág.17.

¹⁴⁹ Así está ocurriendo en la práctica ya que muchas grandes empresas excluyen desde su solicitud a las personas de este rango de edad: “El Corte Inglés excluye del ERE a los mayores de 50 años”, *El País*, 8 de marzo de 2021 o “El ERE del Sabadell no afectará a mayores de 63 años ni al colectivo de entre 50 y 55 años”, *Expansión*, 16 de septiembre de 2021.

4.1 La DA decimosexta de la Ley 27/2011

Con la encomienda de adaptar nuestro sistema de Seguridad Social al contexto económico y demográfico actual, ya citada la Ley de 27/2011, de 1 de agosto, acomete la reforma del sistema de cálculo de las prestaciones, destacando muy especialmente la prolongación gradual de la edad de jubilación ordinaria de los sesenta y cinco a los sesenta y siete años.

Dicha modificación era la consecuencia que derivaba de la difícil combinación entre la prolongación de la esperanza de vida en nuestro país, con el contexto de crisis económica que conllevaba la destrucción drástica de miles de puestos de trabajo diariamente y, en consecuencia, también la reducción del número de cotizantes. Con la concurrencia de estos factores, la sostenibilidad de nuestro modelo de previsión social pública se veía seriamente amenazada e imponía adoptar medidas de manera urgente.

La Ley fue la plasmación de los compromisos alcanzados en el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, suscrito entre los interlocutores sociales en febrero de 2011 y las recomendaciones planteadas por la Comisión Permanente del Pacto de Toledo¹⁵⁰.

Es en esta Ley, entre sus disposiciones adicionales, donde se regula la aportación al Tesoro Público. Desde esta primera regulación, el régimen jurídico de la aportación al Tesoro Público ha sufrido diversas modificaciones a las que se va a hacer referencia seguidamente, ampliando de manera gradual su ámbito de aplicación, hasta llegar al texto vigente, que contiene el RDL 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.

La disposición adicional, que desarrollaba la aportación en cuatro números, establecía que la aportación se realizaría tomando como referencia el importe de las prestaciones y

¹⁵⁰ Recomendaciones del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo (Ministerio de Empleo y Seguridad Social – Madrid 2011).

el subsidio por desempleo de los trabajadores de cincuenta o más años de edad afectados por el expediente de regulación de empleo, incluyendo el coste de Seguridad Social.

Aunque los efectos se retrotraían al 27 de abril de 2011, coincidiendo con los primeros efectos de la reestructuración que acometía Telefónica, su entrada en vigor quedaba condicionada a un desarrollo reglamentario, donde también se concretase el porcentaje que correspondería de la aportación en función del número de trabajadores mayores de cincuenta años afectados.

En su redacción originaria, la aportación al Tesoro quedaba definida por la concurrencia de los siguientes elementos:

- Que la empresa o el grupo de sociedades contara con una plantilla de más de 500 trabajadores.
- Que el despido afectase a más de 100 trabajadores en un período de referencia de tres años, con independencia de las personas de cincuenta años incluidas.
- Que la empresa, o el grupo al que la misma pertenecía, hubiera obtenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a la autorización del expediente de regulación de empleo. Para considerar que una empresa contabiliza beneficios, se toma como referencia lo establecido en el RD 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, de manera que si el resultado era positivo, se concluía que sí existían beneficios.
- Que la decisión extintiva de la empresa incluyera a trabajadores de cincuenta o más años, con independencia del número, siempre que estos no hubieran sido objeto de recolocación en los seis meses siguientes.

Para el cálculo se tomaba en consideración el importe de las prestaciones y subsidios por desempleo de las personas trabajadoras de cincuenta o más años de edad afectados por el expediente de regulación de empleo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por SEPE. El importe era determinado en esta primera versión según

una escala en función del número de personas trabajadoras de la empresa, del número de personas de cincuenta años o más afectadas por el despido colectivo y de los beneficios de la empresa, quedando todo ello emplazado a un desarrollo reglamentario.

Respecto a su destino, podrían ser destinadas “total o parcialmente” a generar créditos para la financiación de políticas activas de empleo de las personas de más edad.

4.2 Disposición Final 4ª del RDL 3/2012

Como es conocido, el RDL 3/2012, de 12 de febrero, acomete una profunda reforma en nuestro modelo de Derecho del Trabajo, tanto en su vertiente individual como colectiva.

Es en ese año, cuando la crisis económica que había comenzado cuatro años antes asola con sus peores acometidas, destruyendo diariamente miles de puestos de trabajo en un sistema de relaciones laborales al que se tildaba de ser demasiado rígido y, por ello, de no conseguir adaptarse a un entorno de inseguridad e incertidumbre.

El Ejecutivo elegido tras las elecciones de noviembre de 2011 cuenta con el respaldo de la mayoría absoluta para llevar a cabo la reforma laboral, que –entre otras medidas– reduce el importe de la indemnización por despido improcedente, relaja los elementos que determinan la apreciación de la concurrencia de las causas, pero no los requisitos formales del despido objetivo, fomenta los instrumentos de flexibilidad interna en la empresa, suprime (como ya ha sido expuesto en el apartado correspondiente) la autorización administrativa previa a la ejecutividad de los despidos colectivos, declara la primacía del convenio de empresa sobre el convenio sectorial o establece fecha de caducidad para la ultraactividad de los convenios colectivos.

La aportación al Tesoro Público también es modificada en este contexto de reformas, dedicando a la misma la Disposición Final (DF) Cuarta, en cuya virtud desaparece el requisito de que el número de afectados alcanzase a más de 100 personas trabajadoras.

Además, junto al abono de las prestaciones, subsidios y cotizaciones abonados a los trabajadores mayores de cincuenta años, se adicionaba un canon fijo por cada trabajador

que hubiera agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo y fuese acreedor del subsidio para trabajadores mayores de cincuenta y dos años. Además de las propias causas del despido colectivo que activan la aportación al Tesoro, se hace referencia a todas aquellas que obedezcan a la iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo, en virtud de motivos no inherentes a la persona trabajadora distintas de las referidas en el apartado c) del art. 49 del ET (por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato), siempre que las extinciones se hayan producido en los tres años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo.

La redacción de la DA decimosexta es más completa que su predecesora, ya que precisa que la aportación se calculará de año a año dentro del período previsto para la realización de los despidos, así como que los beneficios de la empresa o del grupo se cuantificarán en función del porcentaje medio de los mismos respecto de los ingresos obtenidos en los dos ejercicios inmediatamente anteriores al ejercicio en el que el empresario comunica a la autoridad laboral la apertura del período de consultas del despido colectivo.

Así las cosas, la comunicación de la apertura del período de consultas adquiere una importancia decisiva, ya que el número de trabajadores que será tomado en consideración para saber si se reúnen los requisitos objetivos o no, son aquellos que figuren dados de alta precisamente cuando se comunica a la autoridad laboral la apertura del período de consultas previo a la ejecución del despido colectivo.

Como novedad respecto a la regulación anterior, y ante el riesgo de que la desaparición de la empresa pueda conllevar que no se liquide el montante que corresponda de la aportación al Tesoro, el número séptimo de la DA decimosexta faculta a que puedan ser adoptadas medidas cautelares para asegurar el cobro de la deuda, cuando el despido colectivo conlleve la cesación total de actividad de la empresa en territorio español.

Concretando más la mención de la anterior versión de la DA decimosexta, el número octavo obliga a que al menos el 50% de las cantidades recaudadas en el ejercicio inmediatamente anterior se destinen a financiar acciones y medidas de reinserción laboral

específicas para el colectivo de trabajadores mayores de 50 años en situación legal de desempleo.

Señaladas las novedades que aporta esta versión de la DA decimosexta, una y otra versión coinciden en encomendar su ejecutividad a un ulterior desarrollo reglamentario y a que la entrada en vigor se retrotraiga a los procedimientos de despido colectivo iniciados a partir del 27 de abril de 2011.

4.3 Ley 3/2012

La regulación de la DA decimosexta que contiene la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, va mucho más allá de ratificar simplemente el texto que recogía el RDL del que trae causa, introduciendo fundamentalmente dos novedades de importancia práctica.

En primer lugar, amplía considerablemente el ámbito en el que puede operar la aportación al Tesoro Público, pues pasa de obligar a empresas o grupos con más de 500 trabajadores a compañías o grupos de empresas con más de 100 trabajadores, lo que acerca a la DA más al tejido productivo de nuestro país.

Y, en segundo lugar, aunque no menos importante, también será exigible, y así se regula en el apartado octavo de la DA decimosexta, que la aportación proceda cuando la empresa acometa medidas de regulación temporal de empleo que afecten a este colectivo de trabajadores, como paso previo a la extinción de contratos de trabajo.

En este punto, el legislador está aludiendo a los expedientes de regulación basados en la suspensión de los contratos de trabajo o en la reducción de jornada conforme a lo preceptuado en el artículo 47 ET, que implican el abono de la prestación por desempleo en la proporción que corresponda (bien íntegramente por la suspensión del contrato de trabajo o en la proporción de jornada en la que no se trabaja).

Frente a la proliferación de medidas de regulación temporal de empleo, que debían estar basadas en la coyunturalidad de la situación negativa de la empresa, pudo advertirse

que el expediente de regulación temporal de empleo en demasiadas ocasiones era la antesala de la extinción definitiva de los contratos de trabajo.

En consecuencia, la persona trabajadora consumía una prestación por desempleo limitada en el tiempo durante el expediente de regulación temporal de empleo, que nuevamente necesitaría en toda su integridad cuando el contrato se extinguiese y, el Estado debía soportar el coste de una prestación que se dilapidaba en una medida de reestructuración temporal que realmente no era coyuntural sino definitiva.

A la contradicción que encerraban las medidas temporales de regulación de empleo en un contexto socio-económico como el que estaba presente en nuestro país aquellos años, se sumaba también la circunstancia de que ya no intervenía la Autoridad Laboral, al suprimir la nueva regulación del art. 51 del ET la resolución que antes dictaba.

Por las razones apuntadas, parecía muy acertada la ampliación del supuesto de hecho en que resultaba de aplicación esta obligación empresarial, que lleva a cabo la Ley 3/2012, de 6 de julio.

Pese a lo indicado, avanzaban los meses y la DA decimosexta continuaba sin aplicarse, ya que seguía pendiente de un desarrollo reglamentario que dotase a la aportación del Tesoro de los instrumentos necesarios para su cumplimiento.

4.4 Artículo 10 del RDL 5/2013

El RDL 5/2013, de 15 de marzo, representa un paso más en la dirección de racionalizar y dotar de mayor sostenibilidad a la pensión de jubilación. Además de instrumentalizar diversos mecanismos para la lucha contra el fraude y prolongar las vidas laborales mediante el envejecimiento activo, modifica el régimen jurídico de la aportación al Tesoro Público.

En lo que interesa a este estudio, con dicha reforma se pretende cumplir más eficazmente con los objetivos sociales y presupuestarios para los que la aportación nace. Por un lado, busca desincentivar el despido de los trabajadores de cincuenta o más años únicamente por razón de su edad, quiere promover su recolocación, así como compensar

el impacto que estos despidos generan sobre el sistema público de protección por desempleo. El hecho de que se incluya en el bloque de este Real Decreto-Ley de medidas para luchar contra la discriminación por razón de edad es toda una declaración de intenciones en este sentido. Es por ello, que es posible sostener que, junto a la finalidad de velar por la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones se suma ahora otro objetivo, explícito, de lucha contra la discriminación por razones de edad de las personas maduras.

Como se señaló en páginas anteriores, ni el artículo 51 del ET ni el RD 1483/2012, de 29 de octubre amparan que la edad sea el criterio preferente para seleccionar a los trabajadores afectados por el despido colectivo. Por ello, resulta llamativo que el legislador luche contra la discriminación por razón de edad en los despidos colectivos recurriendo a la Aportación al Tesoro. Es decir, a diferencia de la opción que representa acudir al tipo sancionador del art. 8.12 LISOS¹⁵¹, reservado para las conductas discriminatorias en el entorno laboral, en este caso se prefiere desincentivar la decisión, en primer lugar, por el montante total que puede suponer la aportación al Tesoro y, si finalmente se acomete pese a todo, proceder a su recaudación mediante el procedimiento previsto.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, dentro de su Título IV, el artículo 10 del RDL 5/2013, de 15 de marzo, regula la cuarta versión de la aportación al Tesoro. Fiel al carácter

¹⁵¹ A cuyo tenor “Son infracciones muy graves: (...) 12. Las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad (...)”. En este punto, enlazando la DA decimosexta con el citado artículo de la LISOS, se ha cuestionado si ambos preceptos pueden concurrir en un mismo supuesto, en el sentido de que la aportación al Tesoro evidencia una discriminación por razón de edad que debe ser sancionada, o si exime de tal calificación. Realmente, cabe considerar que ambos preceptos siguen caminos paralelos y que obedecen a finalidades distintas, pero no entran en juego de manera conjunta necesariamente en todo despido colectivo donde la mayoría de las personas afectadas sean de 50 o más años. La DA decimosexta se aplica solo a las empresas con beneficios y no se enmarca dentro de una herramienta a gran escala para luchar contra la discriminación mediante la aplicación de diversos preceptos, entre los que se encontraría el 8.12 LISOS. ESTEBAN LEGARRETA, R., “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 finalidades”, cit. pág. 84.

dinámico que define a esta figura, la redacción presenta novedades frente a su antecesora procedente de la Ley 3/2012, de 6 de julio.

Comenzando por el ámbito al que alcanza la obligación, en la redacción anterior la aportación resultaba obligatoria para aquellas empresas o grupo de empresa que contase con más de 100 trabajadores e incluyeran dentro de los trabajadores afectados a mayores de 50 años, con independencia de su número.

Frente a ello, ahora se indica que la obligación surge 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. Enlazando este planteamiento con la Exposición de Motivos de la norma, se presume que existe discriminación por razón de edad cuando se constata dicha circunstancia.

Para evitar el fraude, serán tomadas en consideración tanto las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo como aquellas cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa del empresario en virtud de motivos no inherentes a la persona trabajadora distintos de los que prevé el art. 49.1.c) del ET, cuando tales extinciones se producen en los tres años anteriores o en el año posterior al despido colectivo.

La nueva redacción de la DA decimosexta contiene, por tanto, dos mecanismos de garantía que tratan de evitar la elusión de la aportación al Tesoro Público. El análisis del criterio temporal seguido a la hora de determinar los plazos, permite concluir que su fijación no ha sido caprichosa, antes bien, existen algunos precedentes legales en los que se opta por la misma solución, salvando –evidentemente- las distancias.

Respecto a la posibilidad de tomar en consideración los despidos anteriores a la reestructuración, cabe entender que –a la hora de acotar un plazo- se acoge un planteamiento similar al que contiene el art. 44.3 del ET en materia de sucesión de

empresa, que versa sobre la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario durante los 3 años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión¹⁵².

Por su parte, la referencia a mantener la obligación durante el año posterior, es una garantía que también resulta familiar. En efecto, por citar algunos ejemplos, el plazo general que establece el art. 59.1 del ET para el ejercicio de las acciones, a falta de disposición expresa es de un año. El mismo espacio de tiempo, concretamente un año tras la expiración del mandato, es el plazo que el art. 68 c) del ET prevé para mantener vigentes las garantías de los representantes de los trabajadores para que no sean despedidos ni sancionados como consecuencia de su actividad de representación.

Como se pondrá de manifiesto, el traslado a la práctica de este planteamiento que se añade ahora planteará no pocos interrogantes y muchas dudas interpretativas.

Sí que aporta mayor claridad la redacción de la DA decimosexta respecto a la aportación que debe ser llevada a cabo cuando la empresa ha tramitado previamente un expediente de regulación de empleo temporal que afecta a trabajadores de cincuenta o más años, siempre que no haya transcurrido más de un año entre 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. En este caso, la extinción del contrato de trabajo debe derivar de un despido colectivo o de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distinto de los previstos en el artículo 49.1.c) del ET.

Sobre la concurrencia de beneficios económicos, el art. 10 del RDL 5/2013, del 15 de marzo, establece dos posibilidades:

¹⁵² Art. 44.3 ET: “Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos intervivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.”

- 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.
- O bien que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos. Para ello, se tomará en consideración el período 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.

Como es posible advertir, los requisitos objetivos que activan o no la obligación cambian sustancialmente en esta redacción, tanto para acotar mejor el ámbito donde incide la aportación, como también al introducir criterios que traten de evitar la discriminación por razón de edad.

A lo indicado, se suma también que la cuarta versión de la DA decimosexta amplía el espectro de sujetos jurídicos obligados, ya que también alcanza a los organismos del sector público que no tengan la condición de Administración Pública¹⁵³. Esta ampliación a una parte del sector público resulta coherente con la posibilidad de que puedan acometer despidos colectivos¹⁵⁴.

Aunque de la propia redacción del art. 44 del ET podría inferirse, la redacción de la DA decimosexta aclara expresamente que el cambio de titularidad de la compañía no impedirá el mantenimiento de la obligación de realizar la aportación al Tesoro Público, quedando el nuevo empresario subrogado en la obligación.

Finalmente, esta versión de la DA decimosexta de la Ley 27/2011 afectará a los despidos colectivos que se inicien el 1 de enero de 2013. En consecuencia, los efectos ya no se retrotraen al 27 de abril de 2011, como en los casos anteriores. En este punto, es

¹⁵³ En la actualidad es preciso acudir al art. 3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

¹⁵⁴ El Título III del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, está dedicado a las particularidades de los despidos colectivos en el sector público.

preciso tener en cuenta que, en 2013, ya se encontraba desplegando sus efectos el desarrollo reglamentario de esta Disposición, el RD 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a cargo de las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años, lo que permitía que la regulación contenida en la Ley 3/2012, de 6 de julio pudiera ser plenamente de aplicación, con un ámbito y unos planteamientos muy distintos a los que se acaban de analizar. El hecho de que se superpongan diversas regulaciones con diferentes períodos de vigencia para la misma figura jurídica, genera una considerable controversia en la práctica y arroja muchas más sombras sobre una regulación por sí misma muy compleja¹⁵⁵.

En consecuencia, resultaba inevitable mantener dos regímenes distintos sobre la aportación al Tesoro Público, en función de la fecha de presentación del despido colectivo ante la Autoridad Laboral, bien desde la entrada en vigor del RD 1484/2012 o desde el 1 de enero de 2013.

4.5 Artículo 5 del RDL 16/2013

La redacción vigente de la DA decimosexta deriva del RDL 16/2013, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, ya que dentro de sus objetivos se encuentra completar y precisar la normativa en vigor sobre esta materia. Por ello, su art. 5 precisa qué ha de entenderse por grupo de empresas, remitiéndose a tales efectos a lo establecido en el art. 42.1 del Código de Comercio (CCom); si bien, el precepto advierte que, para la determinación del resultado del ejercicio solo serán tomadas en consideración los resultados obtenidos por las empresas en España.

4.6 El RD 1484/2012, de 29 de octubre

Para desarrollar la DA decimosexta, como continuación –numérica y material- del decreto que regula los despidos colectivos (RD 1483/2012, de 29 de octubre), el RD 1484/2012 se compone de 12 artículos, dos disposiciones transitorias para adaptar la

¹⁵⁵ STS 31 de octubre de 2017 (recurso 235/2016).

regulación a los despidos colectivos negociados antes de la entrada en vigor del Real Decreto y cinco disposiciones finales.

5. ELEMENTOS DE LA APORTACIÓN AL TESORO

Tras pasar revista a las diversas modificaciones que ha experimentado la redacción de la DA decimosexta, procede analizar la normativa vigente, que impone la obligación de llevar a cabo la aportación al Tesoro Público, cuando se reúnen los requisitos que pasamos a exponer a continuación.

5.1 Elemento objetivo: características de la empresa. Incidencia del grupo de empresas

Las empresas obligadas al pago deben contar con más de 100 o más personas trabajadoras. La plantilla, a estos efectos, no está referida solo al número de personas con los que cuenta la empresa en el momento en el que debe presentar el despido colectivo, sino que alcanza a todo el grupo de empresas.

A este respecto, conviene tener en cuenta que –a efectos laborales- el empresario real no es la sociedad considerada individualmente, sino todo el grupo de empresas. Esta noción de empresario también resulta aplicable en el despido colectivo¹⁵⁶. En efecto, el concepto de empresa previsto en la DA decimosexta de la Ley 27/2011 debe interpretarse en los mismos términos que el concepto de empresa previsto en el art. 51 del ET. La doctrina judicial sobre el grupo de empresas a efectos laborales resulta aquí aplicable¹⁵⁷, siendo incorporada esta noción amplia de empresario por el RD 1483/2012.

Ahora bien, no es necesario que exista un “elemento patológico” que determine la responsabilidad solidaria entre las empresas, para que sea incluido en este caso todo el grupo de sociedades a efectos del cómputo total de trabajadoras y trabajadores que han de servir de referencia y de tomar en consideración los restantes elementos que serán

¹⁵⁶ Informes de la DGE 249PGG (7 de marzo de 2014) y 250PGG (7 de marzo de 2014).

¹⁵⁷ Por todas, véase la STS 20 de junio de 2018 (recurso 168/2017).

expuestos. En este caso, el legislador tiene en cuenta la noción de empresa dominante obligada a formular cuentas anuales de todo el grupo, que recoge el art. 42.1 del CCom. El elemento decisivo será la noción contable de consolidación de cuentas. En efecto, como señala este precepto, toda sociedad dominante de un grupo de sociedades debe formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados. Así ocurre cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras sociedades. El legislador del CCom establece diversas presunciones favorables a la existencia de control:

- Cuando posea la mayoría de los derechos de voto.
- Cuando tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.
- Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.

En este último punto, en particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta.

Si existe un grupo laboral, este será entonces el sujeto obligado a pagar las aportaciones y también deberá considerarse el grupo laboral y no la empresa a la hora de determinar el cumplimiento de los requisitos que seguidamente vamos a exponer.

Esta noción del grupo de empresas tiene fundamentalmente dos implicaciones¹⁵⁸:

- Las empresas que no superen las 100 personas trabajadoras, cumplirán el requisito del tamaño siempre que pertenezcan a grupos de empresas que tengan 100 o más personas de acuerdo con el concepto del art. 42.1 del CCom, esto es, porque exista una sociedad dominante que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras sociedades.
- A los efectos de determinar el cumplimiento del requisito de obtención de beneficios previsto en el apartado 1.c) DA decimosexta, es de aplicación el concepto de grupo de empresas a que se refiere el art. 42.1 del CCom, si bien considerando únicamente los resultados obtenidos en España por las empresas integrantes del grupo, esto es, no computando los resultados obtenidos por las empresas del grupo fuera de España.

Sin perjuicio de los anteriores, procede cuestionarse si otros fenómenos de agrupación de sociedades también se encontrarían en una situación similar. En el caso de la unión temporal de empresas (UTE) así ocurre. En la medida en que puede contratar a sus propios trabajadores y puede realizar despidos colectivos que afecten a dichas personas trabajadoras, también puede ser sujeto obligado de las aportaciones económicas derivadas de dicho despido colectivo. A mayor abundamiento, una UTE puede estar participada por empresas que pertenezcan al mismo grupo, según refiere el ya citado art. 42.1 del CCom.¹⁵⁹.

A la hora de analizar esta obligación, por el volumen de la empresa o grupo de empresas que tiene la obligación de efectuar el ingreso, se hace referencia a compañías que habitualmente suelen estar caracterizadas por su gran volumen y que, en muchas ocasiones, son filiales de empresas extranjeras o cuentan con delegaciones fuera de

¹⁵⁸ Informe de la DGE 241PGG (7 de marzo de 2014), 243PGG (7 de marzo de 2014) y 250PGG (7 de marzo de 2014).

¹⁵⁹ Informe de la DGE 258PGG (7 de marzo de 2014).

nuestro país. En consecuencia, cabe preguntar también si, a efectos del cómputo de las 100 personas trabajadoras han de sumar quienes se encuentran en las empresas o centros de trabajo fuera de España.

Pues bien, dado que el apartado 1 de la DA decimosexta analizada no excluye del cómputo de la plantilla del grupo de empresas a la plantilla que trabajen fuera de España, se considera que, siempre que se trate de un grupo de empresas que encaje en el concepto establecido en el artículo 42.1 del CCom, estos trabajadores sí deben ser incluidos¹⁶⁰.

Por otro lado, si la empresa ha sido declarada en concurso de acreedores y debe realizar una extinción colectiva, se cuestiona si en estos casos procede o no la aportación al Tesoro, entendiendo que (hasta la eventual fase de liquidación si no es posible alcanzar un convenio con los acreedores) sigue desarrollando su actividad, aunque sea en una situación de continuidad que ha sido denominada como “estática”¹⁶¹. A este respecto, la disposición adicional está referida al art. 51 del ET y no al procedimiento de extinción colectiva que regulan los arts. 169 y ss. del RD Leg 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (LC)¹⁶². En las páginas siguientes se reflexionará sobre un supuesto muy habitual en la práctica de las reestructuraciones: la procedencia de la aportación si la empresa se encuentra en la fase de acuerdo extrajudicial con los acreedores (arts. 583 y ss. de la LC).

5.2 Elemento subjetivo: personas trabajadoras mayores de 50 años

5.2.1 Extinciones incluidas y excluidas del cómputo

La normativa se refiere a un porcentaje de personas trabajadoras de cincuenta o más años afectados, superior al total de personas de cincuenta o más años en la plantilla. Dichas extinciones pueden derivar no solo de la afectación estas trabajadoras y

¹⁶⁰ Informe de la DGE 362PGG (21 de enero de 2015).

¹⁶¹ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Crisis empresariales y concurso”, en AA.VV., *Reestructuraciones empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, pág. 157.

¹⁶² Informe de la DGE 237PGG (26 de junio de 2014).

trabajadores al despido colectivo, sino de otras extinciones, acaecidas en los tres años anteriores y el año posterior al despido colectivo, por iniciativa de la empresa por motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los que resultan del vencimiento lícito del contrato temporal [art. 49.1. c) del ET]. Por ello, es importante tener presente que este requisito puede ser exigible conforme a última versión de la DA decimosexta, aunque el despido colectivo no incluya a trabajadores mayores de cincuenta años¹⁶³.

Este elemento enlaza directamente con las medidas de reacción del ordenamiento jurídico frente a la discriminación por razón de edad a las que se ha hecho referencia en el Primer Capítulo, exigiéndose la aportación únicamente a las empresas que a la hora de despedir discriminen por razón de la edad. A diferencia de lo que ocurre con otras causas de discriminación, en este caso, la decisión no es declarada nula, pero conlleva el pago de la aportación.

A diferencia de las redacciones anteriores, el RDL 5/2013 modifica el título de la DA decimosexta, la cual antes llevaba por título "Despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años en empresas con beneficios", y ahora "Aportaciones económicas por despidos que afecten a personas trabajadoras de cincuenta o más años en empresas con beneficios". En consecuencia, se suprime la necesidad de que las personas trabajadoras mayores de cincuenta años sean afectadas específicamente por el despido colectivo. Lo relevante es que en el periodo señalado la proporción de trabajadoras y trabajadores de cincuenta o más años objeto de todas las extinciones que se computan de acuerdo con el apartado 1.b) DA decimosexta, sea superior a la proporción que las personas trabajadoras de esa edad representan en la plantilla de la empresa.

Como se ha indicado, se computarán las extinciones producidas en los tres años anteriores (como se expuso, con el límite del 27 de abril de 2011) o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo, siempre que sean "a iniciativa de la

¹⁶³ Informes de la DGE 241PGG (7 de marzo de 2014) y 260PGG (7 de marzo de 2014).

empresa" y en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) el ET.

Dado que esta expresión proviene del artículo 51 del ET, que incluye estas extinciones en el cómputo de las extinciones consideradas a efectos de superar los umbrales que configuran un despido colectivo, tal expresión debe ser interpretada de acuerdo con la doctrina jurisprudencial emitida en esa materia¹⁶⁴.

Siguiendo la interpretación dada por los Tribunales, quedarían excluidas del cómputo:

- Las extinciones producidas en virtud de traslado o modificación sustancial de condiciones de trabajo en el ejercicio de la opción de rescisión del contrato de trabajo por parte de la trabajadora o el trabajador prevista en los artículos 40 y 41 del ET, por no responder a una iniciativa de la empresa, sino a la voluntad de la persona trabajadora ante una conducta lícita del empresario.
- Los despidos objetivos por causas objetivas distintas de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del artículo 52.c) del ET, siempre que resulten procedentes, derivadas de la ineptitud de la persona trabajadora, la falta de adaptación de la persona trabajadora a las modificaciones técnicas del puesto de trabajo, o las faltas de asistencia al trabajo aun justificadas pero intermitentes, que se consideran despidos por motivos inherentes a la persona del trabajador, relacionados con su capacidad.
- En general, las extinciones no indemnizadas por mutuo acuerdo, en tanto no se producen por iniciativa de la empresa.
- Los despidos disciplinarios declarados procedentes por deberse a causas inherentes a la persona del trabajador.

¹⁶⁴ Informes de la DGE 362PGG (21 de enero de 2015), 241PGG (7 de marzo de 2014), 243PGG (7 de marzo de 2014), 250PGG (7 de marzo de 2014), 255PGG (7 de marzo de 2014) y PGG (14 de abril de 2015).

- Aunque es una cuestión sobre la que pueden haber diversas interpretaciones, en lo que concierne a los despidos disciplinarios no recurridos judicialmente por el trabajador, mantendrán la calificación de disciplinarios y, por tanto, serán considerados como extinciones por motivos inherentes a la persona del trabajador, no debiendo computarse a efectos del cálculo de la aportación.

Por el contrario, los despidos objetivos por las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción a que se refiere el artículo 52.c) del ET, se consideran debidos a motivos no inherentes a la persona del trabajador, sean procedentes o improcedentes, y, por tanto, quedarían incluidos en el cómputo.

Igualmente, las extinciones producidas por resolución judicial como consecuencia de un incumplimiento grave del empresario en virtud del artículo 50 del ET, computan para determinar si resulta exigible la aportación al Tesoro Público, puesto que, aunque se producen a instancia del trabajador, traen en realidad su causa de un incumplimiento del empresario.

Por tanto, este tipo de extinciones sí que se sumarán a las que lleve aparejadas el despido colectivo, a los efectos de calcular el porcentaje de trabajadores afectados mayores de cincuenta años frente a los no afectados.

Llegados a este punto, surge el interrogante de saber si también deben computar las personas trabajadoras mayores de cincuenta años afectadas anteriormente por otro despido colectivo. El criterio es diferente según que la fecha de inicio de los despidos colectivos previos sea anterior o posterior al 1 de enero de 2013, ya que el RDL 5/2013 introdujo un nuevo requisito para exigir la aportación: el porcentaje del apartado 1.b), que únicamente es de aplicación a los despidos colectivos iniciados a partir del 1 de enero de 2013, de acuerdo con el apartado 14 de la DA decimosexta de la Ley 27/2011.

Así pues, se considera que una empresa que realice un despido colectivo posterior al 1 de enero de 2013 y también haya realizado despidos colectivos anteriores al 1 de enero de 2013, no deberá tener en cuenta, ni a efectos del cálculo del porcentaje del apartado

1.b) ni a efectos del cálculo de la aportación del apartado 2, las extinciones producidas en los tres años anteriores al inicio del despido colectivo que sí es posterior al 1 de enero de 2013. Y ello porque a los despidos colectivos anteriores a 2013 ya se les ha aplicado la redacción de la DA decimosexta que estaba vigente en el momento de su inicio y, en caso de que el despido colectivo cumpliera los requisitos exigidos por dicha redacción para el pago de la aportación, estas extinciones ya habrían sido computadas con los efectos que correspondieran según la redacción de la citada disposición en vigor en ese momento, por lo que no procede volver a computarlas ahora.

En el caso de que los despidos colectivos anteriores al despido colectivo que se pretende realizar, se hubieran iniciado como fecha de efectos posterior a 1 de enero de 2013, sí deberán computarse las personas afectadas por los mismos y las otras extinciones por iniciativa de la empresa por motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del ET en los tres años anteriores o el año posterior al despido colectivo, tanto a efectos del cálculo del porcentaje del apartado 1.b) DA decimosexta como del cálculo de la aportación del apartado 2, salvo que la empresa ya hubiera pagado aportaciones por las extinciones derivadas de dicho despido colectivo anterior, en cuyo caso, se computarán las extinciones a efectos del cálculo del porcentaje, pero en ningún caso a efectos del cálculo de la aportación, de manera que la empresa no tendrá que volver a pagar aportaciones por las mismas extinciones¹⁶⁵.

5.2.2 Personas trabajadoras de la empresa y del grupo de sociedades

Cuando el apartado 2 de la DA decimosexta habla de que los contratos de trabajo se hayan extinguido “por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo”, expresa de forma clara que la voluntad del legislador es la de tomar como referencia el grupo empresarial en su conjunto para considerar si concurren los requisitos mínimos de plantilla que determinan la procedencia de la aportación.

¹⁶⁵ Informes de la DGE 243PGG (7 de marzo de 2014) y 287PGG (30 de mayo de 2014).

Es cierto que puede existir cierta incongruencia cuando en la escala que determina la cuantía de la aportación basada en el total de personas trabajadoras, número de despidos de personas con cincuenta o más años y el porcentaje de beneficios sobre ingresos se habla de “trabajadores de la empresa” (y no del grupo de empresas) y porcentaje de beneficios “de la empresa”, pero lo expuesto no determina que para el cómputo solo proceda el cálculo de las personas trabajadoras de la empresa si se atiende a la finalidad y se realiza una interpretación global de la DA decimosexta teniendo en cuenta el resto de su contenido. Así el número 5 de la disposición configura una serie de reglas que evidencian de forma clara que el análisis se realiza desde el grupo de empresas. Sobre todo, especialmente revelador es el apartado d) cuando señala que el número de personas trabajadoras “de la empresa o grupo de empresas” se calculará según los que se encuentren en alta “en la empresa o grupo de empresas” al inicio del procedimiento de despido colectivo, con independencia de si su trabajo se presta a jornada completa o a jornada parcial. Por ello, mientras que el apartado 4 toma como unidad de referencia a la empresa, el siguiente apartado, que detalla las reglas de aplicación, de manera clara alude a la empresa o al grupo, tanto al hacer referencia a los beneficios como a la forma de calcular el número de personas trabajadoras.

Por ello, pese a las contradicciones, se considera¹⁶⁶ que cuando la empresa que acomete el despido colectivo forma parte de un determinado grupo, se ha de estar al total de personas trabajadoras “de la empresa o grupo de empresas”.

Tal conclusión es confirmada por el desarrollo que ofrece el RD 1484/2012. En su art.2. a), dentro del ámbito de aplicación, expresamente declara que su regulación resulta aplicable a las empresas que acometan despidos colectivos de más de 100 personas trabajadoras, “o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores”. Además, en el apartado 4., dedicado al establecimiento del tipo para la determinación del importe de las aportaciones, nuevamente recuerda en su apartado d) la regla que establece el apartado 5 de la DA decimosexta sobre el número de

¹⁶⁶ STS 31 de octubre de 2017 (recurso 235/2016).

personas trabajadoras a tener en cuenta a los efectos de la aportación, será calculado según los que se encuentren de alta en la empresa “o en el grupo de empresas”.

5.2.3 Momento en el que debe ser determinado el porcentaje

El porcentaje de personas trabajadoras de cincuenta o más años despedidos sobre el total de personas despedidas se calcula una sola vez en el momento en que la empresa debe aportar el certificado a la autoridad laboral competente (apartado 7 de la DA decimosexta y el art. 2.2 del RD 1484/2012).

El momento será diferente según que la empresa haya obtenido beneficios en los dos ejercicios anteriores al despido colectivo o en dos ejercicios consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio anterior y los cuatro siguientes, de acuerdo con el apartado 7 de la disposición adicional decimosexta). El porcentaje no varía, aunque el periodo previsto para la realización de los despidos sea más amplio. De hecho, no es infrecuente pactar en los despidos colectivos un calendario de ejecución de los despidos a lo largo de un determinado plazo, frente a la posibilidad de que la fecha de extinción sea la misma en todos los casos.

A los exclusivos efectos del cálculo del porcentaje, la previsión legal sobre cómputo del número de personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo y al número de personas de cincuenta o más años afectados por el despido colectivo, debe interpretarse así¹⁶⁷:

- En caso de que, a la fecha en la que la empresa deba presentar el certificado ante la autoridad laboral, haya concluido el periodo previsto para la realización de los despidos, para determinar las cifras a que se refieren las letras f) y g) del artículo 5.2 del RD 1484/2012 (número de personas afectadas por el despido colectivo y número de trabajadoras y trabajadores de 50 o más años afectados por el despido colectivo), la empresa deberá tener en cuenta el número de personas que hayan sido efectivamente despedidas dentro del periodo previsto para los despidos. En

¹⁶⁷ Informes de la DGE 239PGG (20 de diciembre de 2013) y 287PGG (30 de mayo de 2014).

relación con el número de trabajadores de 50 o más años afectados, se computarán aquellos que hayan sido despedidos dentro de ese periodo y tengan cumplida dicha edad a la fecha de extinción de su contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.a) del RD¹⁶⁸.

- El tratamiento sería diferente en el supuesto de que el periodo previsto para la realización de los despidos no hubiera concluido a la fecha de emisión de dicho certificado, en cuyo caso, se considerará como personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo a que se refiere tanto el apartado 1.b) de la DA y el art. 5.2.f) del RD 1484/2012:
 - a) A quienes figuran en la comunicación a la Autoridad Laboral de la decisión empresarial de despido colectivo, y la plantilla de 50 o más años afectada por el despido colectivo señalados en la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011 y en el art.5.2.g) del RD 1484/2012.
 - b) A quienes hayan sido efectivamente despedidos hasta entonces; así como a aquellos que vayan a ser despedidos en el periodo que resta para cumplir el periodo máximo previsto de realización de los despidos.
- En el caso de un despido colectivo que se materializa a través de un plan de adhesión voluntaria, atendiendo a una interpretación teleológica de la norma basada en su espíritu y finalidad, que pretende que el certificado sirva para que la Administración conozca si la empresa cumple los requisitos para quedar obligada al pago de la aportación, debemos interpretar el cómputo del plazo de tres meses de presentación del certificado previsto en el apartado 7.a), en el sentido de que debe diferirse al momento en que la empresa conozca estos datos, es decir, a la

¹⁶⁸ Informe de la DGE de fecha 5 de septiembre de 2013.

finalización del plan de adhesión voluntaria, pues solo entonces el certificado podrá cumplir la finalidad que la norma persigue con su establecimiento¹⁶⁹.

Dentro de estas reflexiones, también cabe plantearse el supuesto de la empresa que lleve a cabo la tramitación de un despido colectivo que afecta a más de 100 personas trabajadoras, no entregando la comunicación de despido finalmente a quienes estaban incluidas en el listado¹⁷⁰. Ante este supuesto, el SEPE ha considerado que sí procedía la aportación al Tesoro, puesto que el listado de personas potencialmente afectadas alcanzaba esa cifra. Frente a ello, se ha considerado que las extinciones deben ser efectivas. Se debe recordar que en un despido colectivo la empresa solicita la extinción de determinados puestos de trabajo, pero finalmente puede hacer uso esa facultad o no. Hasta la reforma laboral de 2012, la resolución de la autoridad laboral facultaba para acometer las extinciones, desde el RD 1483/2012, la empresa cuenta con un plazo de caducidad de quince días. En ambos casos, el listado de extinciones definitivas es una opción de la empresa, como si finalmente no extingue los contratos de trabajo.

Para la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, el enfoque y sentido interpretativo que ha de darse a la norma, en lo atinente al requisito de que las extinciones autorizadas afectan al menos a 100 trabajadores, es el que corresponde y es propio de su significado, que la persona afectada siempre será aquella la que le incumbe o concierne la decisión extintiva, es decir, que hayan sido real y materialmente despedidos, no todos los que la resolución autoriza a despedir, que luego pueden no serlo, en virtud acuerdo o cualquier circunstancia sobrevenida. El caso analizado por esta sentencia derivada de un ERE anterior a la reforma de 2012, donde todavía la reestructuración era autorizada por una resolución. La misma hacía posible la extinción de un máximo de 110 contratos de trabajo, que quedaron limitados a 98 contratos extinguidos. Por ello, cuando la norma requiere que el despido "afecte a más de 100 personas trabajadoras" no debe de entenderse

¹⁶⁹ Informe de la DGE 386PGG (30 de abril de 2015).

¹⁷⁰ Problemática abordada por la STSJ Madrid 3 de febrero de 2020 (recurso 1066/2019), que es confirmada por la STS 22 de septiembre de 2021 (recurso 75/2020).

con referencia a que en la resolución que autorice el correspondiente despido colectivo debe incluir al menos a 100 personas trabajadoras. De no ser así, podría darse el caso de que, estableciéndose en la resolución que autoriza el despido un número de personas trabajadoras potencialmente afectados en número de 100 o más, la extinción afectara posteriormente a muchos menos, con lo que la exigencia de ingreso de la cantidad objeto de la liquidación en el Tesoro Público carecería realmente de sentido y razón, tomando en consideración la forma en la que está planteada esta institución jurídica.

5.2.4 Trabajadores de reciente incorporación

Dentro de la diversa casuística que provoca la incorporación de personas trabajadoras mayores de cincuenta años al despido colectivo y su incidencia para que pueda operar la aportación al Tesoro, es plausible preguntar qué aportación representaría la afectación de una trabajadora o un trabajador de reciente contratación en la empresa que lleva a cabo el despido colectivo. Para ello, se debe tener en cuenta que el desempleo que le corresponda, procederá muy probablemente de cotizaciones en otras compañías, con una vinculación anterior a la de la empresa que le despide.

En este caso, la persona en cuestión ha de computar a todos los efectos (cumplimiento de requisitos, tipo aplicable y cuantía abonada como prestación) a la hora de tramitar la correspondiente liquidación, ya que el apartado 3 de la DA decimosexta establece que el importe de la aportación se determina sobre la cuantía abonada por el SEPE por prestaciones por desempleo contributivas a los trabajadores de cincuenta o más años afectados por los despidos, generados total o parcialmente en virtud de las cotizaciones acreditadas en la empresa que promovió su despido.

De esta forma, siempre que se haya producido cotización al desempleo en la empresa que realiza el despido colectivo, aunque sea por un tiempo menor que en otra empresa anterior en la que hubiera prestado sus servicios con anterioridad, la liquidación incluye a la persona en cuestión con la totalidad de las cantidades abonadas por desempleo al mismo. En este sentido, no se prorratea la cantidad abonada en base a las cotizaciones efectivamente realizadas por desempleo con cargo a la empresa que realiza el ERE.

5.2.5 Exclusión de personas trabajadoras recolocadas

La DA decimosexta establece que no formarán parte del cómputo aquellas personas trabajadoras transcurridos seis meses desde la extinción de su contrato (inicialmente en la enmienda del Grupo Socialista el plazo era de 3 meses como ya se ha expuesto). Ahora bien, la exclusión determina que no sean abonadas esas aportaciones, pero la persona trabajadora mayor de cincuenta años sigue contando a efectos del cómputo¹⁷¹.

Para que una persona de cincuenta o más años despedida se considere recolocada y, por tanto, pueda no estar incluida en la base de la aportación las prestaciones y subsidios por desempleo que perciba, deben cumplirse los requisitos previstos en el apartado 2 de la DA decimosexta y los arts. 3.1 y 6.3. del RD 1484/2012. Por tanto, la recolocación debe producirse dentro del plazo de 6 meses desde la extinción, siendo carga de la empresa acreditar en el trámite de alegaciones, una vez iniciado el procedimiento de liquidación de la aportación por el SEPE. “Únicamente” se entenderá realizada la recolocación a tal fin cuando esta se haya producido, además de en el plazo de seis meses siguientes ya apuntado, mediante un trabajo de análoga naturaleza y con una jornada de trabajo equivalente a la que tenía en el contrato extinguido y cuya duración haya alcanzado, al menos, los tres años (salvo que se extinga por despido disciplinario declarado procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente, total, absoluta o gran invalidez). Así lo han confirmado los Tribunales, de manera que la recolocación con contratos suscritos con condiciones distintas o de breve duración no puede ser considerada una recolocación que conduzca a la exclusión de esas aportaciones¹⁷².

La empresa únicamente deberá efectuar las aportaciones por las prestaciones de desempleo efectivamente abonadas por el SEPE (o por el canon fijo si accediera directamente al subsidio por desempleo), de manera que si la persona trabajadora es recolocada pasados 6 meses desde la extinción de su contrato, la aportación se calculará

¹⁷¹ Informe de la DGE 243PGG (7 de marzo de 2014), 250 PGG (7 de marzo de 2014).

¹⁷² STS 9 de mayo de 2018 (recurso 110/2017) y STSJ Madrid 6 de julio de 2016 (recurso 144/2016).

en función de las prestaciones que hayan sido efectivamente percibidas desde la situación legal de desempleo hasta la finalización de dicha situación por haber sido recolocada, y no las que tuviera derecho a percibir pero no hubiera percibido efectivamente. Si la recolocación se produce dentro de los seis meses en los términos y condiciones que requiere la DA decimosexta y el RD 1484/2012, la empresa no tiene que abonar las prestaciones que se generen desde el despido hasta el vencimiento de este plazo. Se trata de una alegación que debe realizar y que debe acreditar.

5.3 Obtención de beneficios

La DA decimosexta señala que la empresa 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, o bien 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.

En consecuencia, los beneficios pueden contabilizarse:

- Cuando se realiza el despido colectivo, ya que el mismo puede estar basado en causas organizativas, productivas o técnicas (no es necesario que siempre esté presente la causa económica pese a ser la más frecuente para este tipo de medidas).
- En los dos ejercicios económicos anteriores.
- Una vez se aplica el despido colectivo, aunque la empresa no haya cerrado con beneficios sus ejercicios con anterioridad, el devenir económico posterior de la misma puede activar la obligación, si los beneficios están presentes en dos ejercicios económicos consecutivos durante los cuatro ejercicios económicos posteriores a la reestructuración.

La norma 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 RD 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad, o en la normativa contable que resulte de aplicación, sea positivo, con independencia del valor. Esto es, un beneficio contabilizado en un euro, por ejemplo, ya podría determinar la procedencia de la aportación.

Los beneficios indicados están referidos a los que puedan ser obtenidos en España, tanto si la empresa es de nuestro país o de un grupo multinacional¹⁷³. Por tanto, para determinar si un grupo de empresas ha obtenido beneficios, esto es, un resultado positivo (con exclusión de los resultados obtenidos fuera de España), se deberá acudir a los estados contables que mejor acrediten este resultado en Derecho, para lo cual se debe prestar atención a lo previsto en el CCom y en la restante legislación mercantil sobre las cuentas de los grupos de empresas, que obliga a las sociedades dominantes de los grupos de empresas a formular cuentas consolidadas salvo en determinados supuestos.

De todo ello se deduce que, en los casos en que se registren cuentas consolidadas, deben ser estas las que acrediten el resultado del ejercicio y, en los casos en que exista dispensa de formular cuentas consolidadas, deberá acudirse a las cuentas individuales de cada empresa del grupo. En ambos casos, únicamente computarán los resultados obtenidos en España por las empresas que lo integran, tal y como se ha apuntado.

El alcance que el legislador otorga a los beneficios ha generado ciertas controversias en la práctica, en concreto sobre si solo han de computar los beneficios de la empresa afectada por el despido colectivo y no los del grupo. Los Tribunales¹⁷⁴ se han pronunciado sobre la dimensión de los beneficios en un grupo de empresas. En punto de arranque se ha encontrado en la impugnación judicial de las liquidaciones practicadas por el SEPE correspondientes a las aportaciones al Tesoro cuando la empresa se inserta dentro de un grupo. En algunos casos, las empresas que componen el grupo pueden contabilizar de

¹⁷³ Informe de la DGE 250 PGG (7 de marzo de 2014).

¹⁷⁴ SSTS 9 de mayo de 2018 (recurso 7/2018), de 29 de marzo de 2017 (recurso 133/2016) y de 17 de noviembre de 2016 (recurso 51/2016).

manera separada beneficios los dos años anteriores a la presentación del despido colectivo, pero cuando se inicia el despido colectivo, el escenario en conjunto puede ser de pérdidas al consolidar cuentas todas las empresas. Ante esta realidad, es factible que la dirección del grupo de empresas pueda interpretar que no se cumplen los requisitos para realizar la aportación. No obstante, la Dirección General de Empleo (DGE) mantiene para estos casos un criterio distinto y, actuando de oficio, puede remitir las actuaciones al SEPE, quien puede comprobar que sí se cumplían los requisitos a la vista de la documentación económica que necesariamente debe acompañar la solicitud de despido colectivo. El debate jurídico de las sentencias que han analizado este supuesto se ha centrado en saber si concurría o no la noción de “beneficios” que contempla en sus diferentes versiones la disposición adicional. La representación del grupo de empresas argumentaba que las pérdidas consolidadas del grupo hacían irrelevante que alguna de las empresas que lo integraba contabilizase beneficios de manera aislada. Frente a ello, el Alto Tribunal ha acuñado una doctrina partidaria de que se debe estar al tenor literal del apartado de la disposición, sosteniendo que procede la aportación si “las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran sumado beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en el que el empresario inicia el procedimiento del despido colectivo”. En consecuencia, la conjunción “o” propiciaba que los beneficios, bien en el nivel de las empresas o bien en el consolidado del grupo, pusieran en marcha esta obligación. La conjunción "o" indica que la condición de obtención de beneficios se refiere alternativamente a la empresa o al grupo de empresas. Es decir, al no realizar ninguna precisión el legislador, se sigue un criterio amplio, por lo que basta con que uno de los dos sujetos haya obtenido beneficios para que se cumpla este requisito. En consecuencia, la obligación nace, tanto si la empresa obtiene beneficios pero el grupo no, como si la empresa tiene pérdidas pero el grupo contabiliza beneficios, se cumplirá este requisito¹⁷⁵. Esta interpretación que avala el Tribunal Supremo enlaza con la noción de la aportación que se ha venido indicando, como medida que desincentiva este tipo de despidos colectivos, que quiere compensar el coste que supone para las arcas públicas la

¹⁷⁵ Informe de la DGE 250 PGG (7 de marzo de 2014).

expulsión de un colectivo de personas trabajadoras especialmente vulnerable y de difícil empleabilidad y como instrumento para luchar contra la discriminación por razón de edad. No obstante, se ha llegado a sostener que, tal vez, el legislador realmente no pretendía que los beneficios consolidados del grupo repercutieran en la empresa que contabiliza pérdidas, no obstante, los Tribunales han optado por la noción amplia de beneficios¹⁷⁶.

Más complejo es el supuesto de una empresa en situación de concurso que forma parte de un grupo de empresas que no está afectado por la insolvencia. En este punto, como habrá ocasión de analizar seguidamente, la obtención de beneficios antes o después de la situación de concurso, y eventual liquidación de la compañía, es un hecho relevante. Así, si la empresa antes del concurso había contabilizado beneficios y se da el número de trabajadores que determina el nacimiento de la obligación (de manera individual o por cómputo de los trabajadores del grupo de empresas), la situación de insolvencia y la liquidación no serán óbice para cumplir con la obligación derivada del despido colectivo dentro del marco legal del art. 51 ET.

Por tanto, el momento a tener en cuenta es el de la tramitación del despido colectivo. Si la empresa cumple con todos los requisitos, incluyendo la obtención de beneficios en los dos ejercicios anteriores, sí estaría obligada a pagar la aportación, aplicándose las reglas correspondientes de responsabilidad en el pago de las obligaciones de Derecho Público en caso de liquidación de empresas¹⁷⁷.

En conclusión, cabe señalar que, en primer término, la empresa únicamente deja de ser sujeto pasivo tras la liquidación en caso de que en el momento de la liquidación no hubiera cumplido los requisitos exigidos por la DA decimosexta. Y, de otro lado, que, tras la liquidación y disolución de la empresa que realizó el despido colectivo, ya no procede tener en cuenta los beneficios futuros del antiguo grupo de empresas al que la

¹⁷⁶ LÓPEZ CUMBRE, L., “Biografía laboral en el contrato de trabajo”, en ESCUDERO PRIETO, A. (dir.) y ALONSO BRAVO, M. (coord.), *Los nuevos perfiles del Estado social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*, cit., pág. 195.

¹⁷⁷ Informe de la DGE 303 PGG (20 de junio de 2014).

empresa pertenecía antes de ser liquidada, puesto que tras la liquidación ya no existe la empresa y, por tanto, ya no pertenece a ningún grupo de empresas.

5.4 Importe de la aportación

La cuantía de la aportación viene determinada por el importe de las prestaciones abonadas por el SEPE, las cotizaciones que efectúe este organismo y un canon fijo en función de las personas trabajadoras y los beneficios obtenidos por la empresa o el grupo de empresas.

Para el cálculo de la aportación económica, se tomará en consideración el importe bruto, desde la fecha del despido, de las prestaciones y subsidios por desempleo de la plantilla afectada por el despido colectivo de cincuenta o más años, incluyendo las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el SEPE de acuerdo con lo establecido en los siguientes apartados (DA decimosexta.2; art. 3 del RD 1484/2012).

También se incluirán a los efectos del cálculo de la aportación económica los importes abonados por este organismo por los referidos conceptos de las personas de cincuenta o más años, no incluidos en el despido colectivo, pero que también computen para el cálculo de la aportación con el límite temporal analizado en este estudio.

5.4.1 Prestaciones por desempleo de nivel contributivo

En primer lugar, la aportación comprende la cuantía total efectivamente abonada por el SEPE por prestaciones por desempleo de nivel contributivo de las personas trabajadoras 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 [apartado 3. a) DA decimosexta y art. 3.2. a) del RD 1484/2012].

5.4.2 Cotizaciones del SEPE

El SEPE es responsable de la cotización por la persona trabajadora afectada por el despido colectivo por lo que, en buena lógica, la aportación también incluye la cuantía total efectivamente abonada por este organismo por cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo por las trabajadoras y los

trabajadores afectados, durante el periodo de percepción de las mismas [apartado 3. b) DA decimosexta y art. 3.2. b) del RD 1484/2012].

5.4.3 El canon

En tercer lugar, se establece un canon fijo por cada persona afectada [apartado 3 c) DA decimosexta y art. 3.2. c) del RD 1484/2012].

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

También se hará efectivo el canon fijo por cada persona trabajadora que, no teniendo derecho al cobro de la prestación por desempleo contributivo, acceda directamente al subsidio no contributivo, como consecuencia de la situación legal de desempleo motivada por el despido.

El tipo aplicable al canon será el fijado por la siguiente escala en función del número de personas trabajadoras de la empresa, del número de cincuenta o más años de edad afectados por el despido y del porcentaje de los beneficios de la empresa sobre los ingresos (art. 4 RD 1484/2012).

Porcentaje de trabajadores afectados de 50 o más años en relación con el número de trabajadores despedidos	Porcentaje de beneficios sobre los ingresos	Número de trabajadores en la empresa		
		Más de 2.000	Entre 1.000 y 2.000	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 %

Según se deduce del cuadro, las variables a tener en cuenta son:

- Porcentaje de personas afectadas de cincuenta o más años en relación con el número de trabajadores despedidos en tres niveles (menos del 15%, entre el 15% y el 35%, y más del 35%).
- Porcentaje de beneficios sobre los ingresos (más del 10% y menos del 10%, en cada uno de los niveles anteriores).
- Número de personas trabajadoras en la empresa, en una escala que comprende a más de 2.000, entre 1.000 y 2.000, y entre 101 y 999. A nivel horizontal, en cada uno de los indicados niveles la diferencia es solo del 5%. En vertical, podemos apreciar que el mínimo que abona la empresa es del 60% de las variables apuntadas.

El canon se devenga en su totalidad cuando se cobra un subsidio, con independencia de cuánto tiempo se cobre el mismo¹⁷⁸.

5.4.4 Sistema de cálculo

El apartado 5 de la DA decimosexta y el art. 4 del RD 1484/2012, recogen un sistema de cálculo de carácter dinámico. Es decir, no se realiza en una única vez, sino anualmente, adaptándolo a las concretas vicisitudes que pueda experimentar la empresa y la plantilla afectada que sirven de referencia para el cálculo de la aportación. La fórmula empleada resulta lógica y coherente con los objetivos que persigue, pero complica enormemente la liquidación de la aportación. Los hechos revelan que una tramitación adecuada y en plazo de esta aportación precisaría de muchos más recursos que los actuales por parte del SEPE para poder tramitar los expedientes donde puede ser reclamada esta cuantía.

¹⁷⁸ STSJ Madrid 26 de junio de 2017 (recurso 837/2016). Las cuantías devengadas por canon fijo por trabajador los últimos años han sido: 43.132,33 euros (2016), 44.283,66 euros (2017), 44.975,31 euros (2018), 51.304,50 euros (2019) y 53.560,12 euros (2020). Fuente: SEPE.

En consecuencia, el porcentaje de personas trabajadoras despedidas de cincuenta o más años sobre el total de personas despedidas 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 ambos colectivos que ha sido objeto de despido hasta el año en que se efectúa el cálculo.

Cuando los beneficios se hayan obtenido en los dos ejercicios económicos anteriores, los mismos se cuantificarán en función del porcentaje medio de los mismos respecto de los ingresos obtenidos en los dos ejercicios inmediatamente anteriores a aquél en que se inicie el procedimiento de despido colectivo.

El número de personas trabajadoras de la empresa o grupo de empresas se calculará según los que se encuentren en alta en la empresa o grupo de empresas al inicio del procedimiento de despido colectivo, con independencia de que trabajen a jornada completa o a tiempo parcial.

En cuanto a los beneficios del grupo de empresas, se cuantificarán en función del porcentaje medio de los mismos respecto de los ingresos obtenidos en los dos primeros ejercicios consecutivos en que la empresa haya obtenido beneficios dentro del periodo indicado en dicho apartado. El cálculo de la primera aportación incluirá todos los conceptos que hemos indicado correspondientes al periodo comprendido desde la fecha de los despidos hasta el segundo ejercicio consecutivo, incluido éste, en que la empresa haya obtenido beneficios.

5.4.5 Incidencia de las medidas de regulación de empleo temporal

Como ya se ha adelantado a la hora de repasar la evolución que ha atravesado esta regulación, la aportación a que se refiere la disposición objeto de estudio, también será exigible cuando la empresa proceda a la aplicación de medidas temporales de regulación de empleo que afecten a personas trabajadoras de cincuenta o más años con carácter previo a la extinción de los contratos de trabajo de los mismos trabajadores, en virtud de

despido colectivo u otros motivos que también computan a estos efectos (apartado 11 de la DA decimosexta y art. 2.3. del RD 1484/2012).

Para que opere esta regla, no debe transcurrir un año entre 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.

El art. 2.3. del RD 1484/2012 precisa que serán consideradas personas de cincuenta o más años a todas aquellas que tuvieran cumplida o cumplan esa edad dentro del período previsto para la aplicación de las medidas temporales de la regulación de empleo.

En todo caso, para el cálculo de la aportación económica se tendrá en cuenta el importe de las cantidades abonadas por el SEPE 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, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 3.c) de la DA decimosexta. La reposición, en este caso, alude a la posibilidad prevista en el art. 16 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, a favor de las personas afectadas por un ERE, un despido objetivo de los previstos en el art. 52 c) del ET o un despido de los regulados en los arts. 169 y ss. de la LC, de reponer la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial, si previamente la empresa había aplicado una medida de regulación de empleo temporal de las previstas en el art. 47 del ET. De este modo, el legislador pretendía evitar que una persona trabajadora afectada por una medida temporal consumiera toda o parte de su prestación, para posteriormente que su contrato de trabajo quedara extinguido con la merma que suponía, no solo por la pérdida del puesto de trabajo, sino por la reducción de la duración de su prestación o por haber quedado definitivamente consumida.

La previsión sobre la incidencia de las medidas temporales que contenía el número 11 de la DA decimosexta y el desarrollo ofrecido por el art. 2.3 del RD 1484/2020 ha cobrado un nuevo sentido con las consecuencias que para las relaciones laborales ha

tenido la pandemia del Covid-19. Los expedientes de regulación de empleo temporal (ERTEs) de los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19, han sido la llave maestra aplicada por el Gobierno, con el acuerdo de patronal y sindicatos, utilizada en las empresas para cerrar la puerta frente a la destrucción de empleo que podrían haber generado las limitaciones derivadas del estado de alarma (inicialmente mediante el RD 463/2020, de 14 de marzo) y las medidas sanitarias que obligatoriamente debían ser aplicadas en todos los ámbitos donde interactuaban las personas.

Nuevamente en este ámbito se había establecido un nuevo sistema similar al de la reposición de la prestación por desempleo expuesto anteriormente. En consecuencia, el art. 25.1. b) del RDL 8/2020 disponía que no computaría el tiempo en el que se percibía la prestación por desempleo de nivel contributivo que derivasen de las circunstancias extraordinarias, entre las que se encontraban los ERTEs regulados en ese artículo.

Esta posibilidad se ha mantenido hasta el RDL 30/2020, de 29 de septiembre, de medidas sociales en defensa del empleo, cuyo art. 8.7 limitó la vigencia de este mantenimiento de las prestaciones hasta el 30 de septiembre de 2020. Seguido de lo anterior, el desempleo consumido en el ERTE no afectará a las prestaciones que se inicien a partir del 1 de enero de 2026. No obstante, para proteger a los colectivos más vulnerables, el mismo precepto precisa que no computarán como consumidas las prestaciones que generen las personas antes del 1 de enero de 2022, como consecuencia de la finalización de un contrato de duración determinada o de un despido, individual o colectivo, por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o por un despido que sea declarado como improcedente.

Trasladando la esta novedosa regulación de la duración de la prestación por desempleo derivada de los efectos extraordinarios de la pandemia, puede resultar de aplicación a las empresas que con posterioridad al ERTE deban acometer un despido colectivo dentro del año siguiente, lo establecido en el número 11 de la DA decimosexta y el art. 2.3 del RD 1484/2012, siempre que reúnan los requisitos a los que se ha hecho

referencia en este Capítulo sobre el número de trabajadores, las personas afectadas y la contabilización de beneficios¹⁷⁹.

Puesto que no cabe hablar en propiedad de una reposición de prestaciones tal y como la misma estaba regulada por el art. 16 de la Ley 3/2012, debemos acudir a la analogía para ofrecer una interpretación de la incidencia que puedan tener las prestaciones consumidas como consecuencia de los ERTE regulados en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020 con las reestructuraciones de carácter extintivo que posteriormente puedan afectar a las personas de edad madura de una empresa.

Así, el posible impacto ha de estar ceñido al plazo de un año al que se ha hecho referencia. Parece que cualquier interpretación que señale un plazo superior (por ejemplo, el 1 de enero de 2026, siguiendo lo que dispone el RDL 30/2020) carecería de amparo legal conforme a las exigencias del principio de seguridad jurídica, ya que no se corresponde con la regulación que de manera específica contempla el número 11 de la DA decimosexta y el art. 2.3 del RD 1484/2020, resultando mucho más perjudicial para el obligado tributario de la aportación al Tesoro. Por ello, dentro del plazo anual que, por lo expuesto, se considera más conveniente, es posible sostener que, si la extinción colectiva o el despido del art. 52 c) del ET se basa en las mismas causas que motivaron el ERTE, si parece factible sostener que las prestaciones generadas durante la medida temporal se sumarán a las cuantías que sirven de referencia para la estimación de la aportación al Tesoro Público. En apoyo a esta argumentación, se considera conveniente tener en cuenta y realizar una interpretación conjunta con lo dispuesto por el legislador respecto al compromiso de salvaguarda del empleo que establece la DA sexta del RDL 8/2020. En dicha disposición, el legislador condicionaba el recurso a las medidas extraordinarias en el ámbito laboral que contenía el Real Decreto-Ley al compromiso de la empresa de mantener el empleo durante el plazo de seis meses desde la fecha de reanudación de la actividad. Dicho compromiso se ha venido prorrogando en los

¹⁷⁹ ARAGÓN GÓMEZ; C., “Del ERTE al despido. Cuidado con la aportación al Tesoro por la extinción del contrato de los trabajadores maduros”, *El Foro de Labos*, 19 de enero de 2021 (forodelabos.blogspot.com [última consulta el 27 de noviembre de 2021]).

posteriores Reales Decretos-Ley ante la pervivencia de las causas que motivaron la aprobación de esta normativa de urgencia.

A lo apuntado también se suma el efecto que puede generar lo establecido en el art. 2 del RDL 9/2020, de 27 de marzo, por el que se adoptan medidas complementarias, en el ámbito laboral, para paliar los efectos derivados del Covid-19. El referido artículo señala que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del RDL 8/2020, de 17 de marzo, no podrán justificar la extinción de los contratos de trabajo y el despido.

Como se señala, realizando una interpretación sistemática del número 11 de la DA decimosexta, el art. 2.3 del RD 1484/2012 y las disposiciones de los RDL que han sido citadas, se sostiene que las prestaciones consumidas previamente en las medidas temporales contempladas en los arts. 22 y 23 podrían ser sumadas al cálculo de la aportación que proceda en el momento de realizar el ERE o el despido colectivo.

Sentado lo anterior, dentro de aproximación que se realiza en esta tesis en una materia que no consta que haya sido abordada todavía de manera expresa, esta posibilidad también se hace extensiva a las exoneraciones de seguridad social que, desde el art. 24 del RDL 8/2020 vienen prorrogando los distintos Reales Decretos-Ley aprobados como consecuencia de la pandemia, si las empresas se acogen a las mismas.

Frente a todo lo expuesto hasta ahora, de conformidad con la argumentación que aquí se desarrolla, en aquellos casos en los que el ERE o el despido colectivo basado en el art. 52 c) esté referido a unas causas distintas a las que motivaron la solicitud de ERE, de fuerza mayor o de causas económicas, productivas, organizativas o técnicas derivadas de los efectos del Covid-19 sobre la actividad de la empresa, cabe pensar que el SEPE contará con menos argumentos para reclamar los importes abonados durante la medida temporal, si no es un ERTE regulado en el art. 47 del ET, sino que resulta de las medidas extraordinarias frente al Covid-19. Nuevamente con sustento en la analogía, así se considera si se tiene en cuenta que los Tribunales han permitido las extinciones

precedentes tras una medida temporal de las aludidas si la causa era distintas o derivaban de una situación previa a la pandemia que justificaba la aportación¹⁸⁰.

6. LIQUIDACIÓN DE LA APORTACIÓN

6.1 Información previa

Para dar cumplimiento a la obligación establecida en el art. 51.11 del ET, según preceptúa el apartado 7 de la DA decimosexta y el art. 5 del RD 1484/2012, cuando la empresa con beneficios pretenda incluir entre las personas afectadas a mayores de cincuenta años, deberá aportar a la autoridad laboral un certificado con la siguiente información:

- a) Datos de identificación de la empresa responsable: razón o denominación social, número de identificación fiscal, código o códigos de cuenta de cotización a la Seguridad Social, domicilio y actividad.
- b) Resultado del ejercicio e ingresos obtenidos por la empresa o el grupo de empresas del que forme parte, en los dos ejercicios consecutivos, así como el porcentaje medio de los beneficios sobre los ingresos.
- c) Fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo.
- d) Número de trabajadoras y trabajadores de la empresa en la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo.
- e) Número de personas trabajadoras de la empresa que tuvieran cincuenta o más años en la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo.
- f) Número de personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo.

¹⁸⁰ STSJ Aragón 15 de febrero de 2021 (recurso 679/2020), STSJ Cataluña 24 de noviembre de 2020 (recurso 56/2020), SJS Barcelona 15 de diciembre de 2020 (procedimiento 581/2020).

- g) Número e identificación de las personas trabajadoras de cincuenta o más años afectadas por el despido colectivo.
- h) Relación de los contratos de trabajo extinguidos 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, con indicación de la edad de dichos trabajadores, que se hubieran extinguido en el plazo de tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo.

La autoridad laboral dará traslado del certificado al SEPE, así como de la documentación que lo acompaña a los efectos de que realice la propuesta de liquidación de la aportación al Tesoro.

6.2 Consecuencias de la ausencia de información previa

Como se acaba de exponer, la obligación de analizar si concurren o no los requisitos para realizar la aportación económica compete inicialmente al empresario. De esta forma, es la parte que formula la solicitud de despido colectivo quien debe llevar a cabo una primera interpretación de lo establecido en el ET, la DA decimosexta de la Ley 27/2011 y el RD 1484/2012, para saber si debe efectuar la comunicación.

Ahora bien, cabe preguntarse qué sucede si la empresa que pretende acometer el despido colectivo finalmente no lleva a cabo la comunicación preceptiva, pese a que proceda, bien por desconocimiento de que concurren todos los requisitos o bien para evitar deliberadamente el desembolso de la aportación al Tesoro Público.

A este respecto, es preciso tener en cuenta que la incorporación de trabajadoras y trabajadores de 50 o más años como afectados ya no implica que de manera automática se active el procedimiento, sino que concurren también otros factores como el número de personas en esa franja de edad afectados sobre el total de la plantilla y la contabilización de beneficios en los términos analizados anteriormente.

6.2.1 Competencias de la Autoridad Laboral

Ha sido ya expuesto que la reforma operada por el RDL 3/2012 sobre el art. 51 del ET despoja a la Autoridad Laboral competente de la facultad que hasta entonces tenía de dictar una resolución sobre la solicitud del despido colectivo, y que permitía realizar una revisión más exhaustiva de la solicitud de despido colectivo. En la regulación actual desarrollada por el art. 10 del RD 1483/2012, la Autoridad Laboral competente debe velar por la efectividad del periodo de consultas con la posibilidad de emitir advertencias y recomendaciones a las partes. Esta labor no deja de desarrollarse en un segundo plano, ya que tales apreciaciones no supondrán la paralización ni la suspensión del procedimiento iniciado con la solicitud del despido colectivo.

De realizar una comunicación la Autoridad Laboral con advertencias o comunicaciones, el empresario tendrá que responder antes de la finalización del período de consultas.

Eventualmente, la Autoridad Laboral podrá participar más activamente llevando a cabo labores de asistencia a las partes o mediación, pero actualmente, la actuación queda mucho más limitada a la que derivaba de los RD 43/1996 y 801/2011, circunscribiéndose -como resumen a lo indicado- a constatar que la solicitud formulada por la empresa que insta el despido colectivo y sus actuaciones posteriores se ajustan al procedimiento establecido, formulando las oportunas advertencias, tal y como señala el artículo 10 del RD 1483/2012.

6.2.2 El Informe de la Inspección de Trabajo

Con la regulación del procedimiento del despido colectivo resultante de la reforma laboral de 2012, en lo que concierne al control de la tramitación de los despidos colectivos, donde pierde facultades la autoridad laboral, las asume la Inspección de Trabajo. De este modo, tras los cambios operados en el art. 51 del ET, el informe preceptivo de la Inspección de Trabajo adquiere una importancia aún mayor, que lo acerca (en la práctica) a la anterior resolución que expedía la autoridad laboral y de la que

dependía la aprobación o no del despido colectivo. Así lo testimonia el art. 11 del RD 1483/2012.

En efecto, *de facto* este informe viene a asumir parcelas que anteriormente correspondían a la Autoridad Laboral, ya que, para elaborar la resolución que autorizaba o denegaba el expediente, debía analizar todos los aspectos que concurrían en el despido colectivo, desde la solicitud hasta la finalización del período de consultas. No obstante, el requisito de exhaustividad que es exigible al informe, representa un requisito que siempre ha estado presente para este tipo de procesos de reestructuración desde el ET de 1980¹⁸¹.

Planteado de esta manera el informe, su objeto se basa en realizar una comprobación rigurosa del cumplimiento de todas las obligaciones marcadas por el artículo 51 del ET y el RD 1483/2012. Por ello, uno de los cometidos del informe consiste en constatar que la documentación presentada por el empresario en relación con las causas del despido se ajusta a lo dispuesto por preceptuado en dicho RD. Seguido de lo anterior, también atenderá al desarrollo del período de consultas, ante la posibilidad de que (si finaliza con acuerdo) sea resultado de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, así como que sea un instrumento para la obtención indebida de prestaciones por desempleo por parte de las personas trabajadoras. Si bien es cierto que la Inspección de Trabajo no puede denegar directamente en estos supuestos el acceso a la prestación, hará constar esta circunstancia en el caso de considerar que concurre, para que sea valorada por la entidad gestora de las prestaciones por desempleo. Adicionalmente, el riguroso informe debe constatar que la empresa ha cumplido con todos los requisitos que lleva implícita la adecuada tramitación de un despido colectivo, ocupando un lugar especial los criterios de selección a fin de evitar que los mismos oculten algún caso de discriminación y las medidas sociales de acompañamiento derivadas de la normativa y las que puedan ser acordadas por las partes.

¹⁸¹ VÁZQUEZ GONZÁLEZ, I., “Informe de la Inspección de Trabajo en los casos de extinción de la relación laboral por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor (art. 51,6 del Estatuto de los Trabajadores)”, *Cívitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 4, 1980, págs. 514-518.

Aunque el legislador que elabora el RD 1483/2012 no alude expresamente a ello, de las remisiones que el propio Real Decreto hace a su contenido, deriva que la atención del Inspector de Trabajo alcance también a comprobar si la empresa incluye la comunicación relativa a la aportación al Tesoro Público. A mayor abundamiento, en la práctica, como muestra del rigor que suele caracterizar a este tipo de informes, no es en absoluto infrecuente que el propio Inspector profundice en este punto e incluya menciones sobre las personas mayores incluidas como afectadas y la posibilidad de que proceda el abono de la prestación si así es confirmado a posteriori por el SEPE.

6.2.3 El papel de la representación de las personas trabajadoras

En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que, en defecto de la comunicación por parte de la representación de la empresa, la parte social también puede dejar constancia de que procede la aportación al Tesoro.

Los representantes de las personas trabajadoras pueden reflejar esta obligación en el período de consultas, manifestación que tendrá una relevancia innegable toda vez que las actas donde se deja constancia del desarrollo del período de consultas también forman parte de la documentación que se dirige a la autoridad laboral y a la que tendrá acceso igualmente la Inspección de Trabajo para elaborar su informe.

A lo anterior se suma que la autoridad laboral remitirá también a los representantes las advertencias y recomendaciones que constate de la solicitud formulada por la empresa, conforme a la documentación establecida en el RD 1483/2012. De este modo, podrán conocer si se ha detectado la omisión del certificado que señalamos, pudiéndose dirigir la propia representación de los trabajadores a la autoridad laboral en caso contrario.

6.2.4 La intervención del SEPE

El SEPE, como organismo encargado de la liquidación de la aportación al Tesoro, no está supeditado a que la Autoridad Laboral le remita o no el certificado que señala el artículo 5 del RD 1484/2012.

Por ello, bien porque la empresa obligada haya omitido este requisito, bien porque la Autoridad Laboral competente no le haya remitido el certificado al SEPE, este organismo puede realizar sus propias comprobaciones a través de los mecanismos de cooperación y colaboración administrativa previstos legal y reglamentariamente, como se encarga de detallar el artículo 5.3. del RD 1484/2012.

De esta manera, favoreciendo la actuación de oficio del SEPE, se garantiza la aplicación y ejecutividad de la DA decimosexta, sin perjuicio de que la empresa pueda interpretar que no le resulta de aplicación realizar la aportación, que omita de manera deliberada este requisito o porque la autoridad laboral competente incumpla con su obligación de dar traslado del certificado de la empresa.

6.2.5 El despido colectivo “de facto”

Al hilo de lo anterior, tomando en consideración que el SEPE disfruta de un considerable margen de autonomía y no se encuentra condicionado por la existencia de una comunicación previa a cargo de la empresa o de la Autoridad Laboral para iniciar los trámites que determinen la procedencia de la aportación que se estudia en esta tesis, se debe tomar posición sobre el debate existente frente a las implicaciones que, en esta materia, tiene un fenómeno muy presente en la práctica, basado en el despido de los puestos de trabajo, dentro de los umbrales que establece el art. 51 del ET, pero ignorando el procedimiento que regula dicho artículo y desarrollan los RD 1483/2012 y 1484/2012, cada uno en su parcela de competencias. Dicha extinción colectiva no reglada es conocida como despido colectivo “de hecho” o “de facto”, pudiendo ser esta conducta constitutiva de una infracción muy grave de conformidad con lo establecido en el art. 8.3 de la LISOS.

Se ha considerado que, en el caso de ser constatada esta situación, sería posible que, también por este cauce, procedería la aportación al Tesoro Público por parte de la empresa¹⁸². Tomando como referencia el marco legal y los instrumentos con los que

¹⁸² ESTEBAN LEGARRETA, R., “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 finalidades”, cit., pág. 76.

cuentan las distintas Administraciones implicadas, se considera que esta afirmación es ante todo voluntarista, ya que se antoja complicado que el procedimiento pueda iniciarse de oficio y culminar con éxito bajo estas circunstancias.

En apoyo a esta consideración, se considera que concurren varios factores que, sumados, complican esa posibilidad:

- El ya citado art. 8.3 sanciona con una considerable multa a la empresa por omitir el procedimiento, pero no lleva aparejada una obligación de hacer, es decir el precepto se limita a imponer la sanción, pero no desarrolla otras consecuencias en las que procede el concurso de otras disposiciones de nuestro ordenamiento en función de las circunstancias concretas que concurren en cada caso. Así, la medida aplicada por la empresa puede ser realizada sin seguir el procedimiento reglado (mereciendo por ello una sanción), pero -no por ello- la consecuencia inmediata será la nulidad de los despidos o la denegación de la prestación por desempleo de las personas trabajadoras despedidas.
- En este mismo sentido, el incumplimiento de las medidas sociales (tales como la suscripción de un convenio especial de Seguridad Social, el plan de recolocación o la aportación al Tesoro) ya cuenta con su propio tipo sancionador. Nuevamente, el planteamiento es similar y, como procede por el tipo de disposición que es la LISOS (art. 8.14 y 23.1.i LISOS), se sanciona por la omisión de la empresa.
- La propia complejidad del proceso limita tal posibilidad. Se ha de tener en cuenta que se hace alusión a un procedimiento en el que concurren y deben colaborar varias Administraciones, antes incluso de la fase de recaudación (en el tramo inicial basado en la apreciación de si concurren las causas: el SEPE, la Inspección de Trabajo, la Autoridad Laboral, eventualmente incluso la Administración de Justicia en caso de impugnación de las distintas extinciones por este motivo), quienes deben hacer un seguimiento proactivo del itinerario de las personas trabajadoras afectadas. Todo ello, al menos en el tramo inicial, queda resuelto mediante el contenido de la comunicación previa que debe incluir la

documentación del ERE. Sin embargo, en la situación expuesta, resulta mucho más arduo y complejo poder compilar todos los datos necesarios partiendo únicamente del impulso de oficio de la Administración y llevar a cabo el seguimiento.

- Por último, un argumento que puede ser fácilmente inducido de lo manifestado hasta ahora: la limitación de recursos, fundamentalmente del SEPE¹⁸³. En alguna ocasión se ha puesto de manifiesto que la limitación de recursos para la implementación de un proceso considerablemente complejo ha impedido recaudar de manera eficiente las cuantías que corresponden a la aportación. Por ello, dicho de manera muy directa: si resulta muy difícil que la tramitación de los procedimientos “reglados” puedan tener el curso apropiado, mucho más complicado si a todo ese trabajo se debe sumar los eventuales despidos colectivos no calificados por la empresa como tales.

6.2.6 Infracciones derivadas del cumplimiento de la obligación de información previa

Al margen de todo lo indicado anteriormente, como se apuntó en los apartados precedentes, el incumplimiento de la citada obligación puede suponer la comisión de la infracción prevista en el art. 8.18 LISOS tipificada como muy grave. El precepto sanciona la no presentación en tiempo y forma del certificado o su aportación de manera falsa o inexacta.

La multa puede representar, en su grado mínimo, la cantidad de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y, en su grado máximo, de 120.006 a 225.018 euros. La consecuencia es, por tanto, económica y no conlleva una obligación de “hacer”. Si ya de por sí es elevada la sanción, mayor cuantía puede representar la aportación anual al Tesoro Público. Por ello, en este tipo de situaciones, sería factible preguntar si una empresa puede preferir enfrentarse al riesgo de la sanción frente al abono

¹⁸³ “Trabajo tarda 4 años en cobrar a las empresas por el despido de los trabajadores de mayor de edad”, *Expansión*, 1 de diciembre de 2020. Reconociendo la entidad gestora la limitación de recursos para dar adecuado cumplimiento a la tramitación de estos procesos.

de la aportación. Ante esta disyuntiva, dejando al margen el supuesto del despido colectivo “de facto”, al que se ha hecho mención anteriormente, se debe tener en cuenta que la imposición de la sanción no imposibilita la liquidación de la aportación al Tesoro Público, conforme a las facultades que tiene reconocidas en esta materia la Autoridad Laboral y el SEPE.

6.3 La propuesta de liquidación

El SEPE es el organismo competente para formular a la empresa la propuesta de liquidación frente a la que la compañía podrá presentar, en el plazo de 15 días, las alegaciones que considere procedentes.

La propuesta ha de reunir el contenido que marca el artículo 7 del RD 1484/2012:

- a) Datos de identificación de la empresa responsable: razón o denominación social, número de identificación fiscal, código o códigos de cuenta de cotización a la Seguridad Social, domicilio y actividad.
- b) Relación circunstanciada de los hechos y preceptos normativos que determinan la obligación empresarial de responder del pago de la aportación.
- c) Relación nominal de las personas trabajadoras de cincuenta o más años de la empresa que hubieran percibido prestaciones por desempleo de nivel contributivo dentro del periodo a que se refiere la liquidación.
- d) Importes brutos, desglosados por meses, por los conceptos a que se refiere el artículo 3.2, a) y b), y 3.3 que hayan sido satisfechos por el SEPE dentro del periodo liquidable por cada uno de las personas trabajadoras de cincuenta o más años afectados.
- e) Periodo a que se refiere la liquidación, que comprenderá el año natural inmediatamente anterior a aquel en que se realiza la propuesta de liquidación; salvo que, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 2.3, 3.1 y 6.2 del RD

1484/2012, resulte procedente que comprenda los años naturales inmediatamente anteriores a aquel en que se realiza dicha propuesta.

- f) Relación nominal de personas trabajadoras de cincuenta o más años de la empresa que se vayan a tener en cuenta en el cálculo del canon establecido en el artículo 3.2.c) del RD1484/2012, así como el importe del mismo.
- g) Tipo aplicable conforme a la escala fijada en los apartados 4 y 5 DA decimosexta, de 1 de agosto, y el art. 4 del RD 1484/2012.
- h) Importe total de la deuda a ingresar en el Tesoro Público.

En este punto, resulta interesante destacar que, en los despidos colectivos presentados por grupos de empresas, el SEPE no solo notifica la propuesta de liquidación (y la ulterior liquidación) a cada una de las empresas del grupo que presentan la solicitud de aplicación del artículo 51 del ET, sino también a la sociedad principal o holding del grupo que consolida las cuentas.

6.4 Medidas cautelares

Dado el elevado importe que puede representar la cuantía de la aportación y que su obligación traiga causa de una reestructuración empresarial, tanto en el apartado 9 de la DA decimosexta, como en el art. 8 del RD 1484/2012, se contempla la posibilidad de aplicar medidas cautelares. La entidad gestora queda habilitada, cuando el despido colectivo implique la cesación total de la actividad de la empresa en el territorio español, para aplicar medidas cautelares a fin de garantizar el cobro de la deuda, aunque la cuantía de la aportación no haya sido objeto de cuantificación y liquidación con carácter previo.

Para proceder a la aplicación de las medidas cautelares, el SEPE podrá comunicar al órgano competente la estimación de la aportación económica a abonar por la empresa en función de los datos con los que cuente y que puedan influir en la determinación de la aportación económica que la empresa obligada debe satisfacer.

Con esta posibilidad, la entidad gestora trata de garantizar el cobro de la aportación. No obstante, en la práctica, la implementación de estas medidas cautelares resulta complicada por los siguientes factores:

- Como se analizará seguidamente, no se cuenta con un procedimiento de recaudación propio para recaudar la aportación, sino el general que establece el RD 939/2005, de 29 de julio, que aprueba el Reglamento General de Recaudación (RGR), junto a una regulación específica, dada la condición de la aportación como ingreso no tributario.
- El legislador no concreta el plazo en el que el SEPE debe de pedir al órgano competente la adopción de las medidas cautelares, pues solo indica que se solicitará “en el plazo más breve posible”.
- La dificultad de poder realizar una estimación del importe de la aportación al Tesoro, teniendo en cuenta las posibles recolocaciones de las personas trabajadoras. Esta dificultad se ve agudizada si el empresario no realiza la comunicación establecida en el RD 1484/2012 y debe de actuar de oficio la entidad gestora para determinar la concurrencia de la obligación.
- Como se ha señalado, la aportación al Tesoro tiene carácter dinámico y es calculada de ejercicio en ejercicio. En consecuencia, si la empresa cesa su actividad en España, resultará extremadamente complejo poder realizar requerimientos en años ulteriores si se produce el cierre definitivo, lo que dificultará las comunicaciones y la posibilidad de decretar medidas de garantías los siguientes años.

6.5 Sucesión de empresa

La obligación de la aportación no desaparece por la extinción de la empresa que lleva a cabo la reestructuración. En aplicación del art. 44 del ET, la sucesión de empresa o de unidad productiva autónoma implica el mantenimiento de las obligaciones de la empresa resultante de la operación mercantil (v.gr. fusión o escisión).

Aunque ni la DA decimosexta en su apartado 10, ni el art. 9 del RD 1484/2012 precisan nada al respecto, trasladando un planteamiento general que despliega efectos de las obligaciones laborales en muchos otros ámbitos, es lógico concluir también que la calificación de sucesión de empresa por el órgano judicial o por la Inspección de Trabajo, también surtirán los mismos efectos.

6.6 Revisión de oficio

De lo hasta ahora expuesto se deduce que la determinación de la cuantía de la aportación no es tarea sencilla, muy al contrario, se trata de un proceso sumamente complejo en la que se tienen en cuenta variables (porcentaje de afectación de personas trabajadoras mayores de 55 años, extinciones del contrato de trabajo adicionales al despido colectivo que computan, cálculo por ejercicio, etc.) que han de concurrir conduciendo a que pueda proceder o no el pago de la aportación.

Por ello, tal y como precisa el art. 11 del RD 1484/2012, el SEPE podrá revisar de oficio la cuantía de las aportaciones liquidadas con anterioridad en los supuestos de error, falta de información o por indebida exclusión para su cálculo de los importes satisfechos por este organismo.

La regularización se llevará a cabo en la siguiente propuesta de liquidación anual que deba emitir o mediante una nueva propuesta de cuantía de las aportaciones de los años anteriores, revisándolas al alza o a la baja, según proceda.

6.7 Devolución de aportaciones indebidas

Junto con la revisión que de la cuantía que pueda realizar la entidad gestora, también está prevista la devolución de las aportaciones indebidas (art. 12 del RD 1484/2012), que podrá ser de oficio o a instancia de parte.

Dicha devolución ha de estar precedida de una resolución del SEPE, realizándose en la siguiente propuesta de liquidación anual.

Según regula el art. 81 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, la devolución comprenderá, además del importe, la cantidad resultante de aplicar sobre ésta el interés legal del dinero según venga establecido por la Ley de Presupuestos vigente en cada período desde la fecha en que se hubiese realizado el ingreso indebido en el Tesoro Público hasta la fecha en que se proponga el pago de la devolución. Respecto del plazo, siguiendo lo dispuesto en el art. 15 de la Ley 47/2003 y 26.3 de la LGSS (puesto que el importe no solo comprende un canon sino también prestaciones por desempleo, subsidios y cotizaciones) es de cuatro años.

7. RECAUDACIÓN

La gestión recaudatoria de los recursos públicos no tributarios ni aduaneros corresponde a la Secretaría General del Tesoro y Financiación Internacional, a través de las Delegaciones de Economía y Hacienda, de conformidad con lo detallado en la DA quinta del RD 403/2020, de 25 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

El artículo 3.1. b) del RGR, atribuye la recaudación de este tipo de ingresos en período voluntario a las Delegaciones de Economía y Hacienda, salvo que su gestión esté asignada a otros órganos de la Administración General del Estado o a sus organismos autónomos. La gestión en período ejecutivo compete, en su caso, a la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

El procedimiento de recaudación de las aportaciones al Tesoro Público se inició a partir del año 2013¹⁸⁴, una vez fue posible conocer el devenir de las personas trabajadoras afectadas por los primeros despidos colectivos en 2011 que se encontraban dentro del ámbito que activaba la reclamación de la aportación al Tesoro Público.

¹⁸⁴ Informe anual del SEPE 2013, pág. 48.

(https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_sobre_el_sepe/informe_anual_2013.pdf [última consulta: 20 de noviembre de 2021]).

7.1 Recaudación en período voluntario

El citado RGR, no solo establece el procedimiento de recaudación para las deudas y sanciones tributarias, sino también para los demás recursos de naturaleza pública, tal y como realizaba el anterior Reglamento 1684/1990, de 20 de diciembre, que deroga.

En consonancia con su naturaleza, el procedimiento de recaudación de la aportación al Tesoro Público se sustancia en virtud de lo dispuesto en la citada norma reglamentaria, en desarrollo de las previsiones que establecen la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

Por su parte, la Orden PRE/1064/2016, de 29 de junio, desarrolla parcialmente el Reglamento General de Recaudación en lo relativo al procedimiento de recaudación de recursos no tributarios a través de entidades colaboradoras.

A tenor de lo dispuesto en dicha Orden, serán competentes para la recaudación las Delegaciones de Economía y Hacienda donde se encuentre el domicilio social del deudor (art. 2.1.). El órgano gestor será el que notifique al deudor la resolución en la que se liquide el derecho, requiriéndole el pago en el plazo de ingreso correspondiente (art. 2.2.).

En este caso, el órgano gestor es el SEPE y el plazo de ingreso es de 30 días. Así lo dispone también el art. 2.1. de la Resolución de 12 de abril de 2004, del SEPE, sobre el procedimiento de reintegro de subvenciones concedidas por el organismo y las actuaciones administrativas derivadas de la recaudación en período voluntario de los ingresos de derecho público de naturaleza no tributaria derivados de los reintegros.

Como indica el art. 68 del RGR, la recaudación en período voluntario concluirá el día de vencimiento de los correspondientes plazos de ingreso. En el caso de deudas a ingresar mediante autoliquidación presentada fuera de plazo sin realizar el ingreso o sin presentar solicitud de aplazamiento, el fraccionamiento o compensación concluirá el mismo día de la presentación de la autoliquidación.

Es posible practicar la liquidación del importe en una entidad colaboradora, según dispone el artículo 3. El modelo para proceder al pago es el “Modelo 069” [art. 6.1. c)].

Respecto a la forma de pago, el art. 34 del RGR, siguiendo lo establecido por el art. 98.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), el pago se realiza de manera preferente por medios electrónicos (tarjeta de crédito o débito, transferencia bancaria, domiciliación bancaria o cualesquiera otros que se autoricen).

La interposición de recurso dentro de la vía administrativa, suspende el período de pago. Pese a la suspensión, el obligado podrá proceder a la consignación de la cantidad, según lo dispuesto en el art. 43 del RGR.

La empresa obligada al pago puede proceder también al aplazamiento y fraccionamiento del pago (arts. 65 y 82 de la Ley 58/2003, arts. 44 a 54 del RGR). Esta opción de pago llevará aparejada la aportación de una garantía suficiente (aval bancario o seguro de caución). Esta garantía cubrirá el importe de la deuda en período voluntario, los intereses de demora que genere el aplazamiento y un 25 por ciento de la suma de las dos partidas.

7.2 Recaudación en período ejecutivo

7.2.1 Inicio del período ejecutivo

Como establecen el art. 161 de la Ley 58/2003 y el art. 69 del RGR, la falta de abono de la cantidad, en todo o en parte, durante el plazo concedido para efectuar la liquidación en período voluntario, determina que la recaudación se lleve a cabo de manera ejecutiva por el importe que deba completar el pago.

Los funcionarios que desarrollen funciones de recaudación no se limitarán a aplicar las medidas que van a ser señaladas seguidamente, sino que podrán comprobar e investigar la existencia y situación de los bienes o derechos de los obligados con apoyo de la labor de inspección de la Administración Tributaria con la posibilidad de aplicar también medidas cautelares. Dichas medidas deberán cumplir con determinadas garantías a favor del obligado al pago, estando debidamente motivadas para impedir que desaparezcan, se destruyan o alteren las pruebas determinantes de la existencia o

cumplimiento de obligaciones tributarias o que se niegue posteriormente su existencia o exhibición.

Todo obligado tributario deberá poner en conocimiento de la Administración, si así lo requiere, una relación de bienes y derechos integrantes de su patrimonio en cuantía suficiente para cubrir el importe de la deuda tributaria.

En esta fase, el obligado al pago también puede solicitar el aplazamiento y fraccionamiento del pago. En este caso, la garantía que debe ofrecer ha de cubrir el importe aplazado, incluyendo el recargo del período ejecutivo correspondiente, los intereses de demora que genere el aplazamiento, más un 5 por ciento de la suma de ambas partidas (art. 48 del RGR).

7.2.2 La providencia de apremio

La providencia de apremio es el acto de la Administración que ordena la ejecución contra el patrimonio del obligado al pago (art. 70.1 del RGR). Como señala el art. 167 de la Ley 58/2003, el procedimiento de apremio se iniciará mediante esta providencia, notificada al obligado tributario en la que se identificará la deuda pendiente.

La providencia de apremio será título suficiente para iniciar el procedimiento de apremio y tendrá la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los obligados tributarios.

Frente a la providencia de apremio, es posible que el obligado pueda alegar los siguientes motivos de oposición:

- a) Extinción total de la deuda o prescripción del derecho a exigir el pago.
- b) Solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación en período voluntario y otras causas de suspensión del procedimiento de recaudación.
- c) Falta de notificación de la liquidación.
- d) Anulación de la liquidación.

- e) Error u omisión en el contenido de la providencia de apremio que impida la identificación del deudor o de la deuda apremiada.

Si el obligado tributario no efectuara el pago dentro del plazo establecido, se procederá al embargo de sus bienes.

7.2.3 Intereses de demora y recargos

La reclamación de la deuda en período ejecutivo determina la aplicación sobre la cantidad principal del interés de demora y de recargos de manera continua hasta que no se liquide la cantidad.

Respecto al interés de demora, el art. 26.3 de la Ley 58/2003, señala que el interés de demora es una prestación accesoria que se exigirá a los obligados y se calculará sobre el importe no ingresado en plazo, aplicándose el interés legal del dinero vigente a lo largo del período en el que aquél resulte exigible, incrementado en un 25 por ciento¹⁸⁵. Cuando el importe es garantizado mediante fraccionamiento o suspensión de deudas garantizadas en su totalidad mediante aval solidario de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o mediante certificado de seguro de caución, el interés de demora exigible será el interés legal. El cálculo de estos intereses es desarrollado por el art. 72 del RGR.

Respecto a los recargos que también son aplicables, el art. 28 de la Ley 58/2003 regula tres tipos: ejecutivos, de apremio reducido y de apremio ordinario. Estos recargos son incompatibles entre sí y se calculan sobre la totalidad de la deuda no ingresada en el período voluntario.

El recargo ejecutivo (art. 28.2 de la Ley 58/2003) será del cinco por ciento y se aplicará cuando se satisfaga la totalidad de la deuda no ingresada en periodo voluntario antes de la notificación de la providencia de apremio. Procede, por tanto, cuando se supera

¹⁸⁵ El art. 26.6 de la Ley 58/2003, indica que “(...) salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca otro diferente.”

el período voluntario de pago, pero antes de que sea notificada de manera definitiva la providencia de apremio.

El recargo de apremio reducido será del 10 por ciento y se aplicará cuando se satisfaga la totalidad de la deuda no ingresada en periodo voluntario y el propio recargo antes de la finalización del plazo previsto en el apartado 5 del art. 62 de dicha Ley para las deudas apremiadas. De conformidad con el art. 62.2 de la Ley 58/2003, cuando se inicia el período ejecutivo y es notificada la providencia de apremio, el pago de la deuda tributaria deberá efectuarse en los siguientes plazos:

- a) Si la notificación de la providencia se realiza entre los días uno y 15 de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 20 de dicho mes o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.
- b) Si la notificación de la providencia se realiza entre los días 16 y último de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día cinco del mes siguiente o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente

Se ha de precisar que el recargo de apremio ordinario será del 20 por ciento y será aplicable en los restantes casos, siendo compatible con los intereses de demora anteriormente indicados.

7.2.4 Embargos y enajenación

Antes de proceder al embargo, si la deuda está garantizada (mediante aval solidario, por ejemplo), será ejecutada. No obstante, la Administración puede optar por el embargo y enajenación antes de ejecutar la garantía cuando la misma no sea proporcionada a la deuda que garantiza, o cuando el obligado al pago lo solicite, debiendo señalar bienes suficientes a estos efectos (art. 168 de la Ley 58/2003). El procedimiento es desarrollado de manera más particularizada por la Subsección 3ª de la Sección 2ª en el Capítulo II del RGR.

El embargo debe respetar el principio de proporcionalidad, debiendo cubrir la deuda no ingresada, los intereses que se devenguen, los recargos que se originan desde el inicio

del procedimiento de apremio y las costas. El art. 169.2 de la Ley 58/2003 establece el orden de bienes y derechos para la práctica del embargo, conforme al siguiente orden:

- a) Dinero efectivo o en cuentas abiertas en entidades de crédito.
- b) Créditos, efectos, valores y derechos realizables en el acto o a corto plazo.
- c) Sueldos, salarios y pensiones.
- d) Bienes inmuebles.
- e) Intereses, rentas y frutos de toda especie.
- f) Establecimientos mercantiles o industriales.
- g) Metales preciosos, piedras finas, joyería, orfebrería y antigüedades.
- h) Bienes muebles y semovientes.
- i) Créditos, efectos, valores y derechos realizables a largo plazo.

Cada actuación de embargo se documentará en una diligencia, frente a la misma, el art. 170.3 de la Ley 58/2003, establece los únicos motivos de oposición que pueden ser alegados:

- a) Extinción de la deuda o prescripción del derecho a exigir el pago.
- b) Falta de notificación de la providencia de apremio.
- c) Incumplimiento de las normas reguladoras del embargo contenidas en la legislación aplicable.
- d) Suspensión del procedimiento de recaudación.

La posterior enajenación de los bienes se realizará mediante subasta, concurso o mediante adjudicación directa (art. 172.1 de la Ley 58/2003). En todo caso, la Administración tributaria no podrá proceder a la enajenación hasta que el acto de

liquidación de la deuda tributaria ejecutada sea firme, salvo en casos de fuerza mayor o si los bienes ejecutados son perecederos o sobre los que exista riesgo de pérdida inminente de valor o cuando el obligado tributario solicite de forma expresa la enajenación (art. 172.3 Ley 58/2003).

En todo caso, el obligado al pago puede todavía frenar la adjudicación en esta parte del proceso si extingue la deuda tributaria, con los intereses y recargos, así como liquidando las costas del procedimiento (art. 172.4 de la Ley 58/2003).

Las cantidades recaudadas por cuenta del SEPE serán transferidas a sus cuentas oficiales, a excepción de los recargos del período ejecutivo y las costas. En caso de convenio, se transferirán las cantidades recaudadas minoradas en los términos establecidos en el convenio (artículo 3.4. del RGR).

El SEPE puede revisar la cuantía de las aportaciones liquidadas con anterioridad en los supuestos de error, falta de información o por indebida exclusión para su cálculo de los importes satisfechos por él. La revisión puede ser llevada a cabo mediante una liquidación específica o por medio de una regularización en la siguiente liquidación que corresponda. En todo caso, el plazo máximo para revisar es de cuatro años desde la notificación de la resolución anual correspondiente.

Como ha sido expuesto anteriormente, las empresas tienen derecho a la devolución del importe de los ingresos que se hayan realizado de forma indebida, previa resolución del SEPE que puede adoptarla de oficio o a instancia de parte. Puede ser objeto de compensación con deudas de la empresa por el mismo concepto en la siguiente propuesta de liquidación.

7.3 Propuesta de procedimiento alternativo para la recaudación de la aportación

En concordancia con la naturaleza de la aportación al Tesoro y al destino que tiene, se ha visto que las normas de referencia para la recaudación son la Ley 58/2003 y el RGR. Ahora bien, asumiendo que la aportación no solo se nutre de un canon en función de los beneficios obtenidos por la empresa o por el grupo y por el número de personas

trabajadoras, sino por las prestaciones por desempleo, los subsidios y las cotizaciones, cabe plantearse un escenario alternativo que aproxime el procedimiento de recaudación a un ámbito que guarda mayor relación con la Seguridad Social. Tal vez con ello, sea posible reducir de algún modo la complejidad que acompaña en todas sus facetas a la aportación al Tesoro Público que regula la DA decimosexta, desde los requisitos que determinan la necesidad de que proceda la aportación, hasta las liquidaciones anuales que deben ser practicadas por el SEPE.

En una muy humilde propuesta *lege ferenda*, se propone que la normativa recaudatoria de referencia sea el RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (RGRSS). Las materias objeto de la gestión recaudatoria que establece su art. 1 son los suficientemente amplias para hacer pensar que esta posibilidad tendría cabida. Los distintos números del artículo hablan de aportaciones, capitales coste, importes de sanciones, recargos e intereses, cobranza de cuotas de desempleo. En particular, su apartado o) habla de cualesquiera otros ingresos de la Seguridad Social que tengan el carácter de ingresos de derecho público y cuyo objeto no sean frutos, rentas o cualquier otro producto de sus bienes muebles o inmuebles, ya que en tal caso estarán regidos por las reglas de derecho privado.

Conforme a esta premisa, el Organismo competente ya no será la Delegación de Economía y Hacienda, sino la delegación de la TGSS competente por el ámbito del despido colectivo. Es posible que podría contar con sustento legal ya que el artículo 3.1. b) del RGR, permite la delegación en otros Organismos públicos. Igualmente, el art. 5 del RGRSS también hace posible este tipo de conciertos de colaboración.

Como se indica, esta propuesta pretende contribuir a la simplificación del proceso recaudatorio que acompaña a la aportación:

- Como primer efecto, queda unificado en un mismo Organismo la recaudación en vía voluntaria y en vía ejecutiva. Sumado a lo anterior se consigue sacar provecho de todos los recursos recaudatorios con los que cuenta la TGSS, que se han demostrado altamente efectivos con la regulación específica que contiene el

RGRSS. De este modo, puede ser posible dinamizar el proceso de recaudación aumentando el número de expedientes tramitados cada año, procedimientos sobre los que pesa en muchas ocasiones el riesgo de prescripción.

- Con esta solución, la recaudación de la aportación se aproxima a otras figuras de la Seguridad Social que van a ser estudiadas en las siguientes páginas como es el convenio especial de Seguridad Social.
- Precisamente, el procedimiento de recaudación del convenio puede servir de modelo de referencia al establecer la posibilidad de consignar o avalar las cantidades que integran la aportación frente al establecimiento de una liquidación anual.

Tal vez la solución que se propone sea simplista o demasiado teórica, pero de este modo no solo se simplifica y facilita el proceso, sino que la labor de desincentivar este tipo de medidas aumenta: piénsese que conforme a este sistema mucho más sencillo que requiere de menos recursos de la Administración ya que se podría basar en una liquidación de todos los importes que quede establecida desde el principio y no en tramos anuales (sin perjuicio de que no resulte ejecutiva la totalidad desde el primer ejercicio por la elevadísima cuantía que puede suponer, llegando a resultar inasumible para muchas compañías pese a su volumen) con la posibilidad de reclamar a posteriori la devolución de ingresos indebidos si se produce una recolocación o si no son agotadas las prestaciones o subsidios (arts. 44 y siguientes del RGRSS).

Cabría oponer que la aportación tiene una naturaleza híbrida y encaja con dificultad en este tipo de derechos de cobro de la Seguridad Social, pero no se trataría de la primera ocasión en la que la Seguridad Social incluye una figura con contornos grises: es el caso del recargo de prestaciones, del que ya se ha hecho referencia previamente y que trae causa de prestaciones de la Seguridad Social y que también manifiesta una vertiente sancionadora.

No obstante lo anterior, no se niega que en el encaje que se propone en esta alternativa el punto divergente se encuentra en que lo recaudado no solo no se destina a la persona trabajadora, sino que ni siguiera toda la cuantía es abonada a las cuentas de la Seguridad Social para el sostenimiento del sistema o para el desarrollo de actividades a favor de la empleabilidad de las personas maduras. Por ello, una hipotética reforma en el sentido que se indica también conllevaría una definición distinta del destino de las cantidades recaudadas, quedando en el ámbito de los recursos de la Seguridad Social y del Fondo para su sostenimiento.

7.4 Referencia especial al tratamiento concursal del crédito generado por la aportación al Tesoro Público: encuadramiento dentro de los créditos del concurso

Al margen de presentar modelos de aportación alternativos, antes ha sido expuesto que esta figura queda enmarcada en un contexto de reestructuración y crisis de empresa. Por ello, de sobra se conoce que la reestructuración mediante el despido colectivo puede posteriormente dar paso a una situación de insolvencia. Frente a este escenario, cabe preguntarse por las garantías que ofrece la LC, a los créditos derivados de la aportación al Tesoro Público.

En este supuesto, declarado el concurso de acreedores, dada su condición de deuda de carácter público, parece lógico considerar que el ordenamiento jurídico reserva a este tipo de créditos un tratamiento más privilegiado que el aplicable a las deudas de carácter privado.

En efecto, dentro de la clasificación de los créditos en el concurso de acreedores, el artículo 280.4 de la LC, reconoce un privilegio general a los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como a los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial, categoría mucho más restrictiva. Según el referido artículo, el privilegio alcanza hasta el cincuenta por ciento de su importe.

Tal calificación para este tipo de derechos de naturaleza pública, dentro de los que se incluye como hemos analizado la aportación al Tesoro, ha sido reconocida por la AP de

Alicante en su sentencia de 24 de febrero de 2011¹⁸⁶. En efecto, aunque este tipo de créditos no tienen propiamente naturaleza tributaria, obedecen al interés general y a garantizar el sostenimiento del sistema prestaciones y ayudas públicas, lo que justifica este tratamiento singularizado frente al resto de créditos agrupados como ordinarios

En consecuencia, a la hora de realizar el pago, una vez atendidos los créditos contra la masa y los afectados al privilegio especial, procederá la liquidación de los mismos.

Dada la variedad de acreedores que pueden concurrir en un concurso y los intereses enfrentados que pueden tener, la calificación de los distintos créditos resulta siempre una cuestión controvertida y litigiosa. No obstante, para este tipo de créditos, el Juez del concurso cuenta con la facultad de poder autorizar el pago sin esperar a la conclusión de las impugnaciones promovidas, adoptando las medidas cautelares que considere oportunas en cada caso para asegurar su efectividad y la de los créditos contra la masa de previsible generación en el desarrollo posterior del concurso.

7.5 Prescripción del plazo para reclamar la aportación

En la práctica se ha cuestionado en diversas ocasiones el plazo con el que cuenta el SEPE para llevar a cabo la reclamación de la aportación al Tesoro. Así, se ha llegado a plantear que el plazo de reclamación sería de un año, con fundamento lo dispuesto en el art. 7.e) del RD 1484/2012. Dicho precepto establece que, como regla general, el período al que debe estar referido la liquidación, comprenderá el año natural inmediatamente anterior al año en el que se llevase a cabo la propuesta de liquidación. De esta manera, con esta interpretación se ha pretendido que reclamaciones anteriores al año quedaran prescritas, no procediendo su abono. Frente a ello, los Tribunales¹⁸⁷ han confirmado que en esta materia resulta de aplicación el plazo general de cuatro años que establece el art.

¹⁸⁶ SAP Alicante 24 de febrero de 2011 (recurso 86/2011): “La protección del crédito público trae causa en la protección de interés general. No es por tanto solo expresión de una determinada política concursal sino de sostenimiento del sistema público de servicios que tiene como fuente los tributos y como reserva, el montante económico resultante tanto de la recaudación de tributos como de la propia actividad directa o indirecta de la administración destinada a la financiación de los servicios públicos.”

¹⁸⁷ STS 31 de octubre de 2017 (recurso 235/2017).

15 de la Ley 47/2013, comenzando a contar desde que la reclamación pudo ejercitarse. En este caso, la reclamación procede desde que es emitida por el certificado previsto en el número 7 de la DA decimosexta.

Así, la referencia al plazo que señala el art. 7. e) del RD 1484/2012 está incluida en una norma con rango de reglamento que (por el lugar que ocupa en la escala jerárquica) no puede entrar en colisión con lo establecido en la Ley. Además, una correcta interpretación de la norma en cuestión demuestra que no se está estableciendo plazo de prescripción alguno. Muy al contrario, se está indicando la información que ha de contener la liquidación provisional de las aportaciones que debe efectuar la empresa, puesto que (como se ha indicado) el importe de esta aportación queda determinado anualmente en función de la situación de las personas mayores de 50 años afectadas y la información que pueda recopilar el SEPE.

7.6 Destino de la aportación

En contra de lo que la finalidad y lógica de la aportación pueden hacer pensar, no todo el importe recaudado se destina a compensar el gasto que representa el abono de las prestaciones por desempleo, cotizaciones y subsidios que efectúa el SEPE.

En efecto, la DA decimosexta no establece esta obligación, antes bien, a tenor de su apartado 12, solo el 50% de las cantidades recaudadas en el ejercicio inmediatamente anterior se consignarán en el presupuesto del SEPE con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral dirigidas al colectivo de los trabajadores de cincuenta o más años que se encuentren en situación legal de desempleo.

El hecho de que no se ingrese en el SPEE o en la TGSS, da cierto margen de maniobra a la Administración Estatal sobre el destino de los importes que se reciben. A mayor abundamiento, como señala la doctrina, el pago para aplicar políticas de formación a mayores de 50 años es coherente con los objetivos de la norma sobre el envejecimiento

activo. Si se destinase a pagar los subsidios, pondría de manifiesto el fracaso del sistema¹⁸⁸.

8. IMPUGNACIÓN DE LA LIQUIDACIÓN DE LA APORTACIÓN AL TESORO PÚBLICO

8.1 La impugnación en vía administrativa: alegaciones previas

Frente a la propuesta de liquidación, al considerar que no procede la misma en todo o en parte, la empresa que asume la posición de obligado tributario, puede:

- a) No formular alegaciones, de manera que la propuesta de liquidación pasará a ser definitiva, recibiendo la oportuna liquidación definitiva cuyos importes solo variarán en caso de revisión de oficio por parte del propio SEPE.
- b) Formular alegaciones, negando que proceda la obligación de llevar a cabo la aportación al Tesoro Público, tal y como establece el art. 76 de la LPACAP.
- c) Junto a lo anterior, formular alegaciones y –bien como pretensión principal o subsidiaria- acreditar que, en caso de quedar confirmada la obligatoriedad de la aportación de los trabajadores, su importe final se verá sustancialmente reducido por la recolocación de los trabajadores de cincuenta o más años a los efectos de la exclusión del cálculo de la aportación económica de los importes de las prestaciones y subsidios de dichos trabajadores, siempre que se cumplan los requisitos que indica el artículo 6.2 del RD 1484/2012.

Cuando se formulan alegaciones, la empresa obligada al pago debe establecer las líneas maestras de lo que será su defensa. Por ello, en una correcta argumentación jurídica, los restantes trámites, tanto dentro de la vía administrativa, como dentro de la vía judicial, deben desarrollar las líneas argumentales que ya están definidas en el escrito de

¹⁸⁸ RODRÍGUEZ CARDO, I., “Bonificaciones, desempleo y otros temas de Seguridad Social”, MONTROYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J. (dirs.) *Comentarios a la reforma laboral de 2012*, cit., pág. 515.

alegaciones, pero no aportar nuevos motivos si no traen causa de hechos o circunstancias conocidas posteriormente.

Como dispone el art. 118.1 de la LPACAP, no se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en este trámite no se haya hecho. Tampoco podrá solicitarse la práctica de pruebas posteriormente, cuando su falta de realización en el procedimiento en el que se dictó la resolución recurrida fuera imputable al interesado.

En contra de lo que pudiera parecer, este trámite no es un recurso “menor” y cobra una importancia decisiva en la práctica, para reducir su cuantía si los trabajadores beneficiados han prestado servicios en otras empresas posteriormente.

Así, las alegaciones que puede presentar en el plazo de 15 días, pueden ir acompañadas de la prueba que considere pertinente el interesado. Por ello, podrá aportar o solicitar prueba sobre las recolocaciones de los trabajadores a efectos de la exclusión del cálculo de la aportación económica.

Tal y como se ha apuntado, existe recolocación cuando se haya producido en los 6 meses siguientes a la fecha de extinción de los contratos, a través de un nuevo contrato de análoga naturaleza y con jornada equivalente. Además, su duración debe haber alcanzado, al menos, los tres años, salvo que se extinga por despido disciplinario declarado procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente, total, absoluta o gran invalidez.

8.2 La impugnación en vía administrativa: el recurso de alzada

Tras el trámite de alegaciones, cuando las mismas no sea estimadas o solo lo sean en parte, el Director General del SEPE dictará una resolución con el contenido que señala el ya citado art.7 del RD 1484/2012. Esta resolución puede revisar a la baja la cantidad, cuando la empresa consigue acreditar la recolocación de todos o alguno de los trabajadores mayores de 50 años afectados por el despido colectivo.

Esta liquidación podrá ser recurrida en alzada por la empresa. Al margen de las concretas previsiones establecidas por la materia, el recurso de alzada se ajusta a la regulación establecida en la LPACAP.

Como señala el art. 115 de dicha Ley, el recurso debe reunir un contenido necesario:

- a) El nombre y apellidos del recurrente, así como la identificación personal del mismo.
- b) El acto que se recurre y la razón de su impugnación.
- c) Lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del medio y, en su caso, del lugar que se señale a efectos de notificaciones.
- d) Órgano, centro o unidad administrativa al que se dirige y su correspondiente código de identificación.
- e) Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas.

Como dispone el art. 122 de la LPACAP, el interesado cuenta con el plazo de un mes para interponer el recurso. La interposición no suspende la ejecución de la resolución salvo que se solicite y se constituya, además, aval bancario solidario para garantizar el importe de la liquidación. En ese caso, una vez resuelto el recurso, salvo que la resolución indique lo contrario, se inicia el procedimiento de recaudación teniendo en cuenta el importe resultante y se cancela la garantía en el plazo de dos meses.

En otros procedimientos de naturaleza similar, para evitar los costes adicionales que conlleva la presentación de aval, o por las propias dificultades a las que en ocasiones se enfrentan los obligados al pago, es posible realizar el pago de manera cautelar; es decir, sin que la liquidación implique una aceptación de la liquidación. De esta manera, en caso de estimación total o parcial del recurso, la Administración debe devolver el importe en la parte que corresponda con el abono adicional de los intereses. No obstante, dado el elevado importe que representa la liquidación de la aportación del Tesoro, resulta complicado que esta opción, en el presente caso, sea viable.

A lo apuntado cabe añadir que la obligada al pago es una empresa que ha debido llevar a cabo una reestructuración. Por ello, con independencia de los beneficios que haya podido contabilizar muy difícilmente su estructura financiera (y que determinan la “activación” de la aportación), podrá adoptar este tipo de resoluciones, aunque ahorren costes adicionales o simplifiquen la tramitación que debe llevar a cabo frente a este tipo de liquidaciones que recurre.

En caso de suspensión, una vez resuelto el recurso de alzada, salvo que en la resolución se indique lo contrario, se iniciará el procedimiento de recaudación teniendo en cuenta el importe resultante en el citado recurso, y se procederá a cancelar la garantía presentada en el plazo de dos meses desde que se haya notificado la resolución del mismo.

Señala el art. 118 de la LPACAP que, si del recurso se deriva el conocimiento de nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario, se pondrán de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificantes que estimen procedentes.

En el asunto que nos ocupa, tendrán la consideración de interesados las personas trabajadoras beneficiarias de la aportación o bien otras empresas que, eventualmente, puedan integrar el grupo de empresas. Si hubiera otros interesados se les dará, en todo caso, traslado del recurso para que, en el plazo antes citado, aleguen cuanto estimen procedente.

8.3 Recurso potestativo de reposición

Antes de agotar la vía administrativa, el interesado puede interponer el recurso potestativo de reposición. Este recurso se encuentra regulado en la ya citada LPACAP, cuyo artículo 123 señala que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado. Como precisa el art. 124 de la LPACAP, el plazo para interponer el recurso es de un mes cuando la resolución objeto del recurso es expresa. Si el acto no es expreso, es posible interponer el recurso a partir del día siguiente a aquel en que, de

acuerdo con la normativa que regula el procedimiento, se produce el acto presunto. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso también será de un mes. Transcurrido el plazo, definitivamente quedará abierta la vía judicial. Lo que no resulta admisible es interponer el recurso y, antes de que sea resuelto de manera expresa o presunta, interponer la demanda judicial.

Puesto que el recurso está dirigido al mismo órgano que dictó la resolución, la virtualidad práctica de este recurso es limitada. Es esperable que el órgano se ratifique en la resolución que ha dictado previamente.

Como señala la doctrina especializada, el tratamiento del recurso potestativo de reposición no ha tenido el tratamiento que precisaba, a fin de dotar la suficiente seguridad respecto a los plazos de caducidad y prescripción¹⁸⁹.

8.4 La impugnación en vía judicial

8.4.1 Jurisdicción competente y marco competencial

Como regla general, frente a la resolución del recurso de alzada que confirma –en todo o en parte– la liquidación en concepto de aportaciones, el interesado suele interponer directamente la demanda y no acudir al recurso potestativo de revisión.

El cauce procesal es un novedoso procedimiento establecido en la LRJS, concretamente se trata del art. 151, ubicado en la Sección 2ª del Título VII de la ley rituarial laboral, dedicada a la regulación “del procedimiento de oficio y del de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social no prestacionales.”

Hasta la entrada en vigor de la LRJS, la jurisdicción competente era la contencioso-administrativa, al emanar la resolución impugnada de la Administración Pública.

¹⁸⁹ ROSA MORENO, J., “El control judicial de los actos administrativos de naturaleza laboral. Algunas cuestiones interpretativas sobre el agotamiento de la vía administrativa previa”, *Revista Vlex de Derecho Administrativo*, 1, 2020, pág. 103.

Como señala esta Ley en su preámbulo, se regula específicamente una nueva modalidad procesal, a partir de una demanda contencioso-laboral análoga al recurso contencioso-administrativo anteriormente tramitado en dicho orden jurisdiccional, que sirve de cauce a la impugnación de los actos administrativos en materia laboral. Se cumple de este modo una de las previsiones que contenía la anterior Ley de Procedimiento Laboral de 1995 que, en su artículo 3, establecía la previsión de que los órganos jurisdiccionales del Orden Social conocieran de las pretensiones sobre:

- a) Las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones por todo tipo de infracciones de orden social, con las excepciones de aquellos actos no relacionados con la gestión de prestaciones de Seguridad Social.
- b) Las resoluciones administrativas relativas a regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

Para este desarrollo normativo contemplaba un plazo de nueve meses que no fue cumplido durante la vigencia de aquella norma procesal, pero que sí ha venido a desarrollar la LRJS.

Con el nuevo procedimiento previsto en el art. 151 de dicha Ley, se unifica el conocimiento de los conflictos y pretensiones que se produzcan en el ámbito laboral, sindical y en el de Seguridad Social, lo que sin duda contribuye en la efectividad, coordinación y seguridad de la respuesta judicial¹⁹⁰.

La habilitación competencial se encuentra en los apartados n) y s) del artículo 2 de la LRJS, precepto que, como se sabe, establece el ámbito material encomendado a la Jurisdicción social.

La letra n) de este artículo reserva a los Tribunales del Orden Social la competencia para la impugnación de las resoluciones de los expedientes de regulación de empleo

¹⁹⁰ TRILLO GARCÍA, A.R., en MERCADER UGUINA, J.R., *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2015, pág. 120.

temporales (art. 47.3 del ET) y los despidos colectivos (art. 51.7 del ET) basados en la concurrencia de fuerza mayor. Es sabido que, con la reforma que lleva a cabo el RDL 3/2012, de 10 de febrero y, posteriormente, la Ley 3/2012, de 6 de julio, dentro de las medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, se suprime la resolución de la Autoridad Laboral para autorizar o denegar la aplicación de los expedientes de regulación de empleo y en los despidos colectivos. Solo se conserva para los casos donde debe ser apreciada la concurrencia de fuerza mayor, y es a este concreto supuesto, al que alude la letra n) del art. 3 de la LRJS. También en este bloque tienen cabida las impugnaciones de las resoluciones derivadas de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical o aquellos actos de la Administración relativos a estas materias, aunque estén sujetos a Derecho Administrativo, siempre que no sea establecida otra previsión.

Por su parte, la letra s) del citado artículo, encomienda a los Tribunales del Orden Social la impugnación de actos de las Administraciones públicas, sujetos a derecho administrativo y que pongan fin a la vía administrativa, dictadas en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia de Seguridad Social, distintas de las referidas a las prestaciones de Seguridad Social, incluyendo las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia y con excepción en materia de las impugnaciones de los actos administrativos en materia de Seguridad Social relativos a inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarifación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación de cuotas, actas de liquidación y actas de infracción vinculadas con dicha liquidación de cuotas y con respecto a los actos de gestión recaudatoria.

Puede apreciarse que la impugnación de las resoluciones del SEPE que establecen las liquidaciones en materia de aportación al Tesoro Público no cuentan con un encuadre directo en ninguno de estos preceptos:

- Dejando al margen la referencia a la fuerza mayor y a las resoluciones de carácter sancionador, que en este caso no resulta aplicable, la competencia de la

Jurisdicción Social en virtud de lo establecido en el art. 2. n) derivaría de tratarse de un acto de la Administración relativo a una materia laboral.

- Por otro lado, si se atiende al tipo de liquidación que contienen estas resoluciones basadas en el desempleo, las cotizaciones y el canon que resulta aplicable, en ese caso el encuadramiento en el art. 2.s) parece más apropiado.

8.4.2 Tramitación

El procedimiento debe seguir los cauces del art. 151 de la LRJS, que encaja la regulación del proceso laboral ordinario con algunas especialidades, remitiéndose igualmente a la aplicación de las normas reguladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa, siempre y cuando sean compatibles con los principios del proceso laboral.

La legitimación activa corresponde a los destinatarios del acto o a quienes ostenten derechos o intereses legítimos para su revocación o anulación (art. 151.5 de la LRJS). En este caso, resulta claro que quien estará legitimada será la empresa encargada de llevar a cabo la aportación al Tesoro. La legitimación pasiva va a corresponder al SEPE. El precepto también contempla la posibilidad de que las personas trabajadoras afectadas, o sus causahabientes, o a los terceros que puedan alcanzar responsabilidades también puedan contar con la condición de parte. No obstante, esta posibilidad de que puedan personarse las personas trabajadoras o sus causahabientes en la práctica carecerá de virtualidad, ya que el resultado del proceso no afectará a las prestaciones de los trabajadores afectados por el despido mayores de 50 años.

Los sindicatos y asociaciones empresariales más representativos, así como aquellos con implantación en el ámbito de efectos del litigio o los representantes legales de las personas trabajadoras tienen la posibilidad de personarse y tener la calificación de parte en el proceso si acreditan actuar en defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios o por la función de velar por el cumplimiento de las normas vigentes (art. 151.6 de la LRJS). Esta intervención puede acontecer una vez iniciado el proceso y no implicará que deban retroceder las actuaciones. Ahora bien, esta posibilidad (como ocurre en el caso de las personas trabajadoras que sirven de referencia para el cálculo de la

aportación) no parece muy probable en la práctica, ya que el cálculo y abono de la aportación no alcanza, ni a la patronal, ni a los sindicatos, al tratarse de una materia que no tiene dimensión colectiva.

La admisión a trámite de la demanda estará condicionada al agotamiento del recurso de alzada o el recurso potestativo de reposición (art. 151.2 de la LRJS), trámite que tendrá que ser debidamente demostrado por la parte actora. A este respecto, se debe indicar que podrá ser probado mediante una resolución expresa de la administración o bien mediante el silencio administrativo con sentido negativo, transcurridos tres meses. Con la demanda deberá acreditarse, en su caso, el agotamiento del recurso de alzada, contando con resolución o considerándolo desestimado por silencio administrativo (art. 24 de la LACAP). En caso contrario, la parte actora será requerida a que acredite la finalización de la vía administrativa, como también ocurre cuando la demanda no cuente con el contenido necesario, el Letrado de la Administración de Justicia, dispondrá que se subsane el defecto en el plazo de cuatro días (art. 151.4 de la LRJS).

En orden al señalamiento del juicio, reclamación del expediente administrativo, emplazamiento de los posibles interesados, congruencia con el expediente administrativo y demás aspectos relacionados, se estará a lo dispuesto en los arts. 143 a 145 de la LRJS preceptos dedicados a los procesos sobre prestaciones de Seguridad Social.

En virtud de la regla que establece el art. 151.3 de la LRJS, corresponde a la parte actora, la carga de precisar el objeto de la impugnación de la resolución del SEPE que determina el importe de la aportación del Tesoro Público por el despido colectivo. No le corresponde al SEPE llevar a cabo el desglose minucioso de la forma en la que ha calculado la liquidación de la aportación al Tesoro. Muy al contrario, debe ser la empresa la que debe argumentar y demostrar en la fase de prueba del juicio el error de la liquidación o que no proceda¹⁹¹.

¹⁹¹ STSJ Madrid 26 de junio de 2017 (recurso 837/2016).

Además del método de cálculo, las impugnaciones también han estado referidas a la posibilidad de que las reclamaciones estuvieran prescritas conforme a la interpretación que ya ha sido apuntada del art. 7 e) del RD 1484/2012. Mayor atención, si cabe, merece otro motivo de impugnación muy recurrente que deriva de las distintas versiones que ha experimentado la DA decimosexta. La diferente regulación ha generado un marco legal distinto para las empresas obligadas, en función de la normativa que resultara aplicable cada año en el que se efectuaba la liquidación. De hecho, los criterios de cálculo podían cambiar de un año a otro, en función de la regulación de la DA decimosexta que resultara aplicable. En efecto, se debe tener en cuenta que, con la última modificación, a partir del 1 de enero de 2013 podría darse el caso de que el despido colectivo no afecte a personas mayores de 50 años y tener que proceder en todo caso a llevar a cabo la aportación. En cambio, en la regulación anterior no se activaba la obligatoriedad de la aportación si no se afectaba, al menos, a una persona mayor de cincuenta años en ese momento. Frente a ello, el RDL 5/2013, no deroga la normativa anterior, sino que establece un nuevo requisito de porcentajes¹⁹².

Esta situación y el hecho de que, en función del inicio del ERE podía ser aplicable una redacción u otra de la disposición¹⁹³, ha propiciado que se haya cuestionado de manera infructuosa la constitucionalidad de la DA decimosexta a la luz del principio de irretroactividad de la norma menos favorable establecido en el art. 9.3 de la CE, teniendo en cuenta que el marco legal anterior podía ser más perjudicial para la empresa que el que se encuentra vigente en los siguientes años donde debe proceder a la liquidación de cada ejercicio¹⁹⁴. Con fundamento en la doctrina del Tribunal Constitucional¹⁹⁵ no se ha considerado contraria a nuestra Constitución que resulte de aplicación la normativa propia

¹⁹² STS 11 de febrero de 2019 (recurso 228/2017).

¹⁹³ Normativa aplicable en función de la fecha de inicio del ERE: Ley 27/2001: del 27 de abril al 12 de febrero de 2013, RDL 3/2012: del 13 de febrero de 2012 al 7 de julio de 2012, Ley 3/2012: del 8 de julio de 2012 al 31 de diciembre de 2012, RDL 5/2013: desde el 1 de enero de 2013.

¹⁹⁴ SSTs 29 de enero de 2019 (recurso 1137/2018), 23 de abril de 2018 (recurso 84/2017) y STSJ Madrid 31 de octubre de 2017 (recurso 235/2016).

¹⁹⁵ En particular la STC 61/2016, de 17 de marzo (recurso 2408/2014).

de cuando se inicia el ERE, aunque en las liquidaciones posteriores pudieran ofrecer un marco legal más favorable para la empresa que acomete el ERE posteriormente. Conforme a esta argumentación, no cabe considerar adecuada la “petrificación” del ordenamiento, sino que el principio de seguridad jurídica resulta compatible con la alterabilidad del ordenamiento y la libertad de configuración del legislador en orden al desarrollo y evolución del ordenamiento jurídico, hasta los límites que puedan considerarse como adecuados a los principios del art. 9 de la CE. Además, el citado artículo de la Constitución no contiene en absoluto un límite de carácter general a la retroactividad *in peius* de las leyes. De este modo, la expresión “restrictiva de derechos individuales” ha de estar referida a derechos adquiridos, entendiendo por tales los que surgen de situaciones agotadas o relaciones concluidas (que no es el caso aquí), consumadas bajo la anterior legislación, no (por tanto) a las que se encuentren todavía vivas o que se encontrasen produciendo efectos jurídicos, y de cara a esos efectos futuros, tras la entrada en vigor de la nueva regulación. Se habla por tanto de una “irretroactividad de grado medio” que no resulta contraria al art. 9.3 de la CE conforme a las razones expuestas.

Frente a lo manifestado respecto de los motivos de oposición a la liquidación sobre los que se base la demanda, los hechos constatados por los inspectores de Trabajo y Seguridad Social o por los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos legales pertinentes, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que, en defensa de los respectivos derechos e intereses, puedan aportar los interesados. El mismo valor probatorio tendrán los hechos constatados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes (art. 151.8 de la LRJS). En consecuencia, en este punto, el informe de la Inspección de Trabajo emanado del despido colectivo puede resultar esclarecedor.

La sentencia efectuará los pronunciamientos que correspondan según las pretensiones oportunamente formuladas por las partes y, en concreto (art. 151.9 de la LRJS), siguiendo

un esquema muy parecido al contenido de la sentencia del procedimiento contencioso-administrativo¹⁹⁶:

- a) Declarará la inadmisibilidad de la demanda por carencia de jurisdicción, por no ser susceptible de impugnación el acto recurrido, haberse formulado aquélla fuera del plazo establecido o cuando se aprecie la falta de cualquier otro presupuesto procesal, así como cuando se impugnen actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes, y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.
- b) Desestimaré la demanda cuando se ajuste a derecho el acto impugnado.
- c) Estimaré la demanda si se aprecia infracción del ordenamiento jurídico, incluida la desviación de poder por haberse utilizado las potestades administrativas para fines distintos de los legalmente previstos. En este caso, la sentencia declarará no conforme a derecho el acto impugnado y lo anulará total o parcialmente y, cuando así proceda, ordenará el cese o la modificación de la actuación impugnada o impondrá el reconocimiento de una determinada situación jurídica individualizada.
- d) En caso de declaración de nulidad del acto o resolución por omisión de requisitos de forma subsanables de carácter esencial que hayan ocasionado indefensión, podrá disponerse la nulidad del procedimiento seguido a los solos efectos de retrotraerlo al momento de producción. La declaración de la caducidad del expediente, no impedirá la nueva iniciación de la actuación administrativa, si, por su naturaleza, no estuviera sujeta a un plazo extintivo de cualquier clase, sin que el procedimiento caducado tenga eficacia interruptora de dicho plazo.

¹⁹⁶BARRIOS BAUDOR, G.L., “Impugnación de prestaciones de la Seguridad Social y de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social no prestacionales en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 103, 2013, pág. 310.

8.4.3 Medidas cautelares

Tal y como se ha señalado anteriormente, antes de que finalice la vía administrativa, mientras se tramita la demanda es posible que los interesados puedan solicitar al órgano judicial la adopción de medidas cautelares a fin de garantizar la efectividad de la sentencia.

En este caso, sin perjuicio de que las personas trabajadoras mayores de 50 años afectadas por el despido colectivo puedan ostentar la condición de interesados, la solicitud de estas medidas corresponderá fundamentalmente a la empresa que asume la posición de parte actora y al SEPE como demandado.

Así las cosas, la empresa puede solicitar la suspensión de la reclamación de la liquidación de la aportación, si la garantiza mediante aval anteriormente apuntada, solo alcanza a la vía administrativa finalizando con la resolución que desestima el recurso de alzada.

En el caso del SEPE, puede requerir el aseguramiento del pago de la cantidad, tanto en esta instancia como en la fase de recaudación. En este punto, el RD 1484/2012 dispone en su art. 8 que, cuando el despido colectivo implique la cesación total de la actividad de la empresa en el territorio español, el órgano competente (en este caso, el Juzgado de lo Social) podrá adoptar las medidas cautelares oportunas, de acuerdo con la ley, para asegurar el cobro de la deuda correspondiente a la aportación económica, aun cuando esta no haya sido objeto de cuantificación y liquidación con carácter previo.

A los efectos de la adopción de las medidas cautelares a que se refiere el párrafo anterior, el SEPE comunicará al órgano competente, en el plazo más breve posible, la estimación de la aportación económica a abonar por la empresa en función de todos los datos conocidos que puedan influir en la determinación de la aportación económica que la empresa obligada debe satisfacer.

9. IMPACTO DE LA APORTACIÓN AL TESORO PÚBLICO

De las cifras analizadas se deduce que la incidencia de la aportación es muy limitada en comparación el número de empresas que inician el período de consultas para un despido colectivo. Los datos expuestos pueden llevar a la consideración ficticia de que el legislador está cumpliendo una de las finalidades que se propuso con esta figura instrumental y es su papel “desincentivador”, protegiendo a este colectivo de trabajadores.

Sin negar lo anterior, para poder interpretar adecuadamente la realidad que subyace tras los números y contar con una perspectiva global, también es preciso tener en cuenta adicionalmente las siguientes variables:

- El plazo de prescripción es de cuatro años, por lo que no siempre la aplicación del despido colectivo y la reclamación de la aportación son procesos acompañados. De hecho, el elevado número de expedientes de 2018 en comparación con los años anteriores, derivan del impulso de oficio por parte del SEPE, ya que, de no hacerlo así, muchos expedientes podrían quedar prescritos.
- Puesto que la necesidad de proceder a la aportación es una obligación dinámica que puede ser de aplicación con posterioridad a la negociación del despido colectivo (por la generación de beneficios el año posterior, por ejemplo), nuevamente la evolución puede ser distinta y conducir o no a la obligación.
- A lo apuntado, se suma el ámbito objetivo sobre el que incide la aportación: las empresas con más de 100 personas trabajadoras. Nos referimos, por tanto, a un reducido número de empresas, habida cuenta el tamaño medio de las empresas en nuestro país. De hecho, si comprobamos las notas características del tejido empresarial español, prácticamente el 40% de las empresas cuentan con menos de 10 trabajadores; algo más del 5% tienen la condición de pequeñas (10-49

trabajadores); las medianas (51-249 trabajadores) no alcanzan el 1%; y un escasísimo 0,2% son grandes empresas con 250 o más trabajadores¹⁹⁷.

Como es fácil de apreciar, no todas las empresas que siguen realizando reestructuraciones que afectan mayoritariamente a personas de edad madura, pese a contar con beneficios, manteniendo el anterior sistema de las “prejubilaciones” están obligadas a realizar aportaciones al Tesoro, pese a que posteriormente pertenezcan al colectivo de desempleados de larga duración y sea el sistema de pensiones quien deba asumir los costes de su desvinculación de la vida activa.

Este factor, sumado a otras variables, determina que los trabajadores mayores integren un colectivo especialmente vulnerable y más desprotegido que otros, como se expone seguidamente.

Transcurridos ya más de diez años de la entrada en vigor de esta polémica disposición, podemos analizar su impacto si -acudiendo a las estadísticas- comparamos el número de despidos colectivos con los expedientes que en concepto de aportación al Tesoro Público ha llevado a cabo el SEPE como órgano gestor de la aportación.

Teniendo en cuenta las últimas estadísticas oficiales disponibles, es posible comparar el número de empresas que han llevado a cabo despidos colectivos con el número de aportaciones al Tesoro Público desde el inicio de la recaudación en 2013.

9.1 Año 2013

Como se ha señalado, tras dos años de vigencia, en 2013 comienza formalmente el SEPE a desarrollar el procedimiento de recaudación. En ese momento, son 12 las empresas que reciben la propuesta de liquidación del SEPE¹⁹⁸, englobando a un total de 4.563 personas trabajadoras mayores de 50 años. El reducido impacto puede constatarse

¹⁹⁷ Fuente: Estadística del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. (<https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2013/REG/REG.pdf>).

¹⁹⁸ Fuente: SEPE. Informe anual 2013, cit. pág. 48.

de manera clara, si se toma en consideración que ese año 21.228 empresas llevaron a cabo regulaciones de empleo¹⁹⁹.

Como resulta lógico, dentro de las empresas (cuyo listado no figura en la memoria anual de este Organismo) destaca el ERE de Telefónica que debe aportar el 97% de las cantidades reclamadas, puesto que, de las 4.563 personas indicadas, 4.408 pertenecían a esta empresa.

Como señala el SEPE, en procedimiento va a continuar los años sucesivos, de manera que a las empresas inicialmente incluidas se irán sumando otras con el perfil que diseña la DA decimosexta. Para ello, actuarán de manera coordinada la Subdirección General de Prestaciones por Desempleo y la Subdirección General de Gestión Financiera, con el apoyo de la Subdirección General de Tecnologías de la Información y Comunicaciones.

9.2 Año 2014

El año siguiente, el número de empresas casi se duplica, pasando a 23. También aumenta el número de personas trabajadoras mayores de 50 años, en el número de 7.102. En total, la cantidad reclamada asciende a 141,14 millones de euros.

Nuevamente, el protagonismo lo acapara el ERE de Telefónica, justificando la adición de la enmienda. En este caso el 87% de la reclamación recae sobre esta compañía que se desprendió de 6.034 personas de 50 o más años²⁰⁰. Nuevamente las empresas que quedan afectadas por la DA decimosexta representan una nimiedad frente a las 10.637 regulaciones de empleo acometidas ese año²⁰¹.

¹⁹⁹ Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Estadísticas 2014, que incluye información del año 2013, (<https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2014/REG/REG.pdf>).

²⁰⁰ Fuente: SEPE. Informe anual 2014, página 47. (https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_sobre_el_sepe/informe_anual_2014.pdf [última consulta: 30 de noviembre de 2021]).

²⁰¹ Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Estadísticas 2014, cit.

9.3 Año 2015

En el año 2015, 5.675 empresas²⁰² realizaron despidos colectivos, reclamándose la aportación a 32 empresas, lo que representa un 0,56%. Es posible detectar que los signos de recuperación económica ya son más perceptibles y la cifra casi cae a la mitad en comparación con el año anterior-

Empresa
Abbott Laboratories, S.A.
Agrupación de empresas, Automatismos
Asea Brown Boveri, S.A.
Autobar Spain, S.A.U.
Banco Caixa Geral, S.A.
Cajas Rurales Reunidas, S.C. de Crédito
COMSA, S.A.
Ediciones El País, S.A.
Femxa Formación, S.L.
Fundación Ciudad de la Energía
Greenpeace España, S.A.
Grupo Barclays Bank
Grupo Boehringer Ingelheim España
Grupo Raga, S.A.
Johnson & Johnson, S.A.
Laboratorios Leo Pharma, S.A.
Nokia Siemens Networks, S.L.
Oxidoc Exclusivas, S.L.
Padelsa Infrestr. CHM Obras e Infraest.
Pfizer, S.L.U.
Prefabricaciones y Contratas, S.A.
RBA Revistas, S.L.
Retevisión-I, S.A.U.
Sanofi Pasteur, MSD, S.A.
Schweppes, S.A.
Systems Niscayah, S.A.U.
Securitas Seguridad Ciudadana, S.A.

²⁰² Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Estadísticas 2015.
(<https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2015/REG/REG.pdf>).

Servicios de Telemarketing, S.A.
Telefónica de España, S.A.U.
Tradia Telecom, S.A.
Zena Grupo de Resturación, S.A.

Las prestaciones fueron abonadas a 7.899 trabajadores, por valor de 267 millones de euros, siendo ingresados durante el ejercicio la cantidad de 229,4 millones de euros²⁰³.

9.4 Año 2016

En el año 2016, 3.999 empresas²⁰⁴ realizaron despidos colectivos, cumpliendo los requisitos para reclamar la aportación a 33 empresas, lo que representa un 0,82%.

Las prestaciones fueron abonadas a 9.215 trabajadores, por valor de 368 millones de euros, siendo ingresados en ese ejercicio 334 millones de euros²⁰⁵.

Empresa
Abbott Laboratories, S.A.
Agrupación de empresas, Automatismos
Asea Brown Boveri, S.A.
Autobar Spain, S.A.U.
Banca Cívica, S.A.
Banco Caixa Geral, S.A.
Cajas Rurales Reunidas, S.C. de Crédito
Danone, S.A.
Duro Felguera Calderería Pesada, S.A.U.
Ediciones El País, S.A.
Femxa Formación, S.L.

²⁰³ Fuente: SEPE, Informe Anual 2015, págs. 81-83.

(https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_sobre_el_sepe/informe_anual_2015.pdf [última consulta: 30 de noviembre de 2021]).

²⁰⁴ Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Estadísticas 2016.

(<https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2016/REG/REG.pdf> [última consulta: 30 de noviembre 2021]).

²⁰⁵ Fuente: SEPE, Informe Anual 2016, págs. 97 y 98.

(https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_sobre_el_sepe/informe_anual_2016.pdf [última consulta: 30 de noviembre de 2021]).

Fundación Ciudad de la Energía
Gemalto SP, S.A.
Greenpeace España, S.A.
Grupo Barclays Bank
Grupo Boehringer Ingelheim España
Grupo Raga, S.A.
Johnson & Johnson, S.A.
Laboratorios Leo Pharma, S.A.
Nokia Siemens Networks, S.L.
Oberthur Technologies Ibérica, S.A.U.
Oxidoc Exclusivas, S.L.
Padelsa Infrestr. CHM Obras e Infraest.
Pfizer, S.L.U.
RBA Revistas, S.L.
Retevisión-I, S.A.U.
Sanofi Pasteur, MSD, S.A.
Schweppes, S.A.
Securitas Seguridad Ciudadana, S.A.
Servicios de Telemarketing, S.A.
Telefónica de España, S.A.U.
Tradia Telecom, S.A.
Zena Grupo de Resturación, S.A.

9.5 Año 2017

En el año 2015, 2.615 empresas²⁰⁶ realizaron despidos colectivos, reclamándose la aportación a 33 empresas, lo que representa un 1,26%.

Empresa
Abbott Laboratories, S.A.
Agrupación de empresas, Automatismos
Asea Brown Boveri, S.A.
Autobar Spain, S.A.U.
Banca Cívica, S.A.
Banco Caixa Geral, S.A.

²⁰⁶ Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Estadísticas 2017. (<https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2017/REG/REG.pdf> [última consulta: 30 de noviembre 2021]).

Cajas Rurales Reunidas, S.C. de Crédito
Danone, S.A.
Duro Felguera Calderería Pesada, S.A.U.
Ediciones El País, S.A.
Femxa Formación, S.L.
Fundación Ciudad de la Energía
Gemalto SP, S.A.
Greenpeace España, S.A.
Grupo Barclays Bank
Grupo Boehringer Ingelheim España
Grupo Raga, S.A.
Johnson & Johnson, S.A.
Laboratorios Leo Pharma, S.A.
Nokia Siemens Networks, S.L.
Oberthur Technologies Ibérica, S.A.U.
Oxidoc Exclusivas, S.L.
Padelsa Infrestr. CHM Obras e Infraest.
Pfizer, S.L.U.
RBA Revistas, S.L.
Retevisión-I, S.A.U.
Sanofi Pasteur, MSD, S.A.
Schweppes, S.A.
Securitas Seguridad Ciudadana, S.A.
Servicios de Telemarketing, S.A.
Telefónica de España, S.A.U.
Tradia Telecom, S.A.
Zena Grupo de Restauración, S.A.

Se mantienen las cifras, ya que las prestaciones fueron abonadas a 9.215 trabajadores, por valor de 368 millones de euros, siendo ingresados en el ejercicio 334 millones de euros²⁰⁷.

²⁰⁷ Fuente: SEPE, Informe Anual 2017, págs. 111-113.
(https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_sobre_el_sepe/informe_anual_2017.pdf [última consulta: 30 de noviembre de 2021]).

9.6 Año 2018

En el año 2018, 2.076²⁰⁸ empresas realizaron despidos colectivos, reclamándose la aportación a 47 empresas, lo que representa un 2,26% del total.

Empresas
Abbott Laboratories, S.A.
Aeronaval de Construcciones e Instalaciones
Agrupación de empresas, Automatismos
Asea Brown Boveri, S.A.
Autobar Spain, S.A.U.
Aviva Servicios Compartidos
Banca Cívica, S.A.
Banco Caixa Geral, S.A.
Bantierra (Cajalon)
Bausch and Lomb, S.A.
Caixabank, S.A.
Cajas Rurales Reunidas, S.C. de Crédito
Daiichi Sankyo España
Danone, S.A.
Duro Felguera Calderería Pesada, S.A.U.
Ediciones El País, S.A.
Femxa Formación, S.L.
Fundación Ciudad de la Energía
Gemalto SP, S.A.
Greenpeace España, S.A.
Grupo Boehringer Ingelheim España
Grupo Ercros
Grupo Raga, S.A.
Heineken España, S.A.
Huntsman Advanced Materials Spain, S.L.
Isdefe
Johnson & Johnson, S.A.

²⁰⁸ Fuente: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Estadísticas 2018. (<https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2018/REG/REG.pdf> [última consulta: 30 de noviembre 2021]).

Laboratorios Leo Pharma, S.A.
Leisure Parks, S.A.
LPG Técnicas de Extinción de Incendios, S.L.
Mondelez España Confectionery Production, S.L.U.
Nokia Siemens Networks, S.L.
Oberthur Technologies Ibérica, S.A.U.
Oracle Ibérica, S.R.L.
Oxidoc Exclusivas, S.L.
Padelsa Infrestr. CHM Obras e Infraest.
Pfizer, S.L.U.
Planificación y Control Logístico, S.A.
RBA Revistas, S.L.
Retevisión-I, S.A.U.
Sanofi Pasteur, MSD, S.A.
Schweppes, S.A.
Securitas Seguridad Ciudadana, S.A.
Servicios de Telemarketing, S.A.
Telefónica de España, S.A.U.
Tradía Telecom, S.A.
Zena Grupo de Restauración, S.A.

Las prestaciones fueron abonadas a 11.377 trabajadores, por valor de 391,09 millones de euros, siendo ingresados en el ejercicio 372,12 millones de euros²⁰⁹.

9.7 Año 2019

En el año 2019, 2.169²¹⁰ empresas realizaron despidos colectivos, reclamándose la aportación a 61 empresas, lo que representa un 2,81% del total.

Empresas
Abbott Laboratories, S.A.

²⁰⁹ Fuente: SEPE, Informe Anual 2018, págs. 127-129.
(https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_sobre_el_sepe/informe_anual_2018.pdf [última consulta: 30 de noviembre de 2021]).

²¹⁰ Fuente: Ministerio de Trabajo y Economía Social. Anuario de estadísticas 2019.
(<https://www.mites.gob.es/ficheros/ministerio/estadisticas/anuarios/2019/REG/REG.pdf> [última consulta: 30 de noviembre 2021]).

Aeronaval de Construcciones e Instalaciones
Agrupación de empresas, Automatismos
Alstom Power, S.A.
Altadis, S.A.
Álvarez Beltrán, S.A.
Asea Brown Boveri, S.A.
Autobar Spain, S.A.U.
Aviva Servicios Compartidos
Banca Cívica, S.A.
Banco Caixa Geral, S.A.
Bantierra (Cajalon)
Bausch and Lomb, S.A.
Caixabank, S.A.
Cajas Rurales Reunidas, S.C. de Crédito
Daiichi Sankyo España
Danone, S.A.
Duro Felguera Calderería Pesada, S.A.U.
Ediciones El País, S.A.
Femxa Formación, S.L.
Fundación Ciudad de la Energía
Gemalto SP, S.A.
Greenpeace España, S.A.
Grupo Boehringer Ingelheim España
Grupo Caser Seguros
Grupo Ercros
Grupo Raga, S.A.
Grupo Tenneco
Heineken España, S.A.
Huntsman Advanced Materials Spain, S.L.
Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora
Isdefe
Johnson & Johnson, S.A.
Laboratorios Leo Pharma, S.A.
Leisure Parks, S.A.
LPG Técnicas de Extinción de Incendios, S.L.
Mondelez España Confectionery Production, S.L.U.
Nokia Siemens Networks, S.L.
Oberthur Technologies Ibérica, S.A.U.
Oracle Ibérica, S.R.L.

Oxidoc Exclusivas, S.L.
Padelsa Infrestr. CHM Obras e Infraest.
Pfizer, S.L.U.
Planificación y Control Logístico, S.A.
RBA Revistas, S.L.
Retevisión-I, S.A.U.
Sanofi Pasteur, MSD, S.A.
SCA Hygiene Products, S.L.
Schweppes, S.A.
Securitas Seguridad Ciudadana, S.A.
Servicios de Telemarketing, S.A.
Takeda Farmacéutica España, S.A.U.
Telefónica de España, S.A.U.
Tradia Telecom, S.A.
Tragsa
Tragsatec
Vodafone España, S.A.U.
Zena Grupo de Restauración, S.A.
Zoetis Spain, S.L.U.

Las prestaciones fueron abonadas a 19.404 personas trabajadoras, por valor de 559,22 millones de euros, siendo ingresados en el ejercicio 410,676 millones de euros²¹¹.

Es interesante apreciar que el 67% de las cantidades que fueron ingresadas seguían correspondiendo al ERE de Telefónica, lo que igualmente comprende al 35% de las personas trabajadoras incluidas en las reclamaciones que efectúa el SEPE.

Además, en ese año, un total de 22 empresas habían recibido ya la notificación en la que se les informaba del inicio del procedimiento de recaudación de la aportación, analizando si concurren todas las circunstancias que determinan su abono:

²¹¹ Fuente: SEPE, Informe Anual 2019, págs. 154-157.

(https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_sobre_el_sepe/informe_anual_2019.pdf [última consulta: 30 de noviembre de 2021]).

Empresas
Anticipa Real Estate, S.L.U.
Axa Seguros, S.A.
Bacardi España, S.A.
Bankia
Barclays Bank, S.A.
Boehinger Ingelheim España, S.A.
Ercros, S.A.
Grupo Astrazeneca
Grupo Ericsson
Grupo Unysis
Hewlet Packard Outsourcing (Enterprise Solutions Outsourcing España, S.L.U.)
Ibercaja Banco, S.A.
Indra Sistemas, S.A.
Lenovo Spain, S.L.
Mantequerías Arias
Orange Espagne, S.A.U.
Peugeot Citroën Automóviles España, S.A.U.
Robert Bosch España Fábrica, Castellet, S.A.U.
Seat, S.A.
Silver Sanz
Teva (Teva Pharma y Ratiopharm España)

9.8 Año 2020

En el año 2020 se han tramitado las reclamaciones de aportaciones económicas a 71 empresas distintas, correspondientes a las prestaciones abonadas a 21.493 personas trabajadoras, por valor de 682 millones de euros, siendo ingresados 615 millones²¹².

Empresas
Abbott Laboratories, S.A.
Aeronaval de Construcciones e Instalaciones
Agrupación de empresas, Automatismos

²¹² Fuente: SEPE, Informe Anual 2020, págs. 147-150.

(https://www.sepe.es/SiteSepe/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_sobre_el_sepe/informe_anual_2020.pdf [última consulta: 30 de noviembre de 2021]).

Alstom Power, S.A.
Altadis, S.A.
Álvarez Beltrán, S.A.
Anticipa Real Estate, S.L.U.
Asea Brown Boveri, S.A.
Autobar Spain, S.A.U.
Aviva Servicios Compartidos
Bacardi España, S.A.
Banca Cívica, S.A.
Banco Caixa Geral, S.A.
Banco Santander, S.A.
Bantierra (Cajalon)
Bausch and Lomb, S.A.
Caixabank, S.A.
Cajas Rurales Reunidas, S.C. de Crédito
Daiichi Sankyo España
Danone, S.A.
Duro Felguera Calderería Pesada, S.A.U.
Ediciones El País, S.A.
Esselte, S.A.
Femxa Formación, S.L.
Fundación Ciudad de la Energía
Gemalto SP, S.A.
Greenpeace España, S.A.
Grupo Astrazeneca
Grupo Boehringer Ingelheim España
Grupo Caser Seguros
Grupo Ercros
Grupo Raga, S.A.
Grupo Tenneco
Grupo Unysis
Heineken España, S.A.
Huntsman Advanced Materials Spain, S.L.
Iberia Líneas Aéreas de España, S.A. Operadora
Isdefe
Johnson & Johnson, S.A.
Laboratorios Leo Pharma, S.A.
Leisure Parks, S.A.
LPG Técnicas de Extinción de Incendios, S.L.

Mondelez España Confectionery Production, S.L.U.
Nokia Siemens Networks, S.L.
Oberthur Technologies Ibérica, S.A.U.
Oracle Ibérica, S.R.L.
Oracle Spagne, S.A.U.
Oxidoc Exclusivas, S.L.
Padelsa Infrestr. CHM Obras e Infraest.
Peugeot Citroën Automóviles España, S.A.
Pfizer, S.L.U.
Planificación y Control Logístico, S.A.
RBA Revistas, S.L.
Retevisión-I, S.A.U.
Roche Farma, S.A.
Sanofi Pasteur, MSD, S.A.
SCA Hygiene Products, S.L.
Schweppes, S.A.
Seat, S.A.
Securitas Seguridad España, S.A.
Servicios de Telemarketing, S.A.
Silver Sanz, S.A.
Takeda Farmacéutica España, S.A.U.
Telefónica de España, S.A.U.
Tradia Telecom, S.A.
Tragsa
Tragsatec
Vodafone España, S.A.U.
Zena Grupo de Restauración, S.A.

El ERE de Telefónica sigue teniendo resonancia y el 50% de las cantidades corresponden a esta compañía, afectando a 6.830 personas trabajadoras.

Además, en ese año, un total de 10 empresas, estaban las diferentes fases del proceso de reclamación:

Empresas
Axa Seguros, S.A.
Bankia

Hewlet Packard Outsourcing (Enterprise Solutions Outsourcing España, S.L.U.)
Ibercaja Banco, S.A.
Indra Sistemas, S.A.
Lenovo Spain, S.L.
Mantequerías Arias
Prefabricados y Contratas
Robert Bosch España Fábrica Castellet, S.A.U.
Teva (Teva Pharma y Ratiopharm España)

9.9 Año 2021

Entre enero y septiembre de 2021 se acumulaban reclamaciones frente a 77 empresas diferentes desde que comenzaron las reclamaciones de aportaciones al Tesoro. Esta situación se traduce en 65 expedientes en dicho período de tiempo²¹³.

10. UNA PROPUESTA ALTERNATIVA DE APORTACIÓN AL TESORO PÚBLICO

Conforme a lo expuesto en este capítulo, resulta evidente que la regulación contenida en la DA decimosexta adolece de una gran complejidad, por su propia singularidad y por los cambios que ha experimentado en un relativo espacio de tiempo muy corto, que contrasta con los limitados recursos de los que dispone el SEPE para poder tramitar de manera eficiente los expedientes de cada empresa. Se suma a lo manifestado que cada procedimiento se ramifica en resoluciones anuales, en función de las vicisitudes que haya atravesado cada una de las empresas obligadas a practicar la aportación. Se ha podido constatar que el número de expedientes que tramita anualmente la Administración es muy limitado, lo que conduce a que determinadas liquidaciones anuales puedan quedar prescritas. Frente a ello, las previsiones no vienen sino a acentuar y agravar esta situación. Como consecuencia de los efectos de la pandemia del Covid-19, inevitablemente muchas

²¹³ Información de los años 2020 y 2021 procedente de la Resolución sobre solicitud de acceso a la información pública de 8 de octubre de 2021 (expediente 001-061084).

empresas tendrán que transitar del ERTE al ERE, lo que tendrá una clara repercusión en la obligación empresarial a la que se hace referencia²¹⁴.

Es por ello que, en este punto, como parte de la tesis que se defiende se va a realizar una propuesta alternativa como contribución al debate que los pros y contras de la regulación actual de esta figura. Se adelanta que el modelo que se va a presentar está caracterizado por las siguientes notas:

- Sencillez y simplicidad, entendiéndose que una formulación auspiciada bajo esta premisa favorece una mejor implantación, la agilidad en la tramitación de estos procesos. Dicho de otro modo, dinamiza la tramitación y favorece que pueda ser sopesada de antemano por parte de la empresa que va a llevar a cabo una reestructuración que puede afectar en su mayoría a este colectivo de personas vulnerables por razón de la edad.
- Dinámica (liquidación y recaudación) desarrollada dentro de los recursos e instrumentos con los que ya cuenta la administración laboral. Tal y como se ha apuntado, en el modelo actual, la tramitación es impulsada por el SEPE, pero la recaudación corresponde a cada una de las Delegaciones de Hacienda competentes como ocurre con los procedimientos sancionadores.
- Ampliación del espectro de empresas que pueden encontrarse obligadas a realizar la aportación. En la actualidad, como es sabido, las empresas o grupos de más de 100 trabajadores se encuentran obligados a sumar a sus obligaciones afrontar el coste de la aportación si contabilizan beneficios y llevan a cabo una afectación mayoritaria de personas maduras. No obstante, este umbral no se corresponde con

²¹⁴ Junto a los despidos colectivos que deban acometer determinadas empresas por la razón expuesta, la reestructuración del sector bancario ya es una realizada perceptible. Siguiendo la tendencia de otros procesos de ajuste en el sector, el grueso de las personas afectadas por esta medida es de edad madura. Por citar un ejemplo, CaixaBank acometerá 6.452 salidas con condiciones especiales para las personas en las siguientes franjas: 63 o más años, entre 54 y 63 años y entre 52 y 53 años. Dicha afectación tendrá un claro impacto en la aportación que debe realizar esta entidad (“CaixaBank acuerda el ERE con un coste de 1.900 millones de Euros”, *Expansión*, 2 de julio 2021).

el modelo de empresa de nuestro país y con la media de personas trabajadoras que suele emplear. A mayor abundamiento, de este modo se pretende armonizar el conjunto de obligaciones que debe asumir una empresa. Tal y como será expuesto en los siguientes Capítulos, para el resto de estas obligaciones, el perfil de empresa obligada emplea a un menor número de personas que las establecidas para la aportación al Tesoro. Por ello, se considera que un tratamiento mucho más sistematizado dota de mayor coherencia y sistemática a este tipo de procedimientos instados por la empresa.

- Conforme a la misma premisa, también se pretende revisar el plazo de recolocación que determina la exoneración de efectuar la aportación. Como se ha descrito, en la primera versión de esta figura, el plazo de recolocación era de tres meses, quedando definitivamente fijado en seis meses en la redacción de la DA decimosexta publicada en el BOE. Nuevamente, la propuesta que, *lege ferenda*, se presenta pretende equiparar el plazo a lo que se considera como desempleo de larga duración y lo es a partir del año. El plazo general para el ejercicio de las acciones laborales (art. 59 del ET) también es de un año, como podría ser el eventual cumplimiento de una obligación de recolocación acordada en un acuerdo de fin de período de consultas. Además, en las circunstancias actuales, se considera que una transición laboral adecuada precisa de un margen de tiempo superior a los seis meses.

Para el desarrollo de esta modalidad alternativa de aportación al Tesoro, se toma como inspiración al recargo de prestaciones (art. 164 de la LGSS). En el plano más general, cabe apreciar ciertas similitudes entre ambas figuras:

- Naturaleza híbrida: en ambos casos no podemos hablar de instituciones jurídicas “puras” que solo obedezcan a una finalidad. En los dos casos, se combina junto a la recaudación, una finalidad sancionadora. Si en el recargo dicha sanción deriva del incumplimiento de las disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo, en la aportación se hablaría con mayor rigor de una “penalización” por afectar a un

colectivo vulnerable y por impactar en los recursos del sistema de Seguridad Social.

- Función de advertencia: en ambos casos, la mera presencia de estas figuras también pretende ejercer una labor admonitiva, antes de que el supuesto de hecho que activa la obligación tenga lugar. Por un lado, como consecuencia de un accidente de trabajo donde no han sido aplicadas las medidas de seguridad procedentes o como consecuencia de que los equipos o instrumentos de trabajo no estaban en las condiciones adecuadas, o bien por la afectación mayoritaria de personas que van a tener una muy difícil empleabilidad.
- Prestaciones de Seguridad Social, salvo por el canon sobre los beneficios que ha de pagar la empresa en el caso de la aportación al Tesoro, tanto dicha aportación como el recargo toman como referencia las prestaciones de Seguridad Social. En el recargo de prestaciones su cálculo representa un porcentaje que oscila entre el 30 y el 50 por ciento aplicado sobre la capitalización de las prestaciones de Seguridad Social reconocidas a la persona beneficiaria, mientras que la aportación el cálculo deriva de la prestación por desempleo, los subsidios y cotizaciones, amén del canon que pueda corresponder.

No se olvida que el destino de las cantidades es distinto: mientras que el recargo es abonado a la persona trabajadora o a sus causahabientes, solo una parte de la aportación es destinada a la aportación presupuestaria para el desarrollo de medidas de apoyo al colectivo de personas maduras. Es por ello que, si lo que se pretende es contribuir al sostenimiento del sistema frente al impacto que ocasionan las reestructuraciones en masa que expulsan del mercado laboral a personas que tendrán muy complicado volver a la vida activa y disfrutar de unas condiciones parecidas a las anteriores al despido, la totalidad de dicho importe debería ser dotada a favor del sistema de Seguridad Social como ya se ha indicado previamente: bien para el desarrollo de políticas en favor de este grupo, bien directamente a los Fondos del Sistema para compensar el desembolso realizado por las arcas del Estado.

Sopesando todo lo anterior, se propone un modelo de aportación con las siguientes características:

- Conservando la estructura de la DA decimosexta, se mantendría como presupuesto habilitante el despido colectivo regulado en el artículo 51 del ET y el criterio de afectación mayoritaria de personas despedidas de edad sobre el porcentaje total de personas de cincuenta o más años que establece su apartado 1. b) que integren la plantilla de la empresa. Igualmente, a los efectos de cumplir con las finalidades de la aportación, sí que parece conveniente conservar el criterio que revisa las salidas de personas de edad anteriores por motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) del ET, así como el criterio de las afectaciones el año posterior.
- A diferencia del umbral de más de 100 trabajadores que dispone el número 1.a), en esta propuesta, la aportación resultaría exigible a partir de las 50 personas trabajadoras. Se considera que con esta ampliación del ámbito subjetivo de las empresas que pueden resultar obligadas, puede ser cumplida de manera más adecuada la finalidad de la aportación. Es sobradamente conocido, que el volumen medio de las pequeñas y medianas empresas es inferior al de 100 trabajadores. Con esta modificación también se busca armonizar el régimen jurídico de las obligaciones que debe afrontar una empresa. En efecto, a partir de 50 trabajadores aumenta el rango de obligaciones de la empresa. A modo de ejemplo, la empresa con este volumen de personas trabajadoras: debe contar con un plan de igualdad (art. 45.2 de la LO 3/2007, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, conforme a la modificación efectuada por el art. 1 del RDL, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación), puede contar con un comité de empresa que actúa de manera colegiada frente a la actuación independiente que pueden seguir los delegados de personal (art. 63. ET), ha de destinar un 2 por 100 de sus puestos a personas con discapacidad (art. 42 RD Leg 1/2013, de 29 de noviembre, de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social),

debe intensificar las obligaciones informativas derivadas del registro salarial (art. 28 del ET) o, por lo que interesa a esta tesis, debe acometer un plan de recolocación si tramita despido colectivo (art. 51.10 del ET).

- A los efectos del cálculo del porcentaje de personas trabajadoras de cincuenta o más años sobre el total de la plantilla, debería formar parte del cómputo el total de personas trabajadoras vinculadas mediante contrato de trabajo, conforme al promedio del año anterior a la fecha de presentación del despido colectivo, teniendo en cuenta que, en el caso de aquellas personas que no se encuentren en la empresa en el momento de llevar a cabo la reestructuración, cada 200 jornadas computarán como una persona trabajadora más [art. 72.2 b) del ET]. En la regulación actual, el cálculo es tomado en consideración mediante la “foto” de la plantilla cuando se inicia el proceso de despido colectivo. De este modo, la empresa puede haber amortizado previamente a los contratos temporales, pese a que el volumen real de la empresa pueda venir determinado por el recurso también a la contratación temporal en sus diversas modalidades. En consecuencia, siguiendo el modelo que se establece en materia de elecciones sindicales, nuevamente para ofrecer una regulación más sistematizada y acorde con el resto de vicisitudes que puede atravesar una empresa, se entiende más apropiado este criterio conforme a nuestro Ordenamiento jurídico-laboral.

- Respecto a la contabilización de beneficios, tanto por parte de la empresa como del grupo al que la compañía que lleva a cabo el despido colectivo pueda estar vinculada, en la actualidad (reduciendo la situación actual al absurdo) la obtención de un euro de beneficios ya activa la aportación del Tesoro Público. Frente a ello, se propone que el montante de la aportación lo sea en proporción a dichos beneficios. Para comprender esta sugerencia, se debe tener en cuenta que, conforme al modelo actual, mientras que la empresa o el grupo que contabilizan elevados beneficios pueden afrontar con las garantías la aportación (incluyendo la liquidación de las prestaciones por desempleo, subsidios, cotizaciones y canon

adicional), se genera un agravio en el caso de la compañía cuyos beneficios son mucho más modestos. Por ello, podría ser valorada la posibilidad de variabilizar el importe en función de si los beneficios equivalen o superan el montante de la aportación que cada año debe liquidar la empresa, así como aplicar el canon a partir de un determinado umbral. En la actualidad, el canon sí que oscila en función de la situación de la empresa y sus beneficios, pero se aplica en todo caso (es decir, ya forma parte de la suma de la aportación, aunque dichos beneficios representen una cantidad ridícula).

- El número 2 de la DA decimosexta excluye del cómputo de la aportación a aquellas personas de edad que formaban parte de las afectadas en el despido colectivo que hayan sido recolocadas, dentro del mismo grupo o en un puesto de similares condiciones al amortizado, en el plazo de seis meses. La posibilidad de restar parte de la aportación mediante la aportación es una carga que compete acreditar a la empresa, dentro del plazo de referencia indicado. Pese a que el plazo duplica al contenido en los primeros borradores de la aportación, se entiende que el plazo apropiado debe ser de un año. Diversos argumentos avalarían esta postura: si la aportación pretende luchar contra el desempleo de larga duración que consume los menguados recursos de nuestro sistema de protección social, ya que ese tipo de desempleo computa a partir del año, debería situarse en el mismo plazo la recolocación, como ya ha sido expuesto en este Capítulo. Además, puesto que se hace referencia a una facultad puesta a disposición de la empresa, tal derecho debería poder materializarse en el plazo general de un año establecido en la normativa laboral (art. 59.1 del ET). Nuevamente, con esta apreciación se trata de ofrecer un enfoque mucho más sencillo que entronque con las características más generales de nuestro sistema de relaciones laborales. Además, no se oculta que, mediante la ampliación del plazo, también se busca reducir la cuantía global de la aportación y favorecer la incorporación de medidas sociales de acompañamiento al despido mucho más ambiciosas que redunden en beneficio de

las personas trabajadoras y de las empresas, por el ahorro que puedan conseguir vía evitación de la aportación al Tesoro.

- La revisión del régimen jurídico de la aportación al Tesoro también debe ir acompañada de una potenciación de las labores de comprobación por parte de la Autoridad laboral con la asistencia ofrecida por parte de la Inspección de Trabajo. Se alude especialmente a la omisión por parte de la empresa obligada a ello de la comunicación contenida en el número 7 de la DA decimosexta. Igualmente, se ha de dar respuesta al despido “de facto” que omite los requisitos y exigencias que contempla el art. 51 del ET. Es preciso advertir que, no en pocas ocasiones, muchas de estas reestructuraciones se realizan con la connivencia de las personas trabajadoras para poder acceder al desempleo y al Fondo de Garantía Salarial, no solo desoyendo las obligaciones del Estatuto de los Trabajadores, sino también del procedimiento de insolvencia ordenada que recoge la Ley Concursal.
- Se ha expuesto anteriormente nuestra sugerencia a favor de que el procedimiento de liquidación y pago sea asumido por la TGSS. Las prerrogativas con las que cuenta y los recursos puestos a disposición avalan la posibilidad de que sea el organismo con mayor dotación de recursos para poder llevar a cabo una recaudación mucho más eficiente, evitando de este modo la situación actual y el colapso al que puede enfrentarse ante un nuevo ciclo donde las reestructuraciones extintivas pueden volver a adquirir protagonismo en un entorno de recesión. Respecto al encaje jurídico de esta posibilidad, ya se ha hecho alusión a que el marco normativo aplicable hace posible que la recaudación caiga en manos de la TGSS en todas sus fases, conforme a un procedimiento similar al que habilita para la recaudación del recargo de prestaciones. De esta forma, se considera que la virtualidad de las medidas cautelares a las que alude el número 9 de la DA decimosexta puede quedar mucho más fortalecida, así como también la correcta identificación de los supuestos de sucesión de empresa que contempla el número 10.

- Una visión distinta de cómo podría quedar regulada la aportación al Tesoro debe tener en cuenta los importantes cambios que han acontecido en la regulación del concurso de acreedores. En concreto, la fase concursal (pero previa a la declaración del concurso) en la que se intentan agotar todas las opciones para alcanzar un acuerdo extrajudicial con los acreedores se ha dado en denominar “derecho preconcursal”. Esta fase cuenta con entidad propia en la actualidad y parte de la misma situación de insolvencia que habilita para la solicitud del concurso de acreedores. Por ello, puesto que (materialmente) la situación que afecta a la empresa es la misma, se debería excluir de la obligación de efectuar la aportación también a estos casos que, pese a no insertarse todavía dentro del concurso de acreedores, si son medidas legitimadas por el Juez del Concurso. Dicho de otro modo, a juicio de quien escribe, carece de sentido obligar a una empresa en situación de insolvencia, que mantiene negociaciones oficiales con los acreedores según regulan los arts. 583 y siguientes de la Ley Concursal, y lleva a cabo de manera paralela un despido colectivo conforme al art. 51 del ET, previo al concurso, para evitar incrementar el pasivo y no incurrir en una mala administración de la compañía o perjudicar los derechos de cobro de las personas trabajadoras que deba llevar a cabo la aportación.

- La referencia que fue añadida a los ERTE y que figura incluida en el número 11 de la DA decimosexta, va a cobrar mayor importancia en los sucesivos como consecuencia de las medidas temporales que las empresas han debido solicitar como consecuencia de la pandemia. Ahora bien, como otras tantas instituciones laborales que deben ser nuevamente aplicadas en la paulatina vuelta a la normalidad, la citada referencia no estaba prevista para reaccionar frente a un uso masivo y forzado de los expedientes de regulación de empleo temporales. Resultaría contrario al espíritu de la norma una activación indiscriminada de la aportación en todos aquellos despidos que deban ser acometidos tras la finalización del ERTE si la causa es procedente y si la empresa había

contabilizado beneficios antes de la irrupción de las medidas sanitarias frente al Covid-19. Por ello, se propone que la regla contenida en el número 11 no resulte de aplicación en los ERTes regulados en los arts. 22 y 23 del RDL 8/2020, siempre y cuando se cumpla con el compromiso de mantenimiento de empleo que regula la DA sexta de dicho Real Decreto-Ley y no haya sido impugnado el expediente.

- Respecto al destino de la aportación, se insiste sobre que el mismo debería quedar dentro del ámbito de las acciones formativas a favor del colectivo de las personas maduras y como parte del Fondo que contribuya al sostenimiento del sistema de pensiones.

Como ha sido apuntado al principio, la propuesta que se presenta puede adolecer de excesiva simplificación frente al modelo actual, pero pretende sacar partido de las instituciones actualmente existentes y los recursos con los que ya cuenta la TGSS, cuyo procedimiento de gestión y recaudación ha demostrado ser de los más eficientes. En todo caso, sea de una manera similar a la expuesta u otra, las dificultades a las que se enfrenta el sistema actual aconsejan que sea revisado de manera que se pueda “llegar a tiempo” a todos los expedientes que derivan de reestructuraciones donde la afectación mayor corresponde a personas con las particularidades que han sido descritas.

CAPÍTULO III
EL CONVENIO ESPECIAL DE SEGURIDAD
SOCIAL

1. NOCIÓN Y CARACTERÍSTICAS GENERALES

1.1 Concepto

El art. 166 de la LGSS incluye el convenio especial con la Administración de la Seguridad Social, entre las situaciones asimiladas al alta para determinadas contingencias.

El convenio especial es una institución que permite al trabajador seguir vinculado con la Seguridad Social, cotizando a su cargo en aquellos casos en que se produciría la baja. Puede ser usado para completar la carrera de seguro del trabajador en aquellas situaciones en que se mantiene el alta o la situación asimilada al alta, pero no existe obligación de cotizar²¹⁵.

Esta figura representa uno de esos escasos espacios de voluntariedad u opcionalidad que encontramos en el sistema público de Seguridad Social español²¹⁶. Aunque el origen de la Seguridad Social procede de regímenes de previsión privados, en nuestro sistema, fundamentalmente desde la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre bases de la Seguridad Social, el modelo se ha caracterizado por un intenso dirigismo estatal²¹⁷.

Las personas a las que tradicionalmente se les ha posibilitado este instrumento son aquellos sujetos que han estado incluidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social y dejan de estarlo por alguna circunstancia específica prevista en la normativa aplicable. Desde este punto de vista, mediante el convenio se trata de posibilitar el mantenimiento de los derechos en curso de adquisición respecto de determinadas

²¹⁵ BLASCO LAHOZ, J.F. Y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, 12ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 161.

²¹⁶ LÓPEZ GANDÍA, J., *La nueva regulación del convenio especial de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 9.

²¹⁷ GONZALO GONZÁLEZ, B., "Las funciones de la iniciativa privada de la Seguridad Social española: antecedentes, situación actual y previsiones", *Civitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 50, 1991, págs. 863 y 864.

contingencias y, por otro, evitar la pérdida de las cotizaciones existentes, con la premisa de aprovechar y dar utilidad a todas las cuotas, presentes y futuras²¹⁸.

No obstante, el convenio especial también sirve para incluir en el sistema de Seguridad Social, al ser consideradas profesionalmente relevantes a efectos del campo subjetivo de protección, a determinadas actividades asimiladas a las que desarrollan las personas trabajadoras por cuenta ajena o por cuenta propia (diputados y senadores de las Cortes españolas, trabajadores que prestan sus servicios en organismos de la Unión Europea o en organizaciones internacionales, cuidadores informales no profesionales, etc)²¹⁹.

1.2 Naturaleza y clasificación

Existe un debate sobre la naturaleza del convenio especial en función del factor sobre el que se preste mayor atención: la entidad con la que la persona solicitante suscribe el convenio o la finalidad del mismo.

Así, si se tiene en cuenta el primer factor, el convenio sería un expediente de naturaleza pública y obligatoria, ya que se firma con la TGSS y todas sus vicisitudes están sujetas a un procedimiento regulado en el Ordenamiento Jurídico.

Frente a ello, con las particularidades que puedan ser añadidas por el carácter de organismo público de la TGSS, el convenio especial no deja de ser un contrato de aseguramiento que desplegará sus efectos cuando acontezcan las contingencias que motivan su suscripción. Por ello, en este punto, su dinámica no difiere mucho de cualquier contrato firmado con una entidad aseguradora.

²¹⁸ MADRID YAGÜE, P., “Análisis de la nueva regulación del convenio especial en el sistema de la Seguridad Social Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre”, *Aranzadi Social*, núm. 1, 2004, pág. 1.

²¹⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S. y BARCELÓ COBEDO, S., *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, 14ª edición, Tirant lo Blanch, 2020, pág. 131.

Combinando ambos factores, nos encontramos ante una modalidad especial de contrato de seguro, donde el asegurador es la Seguridad Social y el beneficiario una persona física²²⁰.

En un intento por sistematizar la diversa tipología de convenios existentes, los mismos han sido clasificados de la siguiente forma²²¹:

- De mantenimiento: para continuar con la situación de alta del beneficiario y evitar que las cuotas pagadas con anterioridad no tengan efecto en el futuro, manteniendo derechos en curso de adquisición. De este modo, se busca mantener viva la relación jurídica de Seguridad Social (como situación asimilada al alta) y seguir generando cotizaciones para prestaciones futuras. Dentro de esta categoría se encuadraría el convenio especial que analizamos en este capítulo.
- De complemento: a fin de cotizar o mejorar las cotizaciones que están siendo abonadas, en el momento de la solicitud de un beneficiario que ya está en alta o situación asimilada al alta. Así ocurre, por ejemplo, cuando se pasa de una base de cotización a tiempo completo a otra a tiempo parcial, por alguna de las circunstancias que determina la normativa aplicable. Por ello, la finalidad del convenio no es doble, como en la categoría anterior, sino permitir que el interesado siga cotizando con la cuota oportuna.
- De incorporación: para que determinados beneficiarios que, inicialmente quedarían fuera del campo de aplicación, puedan incorporarse al sistema de Seguridad Social generando cotizaciones.

²²⁰ ARUFE VARELA, A., *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2003, págs. 1-3.

²²¹ ARUFE VARELA, A., *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, cit., págs. 88-122.

1.3 Coberturas incluidas

Tal y como se ha apuntado, el convenio especial queda encuadrado dentro de las situaciones asimiladas al alta, para garantizar determinadas coberturas a la persona que lo suscriba.

La cobertura que ofrece el convenio especial es en bloque, es decir, no es posible que la persona solicitante o beneficiaria pueda configurarla “a la carta”, incluso cuando puede tener interés solo por algunas de las contingencias cubiertas, no en todas. En realidad, el convenio especial busca fundamentalmente la equiparación de algunas de las prestaciones que tiene reconocidas la persona trabajadora para que su situación se parezca lo más posible a la que disfrutaba con anterioridad a la baja²²².

En primer lugar, estaría la asistencia sanitaria, como parte de la acción protectora del Sistema Nacional de Salud que establecen el art. 42 1.a) de la LGSS y el RD 1192/2012, de 3 de agosto, entre otras disposiciones.

En segundo lugar, también sería una cobertura incluida la incapacidad permanente en todos sus grados (art. 194 de la LGSS): Parcial, Total, Absoluta y Gran invalidez.

Se ha de precisar que esta cobertura ha de entenderse como derecho expectante, pero no cubriría a la incapacidad permanente generada con anterioridad a la suscripción del convenio²²³.

En tercer lugar, la jubilación (arts. 204 y ss. de la LGSS). Es posible afirmar que se trata de la prestación más relevante a estos efectos, siendo la que determina la obligación por parte de las empresas de suscribir un convenio especial cuando el despido colectivo afecta a personas trabajadoras mayores de cincuenta y cinco años, si no están en situación concursal.

²²² LÓPEZ GANDÍA J., *La nueva regulación del convenio especial de Seguridad Social*, cit., págs. 59-61.

²²³ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *El Convenio Especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*. Lex Nova- Thomson Reuters, Valladolid, 2013, pág. 106.

En cuarto lugar, el convenio especial también sería el instrumento apropiado para causas derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia (arts. 216 y ss. de la LGSS). El hecho causante se produce con el fallecimiento del sujeto causante del convenio especial.

Por último, se debe aludir a Servicios Sociales [art. 42.1 e) de la LGSS], siendo una competencia transferida a cada una de las Comunidades Autónomas.

1.4 Coberturas excluidas

No estarían incluidas dentro de la cobertura del convenio la incapacidad temporal, nacimiento y cuidado de menor, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (salvo en determinados casos), prestación por hijos afectados por enfermedad grave, desempleo, Fondo de Garantía Salarial, formación profesional ni las contingencias que tengan su origen en accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

2. RÉGIMEN JURÍDICO

2.1 Evolución normativa

La regulación vigente del convenio especial está contenida en la Orden TAS 2865/2003, de 13 de octubre. Como se analizará en otro apartado posterior, se trata de una regulación que establece el régimen jurídico común de esta institución de Seguridad Social y aglutina también a las distintas modalidades de convenio especial.

Transcurridos ya más de quince años desde su entrada en vigor, tras alguna modificación posterior que no ha cambiado sus aspectos sustanciales, es posible afirmar que la norma ha podido dotar al convenio especial del armazón jurídico y procedimental que demandaba, superando a los diversos intentos previos de ofrecer una regulación unificada.

Bajo la vigencia de la Ley de Seguridad Social de 1966, los distintos tipos de convenios especiales estaban regulados por normas específicas, algunos de los cuales serán derogados por la Orden de 30 de octubre de 1985²²⁴.

Asumiendo que, si bien las circunstancias que determinan la suscripción de un convenio especial pueden ser diversas en cada caso, comparten una misma finalidad, mediante la referida Orden de 30 de octubre de 1985 se acomete un primer intento de unificación normativa de los convenios especiales existentes. En diez artículos, una disposición adicional, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dos disposiciones finales, se trata de ofrecer un marco común a los mismos.

La indicada Orden, que entró en vigor el 1 de enero de 1986, no pudo gozar de una vida longeva, ya que al poco tiempo quedó constatado que su contenido no conseguía dar respuesta ni a la complejidad de cada convenio ni a las nuevas cuestiones que surgían a cada paso. Por ello, la Orden de 18 de julio de 1991 tomará el relevo y ofrecerá una regulación más completa.

Como recoge su exposición de motivos, la norma predecesora había dejado en el tintero la posibilidad de suscribir un convenio especial durante la situación de huelga legal

²²⁴ Para el RGSS: Orden de 1 de septiembre de 1973, que regulaba el convenio especial de las Entidades gestoras del RGSS, Orden de 20 de junio de 1979, por la que se modifica el artículo 3º de la Orden anterior, la Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social, de fecha 2 de julio de 1979, por la que se actualizaban las bases las bases de cotización en la situación de convenio especial con las Entidades gestoras del RGSS y la Orden de 3 de febrero de 1984, por la que se modifica la de 1 de septiembre de 1973. Para el RETA: el art. 71 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo de este Régimen Especial. REA: Orden de 1 de julio de 1974, por la que se regula el convenio especial con la Mutualidad Nacional Agraria de la Seguridad Social. Régimen Especial de la Seguridad Social de los Artistas: el art. 31 de la Orden de 29 de noviembre de 1975, para la aplicación y desarrollo del Decreto 2133/1975, de 24 de julio, que regula este Régimen Especial. Régimen Especial de la Seguridad Social de los Representantes de Comercio: el art. 60 de la Orden de 24 de enero de 1976, para la aplicación y desarrollo del Decreto 2409/1975, de 23 de agosto, por el que se regula este Régimen Especial. Régimen Especial de la Seguridad Social de la Minería del Carbón: el art. 15 de la Orden de 3 de abril de 1973, para la aplicación y desarrollo del Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre actualización de este Régimen Especial. Régimen Especial de la Seguridad Social de los Escritores de Libros: Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 7 de agosto de 1972. Régimen Especial de la Seguridad Social de los Toreros: art. 6º de la Orden de 21 de julio de 1982, por la que se dictan normas de aplicación y desarrollo en materia de acción protectora del Real Decreto 1024/1981, de 22 de mayo, por el que se regula este Régimen Especial.

o cierre patronal; tampoco contemplaba la situación de las personas trabajadoras que reducían en aquel momento su jornada de trabajo para el cuidado de un menor o discapacitado por razón de guarda legal. En lo que se refiere al ámbito de la protección dispensada por el convenio no se incluía la protección de asistencia sanitaria, lo que conducía a una menor cobertura a favor de la persona que suscribía el convenio que la que tenía con anterioridad a su baja en el régimen correspondiente de Seguridad Social²²⁵. Respecto a la cotización, en la Orden de 1985, la base de cotización era de cuantía semejante a la que se tenía con anterioridad a la baja en el régimen de Seguridad Social; en consecuencia, resultaba difícil la posibilidad de suscripción de dicho convenio si la baja iba acompañada de una reducción de los ingresos de aquél. A tal efecto, la Orden de 1991 instituirá un abanico de opciones para determinar la base de cotización en el momento de suscripción del convenio, con el propósito de facilitar su suscripción.

Sumado a lo anterior, tras la aprobación de la Orden de 1985 aparecieron otras disposiciones que regulaban diversos aspectos del convenio especial, como es el caso de los perceptores del subsidio de desempleo, con derecho a cotización por la contingencia de jubilación, lo que generaba diversos problemas aplicativos.

Frente a la opción de modificar diversos preceptos de la Orden de 1985 y mantener la vigencia de las disposiciones posteriores, se optó -y la decisión fue acertada en aras de una mejor sistemática y tributo a la seguridad jurídica- por aprobar una nueva y completa Orden, que se articulaba en quince artículos, cuatro disposiciones adicionales, cuatro disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y dos finales.

Es conveniente indicar que la Orden de 1991 no “codifica” todas las modalidades de convenio especial, ya que seguirían quedando bajo su normativa específica:

- El convenio especial en favor de los diputados y senadores, regulado por la Orden de 29 de julio de 1982. Se trataba de un convenio de suscripción voluntaria para

²²⁵ La Exposición de Motivos señala que esta cobertura que podía ser asumida voluntariamente por la persona suscriptor, derivaba de la recomendación a este respecto del Defensor del Pueblo.

diputados y senadores, aunque hubieren estado anteriormente comprendidos en el campo de aplicación de alguno de los regímenes del sistema de Seguridad Social.

- Convenio especial en favor de los españoles que ostenten la condición de diputados al Parlamento Europeo, regulado por Orden de 1 de junio de 1988, con un contenido similar a la anterior Orden.
- Convenio especial en favor de los parlamentarios y miembros de los gobiernos de las Comunidades Autónomas, regulado por Orden de 7 de diciembre de 1981. Por medio de esta Orden, los gobiernos y parlamentos de las Comunidades Autónomas podían suscribir convenios especiales con las correspondientes entidades gestoras de la Seguridad Social, a favor de aquellos de sus miembros que, mientras ostentaban los cargos, como consecuencia de su dedicación a la actividad gubernamental o parlamentaria causasen baja en el correspondiente régimen de la Seguridad Social, en el que previamente estaban afiliados y en situación de alta.
- Convenio especial suscrito por españoles no residentes en territorio nacional que tengan la condición de funcionarios de organizaciones internacionales intergubernamentales, regulado por el RD 2805/1979, de 7 de diciembre. En un momento en el que nuestro país quería abrir sus puertas al mundo y ganar presencia en organismos fuera de sus fronteras, mediante esta Orden se quería incentivar la participación de ciudadanas y ciudadanos españoles como funcionarios internacionales. Hasta ese momento, el tratamiento de Seguridad Social de estos funcionarios presentaba lagunas en la base de cotización, las contrataciones podían ser de corta duración y, pese a que la prestación de servicios fuera permanente, el personal funcionario procedente de España no podía trabajar el número de años suficientes para causar el derecho a una pensión adecuada. A lo apuntado se sumaba también que estos/as funcionarios/as no podían dar continuidad a sus cotizaciones anteriores al puesto internacional, lo que

complicaba considerablemente vuelta a España al final de la vida laboral para acceder a la pensión de jubilación.

- Convenio especial en favor de personas emigrantes e hijos/as de personas emigrantes, regulado por el RD 996/1986, de 25 de abril. Este convenio estaba pensado para los/as emigrantes o sus hijos e hijas que iniciaran su actividad laboral por primera vez en el extranjero, es decir, no habían cotizado previamente en nuestro país. La situación de este colectivo se agravaba cuando el país donde se desarrollaba esta actividad no contaba con un acuerdo o convenio bilateral con España. En consecuencia, el retorno a nuestro país conllevaba una doble y sucesiva carrera de aseguramiento, de la que no podía derivar una protección adecuada.
- Convenio por cese en una actividad encuadrada en el Mutualismo Laboral, conforme al art. 21 del reglamento general de Mutualismo laboral, de 10 de septiembre de 1954, que tenía como destinatarias a las personas mutualistas que cesasen en el trabajo por cuenta ajena o pasasen a desarrollar una actividad no encuadrada en ese particular sistema de cotización.

Finalmente, la Orden de 1991 tampoco resultaba de aplicación a los regímenes especiales de la Seguridad Social de los funcionarios de la administración civil del Estado, de la Administración militar, de la Administración de Justicia y la Administración local.

A renglón seguido de la Orden de 18 de julio de 1991, la Resolución de 12 de diciembre de 1991, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y entidades colaboradoras de la Seguridad Social aprobó los modelos para suscribir el convenio especial, que han sido el punto de partida para los modelos que actualmente se emplean.

2.2 Orden TAS/2865/2003

Tanto antes de la Orden de 1991 como posteriormente, se han dictado disposiciones de distinto rango que, recurriendo al instrumento del convenio especial, integraban en

diversos Regímenes del Sistema de Seguridad Social, con la condición de asimilados a trabajadores por cuenta ajena, a determinados colectivos por razón de su actividad.

Como resultado de lo anterior, la regulación de los convenios especiales seguía adoleciendo de una dispersión normativa notable. Por ello, el propósito de la Orden TAS/2865/2003 será refundir en un texto unitario el tratamiento de las diversas modalidades convencionales vigentes.

A mayor abundamiento, también resultaba necesario clarificar y actualizar muchas de las previsiones legales que contenían las distintas normas reguladoras que, en parte, habían sido superadas por otras normas de distinto rango que incidían en su regulación. Con el nuevo enfoque del convenio especial, incluyendo más supuestos, no solo era un instrumento jurídico válido para la conservación, sino también -cuando así se estableciera en la norma de rango suficiente- para la iniciación de situaciones de alta o asimiladas a la del alta en el Régimen de la Seguridad Social que correspondiera en razón de la actividad que la persona trabajadora o asimilada desarrollase o hubiera desarrollado.

Como tercera razón que inspira la publicación de la Orden TAS/2865/2003, era conveniente dar debido cumplimiento a las exigencias legales, como era el caso que centra la atención de este capítulo: el convenio para personas trabajadoras mayores de cincuenta y cinco o más años.

Con el esfuerzo sistematizador y codificador de la Orden de 2003, los convenios especiales quedaban estructurados de la siguiente manera:

- Convenio especial aplicable a los Diputados y Senadores de las Cortes Generales y a los Diputados del Parlamento Europeo.
- Convenio especial respecto de los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las Comunidades Autónomas.

- Convenio especial para los incluidos en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social español que pasen a prestar servicios en la Administración de la Unión Europea.
- Convenio especial para los españoles que ostenten la condición de funcionarios o empleados de organizaciones internacionales intergubernamentales.
- Convenio especial para los emigrantes españoles e hijos de éstos que trabajen en el extranjero.
- Convenio especial para la cobertura de la asistencia sanitaria a emigrantes trabajadores y pensionistas de un sistema de previsión social extranjero que retornen a territorio nacional y a familiares de los mismos.
- Convenio especial de asistencia sanitaria respecto de trabajadores españoles que realicen una actividad por cuenta propia en el extranjero.
- Convenio especial durante la situación de alta especial como consecuencia de huelga legal o cierre patronal.
- Convenio especial durante las situaciones de permanencia en alta sin retribución, cumplimiento de deberes públicos, permisos y licencias.
- Convenio especial de empresarios y trabajadores sujetos a expedientes de regulación de empleo que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años.
- Convenio especial en determinados supuestos de reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario.
- Convenio especial de trabajadores contratados a tiempo parcial.
- Convenio especial para trabajadores que cesen en las prestaciones de servicios o actividades.

- Convenio especial de trabajadores perceptores del subsidio de desempleo, con derecho a cotización por la contingencia de jubilación.
- Convenio especial para los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Minería del Carbón.
- Convenios especiales para los trabajadores de temporada en períodos de inactividad y para los comprendidos en los sistemas especiales de Frutas y Hortalizas y Conservas Vegetales del Régimen General de la Seguridad Social.
- Convenio especial para deportistas de alto nivel, entendiendo como tal al deportista definido en el RD 971/2007, de 13 de julio, sobre deportistas de alto nivel y alto rendimiento. Cuando su actividad deportiva o cualquier otra actividad profesional no determine su inclusión en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social, pueden suscribir el convenio especial que determinará su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA).

La Orden TAS/2632/2007, de 7 de septiembre de 2007, modifica el convenio especial referido al mantenimiento de las bases de cotización con anterioridad a la reducción de jornada de trabajo, teniendo en cuenta las mejoras que en materia de cotización introduce la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuando la reducción de jornada se realiza para el cuidado de menores, discapacitados o familiares hasta el segundo grado de parentesco. También se prevé la aplicación del convenio especial cuando la reducción de jornada o la extinción del contrato sea instada por una trabajadora o funcionaria víctima de violencia de género. La citada Orden también introduce el convenio especial para cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia, al hilo de lo que dispone el RD 615/2007, de 11 de mayo.

La Orden TIN/3356/2011, de 30 de noviembre, modifica el convenio especial de las personas emigrantes e hijos o hijas de emigrantes para incluir también la cobertura de

aquellos españoles que participen en el extranjero, de forma remunerada, en programas formativos o de investigación sin quedar vinculados por una relación laboral.

No figura incluido dentro de la Orden TAS/2865/2013, pero sí resulta de aplicación supletoria el convenio especial a favor de personas con discapacidad que tengan especiales dificultades de inserción laboral, regulado en el RD 156/2013, de 1 de marzo.

El ámbito subjetivo del convenio especial de la Seguridad Social que es objeto de análisis se amplía en virtud del RD 1493/2011, de 24 de octubre, por el que se incluye en el Régimen General de la Seguridad Social a las personas que participen en programas de formación. Su DA primera establece que las personas que con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del real decreto se hubieran encontrado en alguno de los supuestos que permite la cotización en el Régimen General, podrán suscribir un convenio especial hasta un máximo de dos años bajo los requisitos que establece dicha disposición.

Más recientemente, la Orden TAS/2865/2003, es modificada por la Orden TMS/397/2019, de 4 de abril, revisando algunos aspectos del convenio especial de Seguridad Social en los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras mayores de cincuenta y cinco años, tal y como se analizará con mayor detalle seguidamente.

Aunque anunciados y previstos, no se han incorporado todavía a la Orden TAS/2865/2003, o cuentan con una orden propia, los convenios especiales previstos en el RDL 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia, social, laboral y de empleo. Esta norma modifica el vigente Texto Refundido de la LGSS, añadiendo un convenio especial para las personas trabajadoras de entre 35 y 43 años afectadas por la crisis, que contasen con una laguna de cotización de al menos tres años entre el 2 de octubre de 2008 y el 1 de julio de 2018. En segundo lugar, la DA quinta del RDL 28/2018 también había previsto el desarrollo de un convenio especial para las personas que desarrollan programas de formación y prácticas no laborales y académicas.

Finalmente, la Orden TMS/397/2019, de 4 de abril, adaptará la regulación de la Orden sobre convenios especiales de 2003 a los importantes cambios que experimentó el art. 51 ET tras la reforma laboral de 2012, para clarificar y dar respuesta a muchos de los problemas que se plateaban en la práctica en relación con el momento en el que procedía cumplir con la obligación de suscripción del convenio especial, la edad en la que correspondía el pago obligatorio por parte de la empresa según las causas sobre las que se sustente el CC o cuando el empresario no suscribía el convenio y debía ser instado por el propio trabajador.

3. EL CONVENIO ESPECIAL EN EMPRESAS SUJETAS A DESPIDOS COLECTIVOS QUE INCLUYAN A PERSONAS TRABAJADORAS CON CINCUENTA Y CINCO O MÁS AÑOS

3.1 Antecedentes

Del listado de convenios especiales, el que interesa para esta tesis es aquél previsto en el art. 51.9 del ET, al estar referido a las personas maduras y desplegar sus efectos en el ámbito del despido colectivo, insertándose en la práctica dentro del complejo proceso de las prejubilaciones²²⁶.

Su génesis se encuentra en el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de Protección Social firmado entre el Gobierno, la patronal y CC.OO. el 9 de abril de 2001.

El Acuerdo entronca con las Recomendaciones del Pacto de Toledo y del Acuerdo Social suscrito entre los agentes sociales en octubre de 1996, dentro del objetivo de consolidación del sistema de Seguridad Social. Para ello, la Seguridad Social debía desarrollar una serie de reformas que permitiesen su modernización en función de la evolución de las necesidades sociales, tomando como referencia el crecimiento económico y la creación de empleo. Este texto es el origen de importantes novedades como la creación del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, la introducción de la

²²⁶ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. “La modificación del convenio especial suscrito en determinados expedientes de regulación de empleo, como medida de mantenimiento del empleo”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2009, pág. 106.

jubilación flexible o combinar la mejora de las prestaciones con la contributividad en el sistema y el establecimiento de bonificaciones en la Seguridad Social para incentivar la contratación de determinados colectivos de personas trabajadoras, como son las mayores de cincuenta años.

El Acuerdo es implementado por el RDL 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. Este RDL adiciona un nuevo apartado en el art. 51 del ET, que sería el número 15 (hoy número 9) e introduce para su desarrollo en Seguridad Social la disposición adicional trigésima primera en la LGSS (hoy día disposición adicional decimotercera).

El RDL 16/2001 fue ratificado posteriormente por las Cortes mediante la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible.

3.2 Objeto y presupuesto habilitante

El convenio especial regulado en el art. 51.9 del ET, DA decimotercera de la LGSS y Orden TAS/2865/2003, afecta a empresas que incluyan en el despido colectivo a personas trabajadoras con cincuenta y cinco o más años.

Comparando este convenio especial con las restantes modalidades, se diferencia de ellas porque su suscripción no es voluntaria sino obligatoria (al menos en principio). Además, como se expondrá seguidamente, durante la vigencia del mismo, un tramo corresponderá al empresario y otro a la persona trabajadora.

Para un sector de la doctrina, la singularidad de este convenio especial podría llevar a plantearse si sería posible la reubicación de esta modalidad en otro tipo de figura jurídica y si debería mantenerse o no como un supuesto de situación asimilada al alta²²⁷.

²²⁷ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. *El Convenio Especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*, cit., pág. 230.

Por otro lado, si se buscan equivalencias entre esta obligación y la aportación al Tesoro Público, cuya obligación está condicionada al volumen total de la plantilla de la empresa y a que el número de personas afectadas mayores de cincuenta años sea superior al de no afectadas, el convenio especial nace de manera automática, aunque solo una persona afectada reúna los requisitos dentro del conjunto de afectados por el despido colectivo. Desde esta premisa, al igual que ocurre con una de las finalidades de la aportación al Tesoro, el convenio estaría desincentivando la afectación mayoritaria de las personas de edad en los despidos colectivos²²⁸.

Por otro lado, adviértase la circunstancia de que, cuando se alegan en el despido objetivo individual las mismas que determinan la suscripción del convenio especial en el despido colectivo, la empresa no se encuentra obligada a ello, pese a que la persona afectada cuente con cincuenta y cinco o más años. Esta discordancia puede ser apreciada mejor si comparamos la situación de una empresa que acomete un despido colectivo que, dentro de las personas afectadas, incluye a una sola persona con cincuenta y cinco o más años, frente a la opción de realizar la reestructuración mediante despidos objetivos individuales sin infringir la regla temporal establecida en el art. 51.1 del ET, relativa al cómputo de extinciones aisladas que también pueden merecer la calificación de despido colectivo. En el primer caso, la empresa tendría que cumplir con el trámite del convenio especial, mientras que no estaría conminada a ello en el segundo, pese a que en ambos casos es la misma persona de cincuenta y cinco o más años.

Además, el convenio especial de las personas de cincuenta y cinco o más años se basa en la voluntariedad de la persona trabajadora causante de la obligación, quien puede renunciar al mismo en la fase inicial o durante su vigencia hasta la fecha de extinción. En el caso de la aportación, puesto que la plantilla que determina la obligación no resulta beneficiada, es indiferente su voluntad.

²²⁸ SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y. (dirs.), *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, cit., pág. 297.

3.3 Requisitos y plazo para solicitarlo

A diferencia del convenio especial de Seguridad Social ordinario, en este caso no se exige un período previo de cotizaciones. Por ello, procedería la suscripción del convenio si la empresa lleva a cabo el despido colectivo y la afectación alcanza a personas de cincuenta y cinco o más años que no tengan la condición de mutualista, ni la empresa se encuentre en situación concursal. De este modo, la inclusión como afectada, de una persona trabajadora de cincuenta y cinco o más años, con independencia de su antigüedad en la empresa, activa automáticamente la obligación.

La propia dinámica del despido colectivo, hace pensar que se trataría de una persona trabajadora vinculada a la empresa mediante un contrato indefinido. Es decir, no procedería la suscripción en el caso de la extinción del contrato de trabajo si éste es temporal y la persona trabajadora no estaba incluida en el despido colectivo, como suele ser habitual en estos casos, asumiendo que el contrato temporal no haya sido celebrado en fraude de ley. En consecuencia, ante una reestructuración empresarial en la que la empresa primero amortiza los puestos de trabajo temporales a su vencimiento o por finalización de la obra o servicio, para acometer después el despido colectivo, dos personas trabajadoras de cincuenta y cinco años o más edad, podrían tener un tratamiento distinto según el tipo de contrato. Así, la persona trabajadora indefinida podría disfrutar de las coberturas del convenio especial de Seguridad Social, asumiendo la empresa el primer tramo de dicho convenio, frente a la vinculada mediante el contrato temporal, que podría quedar excluida de esas cotizaciones a cargo de la compañía²²⁹.

La empresa debe proceder a presentar la solicitud de convenio especial durante la tramitación del despido colectivo (art. 20.1 de la Orden TAS/2865/2003). En consecuencia, la empresa puede cumplimentar el formulario habilitado por la Tesorería General de la Seguridad Social a estos efectos (TA-0040-ERE) desde la apertura del período de consultas, que deberá ser comunicada a la Autoridad Laboral (arts. 6 y 7 del

²²⁹ El supuesto descrito representa un botón de muestra más de la dualidad que subyace en nuestro modelo de contratación laboral entre contrato fijo y contrato temporal, en claro perjuicio de la segunda categoría respecto al rango de derechos que puede disfrutar la persona trabajadora.

RD 1483/2012), hasta que, finalizado el período de consultas, se procede a la comunicación de la medida a la representación de los trabajadores y a la Autoridad Laboral (art. 12 del RD 1483/2012). Puesto que la indicación del plazo se formulaba de una manera ciertamente ambigua, la Orden TMS/397/2019, de 4 de abril, ha venido a precisar que la obligación alcanza hasta el momento de comunicar el despido a la persona afectada.

Si el empresario no realiza los trámites, la misma reforma que propicia la Orden TMS/397/2019, de 4 de abril, ha facultado a que sea la propia persona trabajadora quien inste el procedimiento. Para ello contará con un plazo de seis meses naturales siguientes a la fecha en la que a la persona trabajadora se le notifique individualmente el despido (art. 20.2 de la Orden TAS/2865/2003). Una vez recibida la solicitud, la TGSS concederá un trámite de audiencia a la empresa para que en el plazo de diez días pueda realizar las alegaciones que considere oportunas. Aunque la Orden no señala nada sobre el efecto que pueden tener tales alegaciones, la propia dinámica de esta figura jurídica determina que, si se considera que no procede sufragar las cuotas del convenio, la solución de la TGSS pueda ser impugnada conforme al procedimiento que pasaremos a analizar más adelante. En todo caso, una vez finalizado el trámite de audiencia, se procederá a la firma del convenio si el acto administrativo no es impugnado por la empresa. En la notificación también deben figurar las cuotas que debe ingresar a su cargo la empresa.

El convenio surtirá efectos desde el día siguiente a la baja en el Régimen de Seguridad Social correspondiente hasta que la persona cesada cumpla sesenta y tres años o sesenta y uno, según la causa de la extinción.

3.4 Supuestos excluidos de la obligación de suscribir un convenio especial

3.4.1 Personas trabajadoras mayores de cincuenta y cinco años con la condición de mutualistas

El art. 51.9 del ET excluye en primer lugar de suscribir el convenio especial cuando las personas trabajadoras a fecha de 1 de enero de 1967 tuvieran la condición de mutualistas. El legislador está haciendo referencia aquí a la cotización en las antiguas

Mutualidades Laborales de personas trabajadoras por cuenta ajena, anteriores a nuestro actual sistema de Seguridad Social.

Teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, resulta evidente que esta excepción representa una categoría a extinguir y que tendrá que ser actualizada en el futuro, puesto que cada vez será más infrecuente en nuestros días la existencia de personas trabajadoras mutualistas que continúen prestando sus servicios mediante un contrato de trabajo.

3.4.2 Efectos del procedimiento concursal

La segunda excepción del art. 51.9 del ET se refiere a las empresas que se encuentren incursas en un procedimiento concursal. Al igual que con el resto de obligaciones económicas, la insolvencia del empleador determina que no pueda atender a las obligaciones de pago las cuotas del convenio en la parte que corresponde al empresario.

En el caso de la empresa que se encuentre en concurso de acreedores, debidamente declarado mediante auto del Juzgado de lo Mercantil, no cabe duda que no sería exigible la obligación de suscribir el convenio especial. A lo apuntado se suma que el despido colectivo dentro del concurso de acreedores cuenta con la regulación específica prevista en los arts. 169 a 185 de la LC.

No obstante, es mucho más interpretable la exclusión cuando la empresa haya solicitado el concurso de acreedores, pero no se haya dictado auto por el juzgado de lo mercantil o cuando se encuentre en negociaciones con sus acreedores para alcanzar un acuerdo extrajudicial.

En el primer caso, no parece que nos encontremos todavía ante el procedimiento concursal al que alude el art. 51.9, toda vez que –como dispone el art. 14 de la LC- el órgano judicial debe analizar la solicitud de concurso y comprobar que concurren los presupuestos para la declaración.

Mas matizaciones merece el efecto que puedan tener las negociaciones previas al concurso que la persona física o jurídica deudora pueda tener con los acreedores. La redacción originaria de la Ley Concursal 22/2003 no contenía ningún instrumento para

favorecer la negociación antes de la declaración de concurso de acreedores. El RDL 3/2009 incorporó el art. 5.3, que ofrece un “escudo protector”²³⁰, para que el empresario pueda alcanzar un acuerdo extrajudicial con sus acreedores (por ejemplo, acuerdos de refinanciación o acuerdos de pagos) y no se vea abocado a la solicitud del concurso de acreedores. Subyace bajo esta medida la constatación de que la mayoría de las empresas que solicitaban el concurso de acreedores no podían superar la situación de insolvencia, siendo el siguiente e inexorable paso la liquidación. Por ello, mediante esta solución se intentaba conceder un último plazo de gracia a la empresa para regularizar su deuda y evitar así la declaración de concurso instado por el propio empresario o por los acreedores.

Esta regulación pasó posteriormente al art. 5 bis, incorporado a la precedente Ley Concursal por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, la cual señala en su exposición de motivos que, ante todo, la ley profundiza en las «alternativas» al concurso o los denominados institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, a través de acuerdos de refinanciación.

El acuerdo extrajudicial con los acreedores está regulado actualmente en los artículos 583 a 594 de la LC. La comunicación de las negociaciones vendrá acompañada de la designación de un mediador concursal y de la posibilidad de dar publicidad a terceros del inicio de las negociaciones.

De este modo, por medio de esta figura, el empresario cuenta con un plazo de tres meses para llevar a cabo las negociaciones extrajudiciales con los acreedores, procediéndose a la homologación judicial de tal acuerdo, pudiendo alcanzar sus efectos a los acreedores disidentes.

Planteadas de este modo las cosas, interesa destacar que el deudor puede presentar su comunicación de inicio de negociaciones de acuerdo de refinanciación, acuerdo extrajudicial de pagos o propuesta anticipada de convenio en situación de insolvencia

²³⁰ PULGAR EZQUERRA, J (dir.), GUTIÉRREZ GILSANZ, A., ARIAS VARONA, F.J., MEGÍAS LÓPEZ, J. (coord.), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid, 2016, pág. 111.

actual o inminente. Es decir, el presupuesto que habilita para instar esta fase previa –que no es otro que la insolvencia- es el mismo que el concurso de acreedores. Dicho de otro modo, el deudor puede intentar el acuerdo extrajudicial o solicitar directamente ante el Juzgado de lo Mercantil competente el concurso de acreedores ante la situación de insolvencia. El Auto del Juzgado de lo Mercantil declarará el concurso, pero la negociación con los acreedores prevista en la Ley Concursal también ha de ser instada ante el Juzgado de lo Mercantil.

El debate se centra, en consecuencia, en lo que debe entenderse por “procedimiento concursal”. Sin lugar a dudas, habría resultado mucho más clarificador que el autor del Estatuto de los Trabajadores hubiera aludido a “concurso de acreedores”, lo que directamente nos llevaría al procedimiento constatado y declarado por el Juzgado de lo Mercantil mediante auto. La discusión surge porque, al requerir el procedimiento del art. 583 y siguientes de la comunicación al Juzgado de lo Mercantil competente, para que el mismo dicte el oportuno decreto y de la designación de un mediador concursal, también en este caso se estaría ante un procedimiento de naturaleza concursal.

Frente a esta consideración, resulta cierto que en este caso el juez no comprobará la concurrencia de la situación de insolvencia, como sí realiza en la solicitud de concurso, siendo una decisión que adopta la parte deudora²³¹. Igualmente, si se debe acometer una extinción colectiva durante el período de tiempo en el que se desarrollan las negociaciones con los acreedores, la normativa aplicable se encuentra en el art. 51 del ET y el RD 1483/2012, no en el procedimiento específico de la Ley Concursal. Pese a todos estos factores, es plausible hablar de procedimiento concursal y que, donde el legislador no ha precisado si se refiere propiamente a insolvencia contrastada por el juzgado competente

²³¹ Teniendo presente los efectos –que podrían ser calificados como “reputacionales” que conlleva en el ámbito empresarial el trámite de la negociación para lograr un acuerdo de refinanciación con los acreedores, se ha destacado que difícilmente se daría este paso si no concurriera una causa real de insolvencia: GÁLLEGO LANAU, M., “El artículo 5 bis de la Ley Concursal y modificaciones estructurales societarias”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 22, 2015, pág.3.

o concurso de acreedores declarado mediante auto, la persona que interpreta no debe llevar a cabo esa asimilación limitativa de manera automática.

Cuando el Estatuto de los Trabajadores introduce la obligación de la suscripción del convenio especial que en los despidos colectivos afecte a personas trabajadoras mayores de cincuenta y cinco años, no se había incorporado todavía la regulación del acuerdo extrajudicial previo al concurso. En aquella fase previa sí que resultaba posible equiparar el procedimiento concursal a concurso de acreedores. Sin embargo, posteriormente el legislador laboral no ha realizado ningún cambio o precisión. Es más, la importante reforma laboral de 2012, vigente entonces el 5.3 de la LC, modificó entre otros el art. 51 del ET pero nada precisa sobre este asunto, limitándose a cambiar la numeración del precepto donde se encontraba esta obligación.

Nuevamente se insiste en que, partiendo de una situación objetiva de insolvencia en cualquiera de sus modalidades, la misma dificultad tendrá una empresa o una persona empleadora en concurso de acreedores como aquella que negocia su refinanciación, previa comunicación al juzgado de lo mercantil, para poder atender a las obligaciones de pago del convenio especial de Seguridad Social de los trabajadores mayores de cincuenta y cinco años.

Donde el legislador no puede ofrecer una solución armonizada, puede llegar la doctrina de los Tribunales. Para el TSJ de Cantabria, en su sentencia de 23 de junio de 2016²³², estar incurso en un procedimiento concursal debe interpretarse como estar sometido a la intervención judicial en la administración y gestión de empresa, y que este efecto del concurso desaparece, junto con todos los demás, cuando el Juez de lo Mercantil aprueba el convenio alcanzado con los acreedores. En consecuencia, es posible apreciar que en este caso se opta por un criterio restrictivo de procedimiento concursal que pone el foco en que las facultades de disposición del patrimonio de la empresa se encuentran intervenidas por la administración concursal a fin de que, en los actos de disposición de

²³² Recurso 93/2016.

los recursos económicos, no se vean afectados los acreedores cuyos créditos componen la masa del concurso. La Sala tiene en cuenta que el convenio implica una garantía para los trabajadores mayores, ya que desincentiva su incorporación por el coste añadido que implica la suscripción del convenio o les permite seguir cotizando mitigando el impacto que para sus cotizaciones ocasiona la extinción del contrato de trabajo. Es por ello que toda interpretación en esta materia se debe realizar sobre esa premisa. Una vez que, dentro del concurso, se alcanza un acuerdo con los acreedores validado por el órgano judicial, el empleador vuelve a contar con sus facultades de disposición y puede suscribir el convenio, y ello pese a que todavía resten algunos trámites para que finalice el concurso de acreedores, pero ya sin que las facultades de la parte deudora en el concurso se encuentren intervenidas.

Con independencia de la situación de insolvencia de la empresa, para la STSJ Castilla y León, de 3 de junio de 2015²³³, en la interpretación del art. 51.9 LC, resulta determinante el momento en el que se acomete el despido colectivo y se lleva a cabo la solicitud de convenio especial. En el caso analizado por la Sala, la empresa lleva a cabo el despido colectivo antes de la solicitud del concurso de acreedores. Se solicita a la TGSS la suscripción del convenio especial para los trabajadores mayores de cincuenta y cinco años afectados y, coincidiendo con la declaración del concurso por parte del juzgado de lo mercantil, se extingue el contrato de trabajo de la persona mayor que motiva el pleito. En consecuencia, pese a que puede mediar un cierto espacio de tiempo entre la solicitud del convenio y la suscripción del mismo una vez que la TGSS ha realizado las estimaciones necesarias, resultaría irrelevante la declaración sobrevenida de concurso de acreedores. Por tanto, el momento determinante es aquel en el que la empresa dirige la solicitud durante el período de consultas del despido colectivo. Si no existe procedimiento concursal en ese momento, la obligación ha de mantenerse²³⁴. Aunque desde el punto de

²³³ Recurso 624/2015.

²³⁴ Este criterio también es mantenido por otras sentencias como la STSJ Madrid de 19 de septiembre de 2013 (recurso 1991/2011) o las SSTSJ de La Rioja de 12 de diciembre 2013 (recurso 50/2013) y 15 abril 2016 (recurso 131/2014).

vista de la jurisdicción social, la solución ofrecida se fundamenta en la regulación de esta figura, en el plano concursal el impacto en la masa del concurso y en los intereses del resto de acreedores es más que evidente.

Por su parte la STSJ Madrid 18 de marzo 2015²³⁵ confirma el Fallo del Juzgado de lo Social partidario de que la solicitud de acuerdo y refinanciación de la deuda con los acreedores previsto en la LC es un procedimiento concursal en los términos que establece el art.51.9 del ET. En consecuencia, si cuando son iniciados los trámites del despido colectivo al amparo del art. 51 del ET, la parte deudora ha comunicado ya al juzgado de lo mercantil el inicio de las negociaciones con los acreedores según el procedimiento previsto, cabe aplicar la excepción a la suscripción del convenio especial de Seguridad Social para las personas trabajadoras mayores de cincuenta y cinco años. En el caso concreto, resulta evidente que pesa en la valoración de la Sala la circunstancia de que las negociaciones no llegaron a buen puerto y que finalmente el Juzgado de lo Mercantil dictó auto declarando el concurso de acreedores. No obstante, este dato no invalida la conclusión que se indica puesto que la sucesión de hechos fue la siguiente: 1) solicitud de acuerdo con los acreedores, 2) despido colectivo, 3) concurso de acreedores.

En definitiva, ante la situación de insolvencia que impide que la parte deudora pueda cumplir debidamente con sus obligaciones frente a los acreedores, dentro de los procedimientos concursales se encontraría tanto el acuerdo de refinanciación oficializado ante el Juzgado de lo Mercantil como el concurso de acreedores.

3.5 Determinación del importe: cotización

Las cotizaciones para este convenio abarcarán el periodo comprendido entre la fecha en que se produzca el cese en el trabajo o, en su caso, en que cese la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo, y la fecha en la que el titular del convenio cumpla la edad de jubilación ordinaria. En efecto, la vigencia del convenio está supeditada a la edad de la persona trabajadora y ésta a la causa del despido colectivo.

²³⁵ Recurso 680/2014.

En la primera versión de la Orden TAS/2865/2003 las cotizaciones a cargo de la empresa resultaban obligatorias hasta que la persona trabajadora alcanzaba los 61 años. Posteriormente, la Ley 27/2011, mediante su DA sexta, modificó la DA trigésima de la LGSS ampliando la edad hasta los sesenta y tres años, salvo en los casos de expedientes de regulación de empleo por causas económicas, en los que la obligación se seguirá manteniendo hasta los 61 años de la persona trabajadora. Así se mantiene en la actualidad en la DA decimotercera del RD Leg 8/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la actual LGSS.

El establecimiento de un límite distinto, en este caso la edad de la persona trabajadora, para las cotizaciones a cargo del empresario en función de la causa sobre la que se sustentase el despido colectivo propició que surgieran dudas cuando el despido colectivo no se sustentaba en una única causa. De hecho, en la práctica, es muy frecuente que una reestructuración colectiva no se base solo en causas económicas (límite de sesenta y uno años), por un lado y organizativas, productivas o técnicas por el otro (límite de sesenta y tres años). Así las cosas, cuando la causa económica concursaba con el resto de causas, algunas Direcciones Provinciales de la TGSS realizaban la capitalización de las cotizaciones sobre el límite de sesenta y tres años. Esta situación generaba un trato desigual frente la situación de compañías que solo alegaban la concurrencia de causa económica y, por tanto, las cotizaciones se calculaban con el límite de los sesenta y un años de edad. Finalmente, esta controversia ha quedado resuelta aplicando el límite de edad reservado para la causa económica, con independencia de que concurran otras causas a la hora de calcular el importe total del convenio especial de Seguridad Social²³⁶.

Tanto en un límite como en otro, las cotizaciones se determinarán aplicando al promedio de las bases de cotización del trabajador, en los últimos seis meses de ocupación cotizada. Las cuotas serán objeto de totalización por parte de la TGSS hasta que la persona trabajadora cumpla sesenta y tres años de edad o sesenta y uno (según la causa), por todas

²³⁶ A modo de ejemplo, este criterio es confirmado por el Oficio de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la TGSS de referencia OJ-335/2015 de fecha 11 de septiembre de 2015.

las contingencias incluidas en la acción protectora del convenio (art. 20.2 de la Orden TAS 2865/2003).

De la cantidad resultante se deducirá la cotización, a cargo del SEPE, correspondiente al periodo en el que el trabajador pueda tener derecho a la percepción del subsidio de desempleo, cuando corresponda cotizar por la contingencia de jubilación, calculándola en función de la base y tipo aplicable en la fecha de suscripción del convenio especial. En la parte que del convenio que puede continuar la trabajadora o el trabajador si percibe en ese momento el subsidio para mayores de cincuenta y dos años, para la contingencia de jubilación, la base de cotización estará constituida por la diferencia entre la base de cotización elegida por el interesado y aquella por la que cotice en cada momento la entidad gestora. Si se extingue el derecho al referido subsidio, la persona trabajadora podrá suscribir el convenio en la modalidad ordinaria²³⁷.

3.6 Partes

3.6.1 El empresario

Las cotizaciones correspondientes al convenio serán a cargo de la empresa que ha tramitado el despido colectivo y que, en consecuencia, extingue el contrato de trabajo de la persona causante de la suscripción del convenio especial. En los casos de subrogación, la obligación recaerá sobre la empresa sucesora. Dicho cambio también puede operar de manera sobrevenida, una vez vigente el convenio especial.

Como se detallará seguidamente, la obligación de pago será hasta la fecha en que el trabajador cumpla los sesenta y tres años, salvo en los casos de procedimientos de despido colectivo por causas económicas, en los que dicha obligación se extenderá hasta el cumplimiento, por parte del trabajador, de los sesenta y un años.

²³⁷ LÓPEZ CUMBRE, L., “Biografía laboral en el contrato de trabajo”, en ESCUDERO PRIETO, A. (dir.) y ALONSO BRAVO, M. (coord.), *Los nuevos perfiles del Estado social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*, cit., pág. 257.

3.6.2 La persona trabajadora

Debemos tener por tal al concepto que ofrece el art. 1.1 del ET, dado de alta en la empresa o en alguna de las situaciones asimiladas al alta que establece el art. 166 de la LGSS. La premisa se encuentra en que sea una de las personas incluidas dentro de la afectación del despido colectivo. A este respecto, puede ser tomada en consideración la observación anteriormente apuntada sobre el tipo de contrato que determina la inclusión como afectada de la persona de edad madura en el despido colectivo, excluyendo a quienes cuentan con un contrato temporal y previamente han sido parte del proceso de reestructuración que debe acometer la empresa, antes de abordar el despido colectivo como último y definitivo tramo del proceso.

Como se señalará, a partir del cumplimiento por parte del trabajador de la edad de sesenta y tres o, en su caso, sesenta y un años, las aportaciones al convenio especial serán obligatorias y a su exclusivo cargo, debiendo ser ingresadas, en los términos previstos en la normativa reguladora del convenio especial, hasta el cumplimiento de la edad de jubilación, o hasta la fecha en que, en su caso, acceda a la pensión de jubilación anticipada.

3.6.3 La Tesorería General de la Seguridad Social

Aunque no abona la cantidad destinada al pago de las cuotas, si ha de ser considerada como parte en el proceso al encargarse de la tramitación del convenio especial y realizar todas las cuantificaciones que implica el proceso²³⁸.

²³⁸ Como establece las SSTSJ Cantabria 12 de marzo de 2014 (recurso 61/2014) y 23 de mayo de 2014 (recurso 260/2014), en los procesos para reclamar la ejecución de su cumplimiento, no solo es parte procesal la empresa demandada, sino también la TGSS a los efectos de la válida constitución de la relación jurídico-procesal. Esta obligación queda establecida de esta manera, aunque la obligada al pago de las cuotas sea la empresa.

3.7 Consecuencias del incumplimiento

Antes de analizar el procedimiento de legalmente establecido para proceder a la determinación del importe de convenio, así como su pago y liquidación, cabe preguntarse por las consecuencias que conlleva el incumplimiento de esta obligación.

Como resultado de las dudas que esta omisión de la empresa provocaba en la práctica diaria, la ITSS en su Criterio Técnico 74/2009, de 12 de junio de 2009 vino a determinar qué concreto tipo infractor de la LISOS procedería aplicar.

Según dicho criterio, la situación que motivaba la intervención por parte de la ITSS es aquella en la que no se había suscrito el convenio especial, ya que para actuar frente a la falta de cotización y para llevar a cabo un control efectivo del ingreso de las cuotas la TGSS podría aplicar el procedimiento previsto en el RGSS, entre otras disposiciones, sin perjuicio de que –adicionalmente- la ITSS pudiera reaccionar frente a la infracción cometida.

Así las cosas, la cotización establecida para la formalización del convenio debía reconducirse al marco propio de la cotización a la Seguridad Social, es decir las cuotas del convenio se debían asimilar al concepto general de cuota de Seguridad Social, tomando como referencia el art. 56.1.c)²³⁹ del RGRSS. Por ello, resultaba una obligación de cotización para el empresario, directamente impuesta por el ET, no perdiendo el carácter de obligación de Seguridad Social por el hecho de haberse previsto en el marco de la regulación de los despidos colectivos. Como resultado de lo anterior, el

²³⁹ “Las cuotas de la Seguridad Social y los recursos que se recauden conjuntamente con ellas se ingresarán dentro del mes siguiente al que corresponda su devengo, salvo que se establezca otro plazo por las normas que regulan cada uno de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social.

No obstante lo anterior, para los colectivos y regímenes que se indican a continuación, se considerarán plazos reglamentarios de ingreso los siguientes:

(...)

c) Respecto de otros supuestos especiales:

1º En las situaciones de convenios especiales el plazo reglamentario de ingreso de las cuotas correspondientes será el establecido en su normativa específica y, a falta de éste, el aplicable al régimen de Seguridad Social del que aquéllos deriven.”

incumplimiento de esta obligación debía ser considerado como una infracción en materia de Seguridad Social, ajustándose la tipificación por los preceptos correspondientes en la LISOS a este ámbito. Incluso aunque las cuotas del convenio especial no se correspondan exactamente con las cuotas de Seguridad Social para la cotización, el criterio técnico invocado recuerda que el art. 20.2. establece que “a los efectos de la presente Ley se asimilan a las infracciones y sanciones en materia de Seguridad Social las producidas respecto de otras cotizaciones que recaude el sistema de Seguridad Social”.

Según este razonamiento, se trataría de una infracción grave que tipifica el art. 22.3 de la LISOS, como consecuencia de la falta de ingreso de las cuotas de Seguridad Social, sin entrar en aspectos como la forma o el plazo de ingreso, si la empresa no solo no abona las cuotas del convenio, sino que tampoco llega a suscribirlo.

El encaje del incumplimiento de la nueva obligación empresarial que introducía el art. 51.15 del ET dentro del art. 22.3 de la LISOS resultaba algo forzado y se antojaba como una solución provisional. El citado criterio técnico finalizaba concluyendo que se tendría que estar a las circunstancias concretas para valorar si el empresario había incumplido la obligación de cotizar de manera concurrente con la no suscripción del convenio.

En efecto, en la práctica, muchos procedimientos sancionadores que basaban el incumplimiento de la suscripción del convenio especial en el art. 22.3 de la LISOS eran anulados o se declaraba la caducidad del expediente si a los tres meses no era suscrito. Para que naciera la obligación de Seguridad Social el empresario debía llevar a cabo la comunicación a la que alude el art. 20.1 de la Orden TAS/2865/2003 durante la tramitación del despido colectivo. En consecuencia, difícilmente era posible sancionar por este tipo de la LISOS si existía esa actuación por parte de la empresa. Para entender mejor la razón del problema de tipificación que existía, se debe tener en cuenta que, conforme a lo establecido en el art. 40 de la LISOS, la infracción del art. 22.3 de esta norma se sanciona con una multa, en su grado mínimo, del 50 al 65% del importe de las cuotas de Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta no ingresados,

sumando a ello, recargos, intereses y costas; en su grado medio, multa del 65,01 al 80%; y en su grado máximo, con multa del 80,01 al 100%.

En consecuencia, si no era posible que la TGSS llegase a realizar una cuantificación de las cuotas totales que procederían durante la vigencia de todo el convenio, el procedimiento sancionador no podía ser tramitado con las suficientes garantías. De este modo, bien de oficio o en fase de recurso administrativo, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social debía proceder –como se ha apuntado- a la anulación de las actas o confirmar la caducidad del expediente.

Resultaba preciso sumar un tipo infractor nuevo y llegó en la disposición adicional sexta de la Ley 27/2011 que, modifica el art. 23 de la LISOS, introduciendo como infracción muy grave el incumplimiento de suscribir el convenio especial para estos supuestos. En consecuencia, se daba una apropiada respuesta al vacío legal que, en el ámbito sancionador, había ocasionado el art. 51.15 del ET, pasando posteriormente a ser el 51.9 del ET tras la reforma laboral de 2012. El 23.1. i) de la LISOS comenzaría a desplegar efectos a partir del 1 de enero de 2013.

Al tratarse ahora de una infracción muy grave, la multa que procede, en su grado mínimo, asciende de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005; y en el máximo de 120.006 a 225.018 euros.

El cambio en el tratamiento de este incumplimiento empresarial, no solo opera cambios en la LISOS para una adecuada tipificación, sino que vino acompañado de un nuevo criterio técnico de la ITSS que venía a corregir y superar al anterior de 2009. De este modo, el Criterio Técnico 91/2012, estaba dedicada a la actuación de la ITSS en relación con el incumplimiento de lo dispuesto en el art. 51.9 del ET, dejaba sin efecto el anterior Criterio Técnico 74/2009. Se confirma que el art. 23.1 i) es la norma aplicable cuando -ahora sí- se incumple la obligación y que, una vez realizada la solicitud, nace la obligación de Seguridad Social, tipificándose la falta de abono de las cuotas desde el principio del surgimiento de la obligación o durante la vigencia del convenio especial.

Con estos cambios quedaba abordado debidamente el tratamiento “patológico” de la obligación del art. 51.9 del ET, bien por el incumplimiento de toda obligación sobre esta materia, bien por el cumplimiento defectuoso (solicitud sin abono de cuotas o impago de las mismas durante la vigencia) del convenio especial de Seguridad Social aplicable a determinadas personas en los despidos colectivos.

La impugnación de la sanción que pueda efectuar la empresa será tramitada mediante el procedimiento para la impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social previsto en el art. 151 de la LRJS.

Cabe preguntarse si el incumplimiento puede tener trascendencia en las prestaciones que correspondan a la persona trabajadora. Se considera que en este caso no resulta aplicable el art. 167 LGSS sobre responsabilidad de la empresa en el pago de las prestaciones, sin perjuicio del derecho de la persona trabajadora de recibir una indemnización por el perjuicio causado²⁴⁰.

4. PROCEDIMIENTO DE LIQUIDACIÓN

Las cotizaciones de este convenio abarcarán el período comprendido entre la fecha en que se produzca el cese del trabajo o, si así procede la obligación de cotizar por cese de la prestación de desempleo contributivo y la fecha en la que la persona trabajadora cumpla la edad de sesenta y siete años o sesenta y cinco años cuando acumule treinta y ocho años cotizados [art. 205.1 a) de la LGSS].

En la parte que corresponde a la empresa, las cotizaciones son determinadas aplicando al promedio de las bases de cotización de la persona trabajadora correspondientes a los seis últimos meses de ocupación cotizada, como se ha indicado, el tipo de cotización

²⁴⁰ ARAGÓN GÓMEZ, C., “El convenio especial con la Seguridad Social en los despidos colectivos que afectan a trabajadores maduros”, AA.VV. *Reestructuraciones Empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, pág. 823. Con apoyo en la STSJ Galicia 15 de febrero de 2019 (recurso 3753/2018), argumenta que procedería considerar como cotizado el tiempo en el que la empresa ha incumplido la obligación, anticipando el INSS las diferencias, sin perjuicio de la acción de reintegro frente a la empresa responsable.

previsto en la Orden TAS 2865/2003. De la cantidad resultante se deducirá la cotización a cargo del SEPE.

Dichas aportaciones se ingresarán en la TGSS, bien de una sola vez, dentro del mes siguiente al de la notificación por parte de la citada Administración o bien mediante fraccionamiento de pago en anualidades a favor de la persona o las personas trabajadoras beneficiarias hasta la edad de sesenta y un años, con un máximo de seis años. La limitación apuntada resulta lógica, valorando la edad en la que resulta obligatorio (cincuenta y cinco años) y hasta cuándo debe responder la empresa (sesenta y uno). Por tanto, como medida social adicional a las previstas legalmente para los despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de edad madura, si la empresa y la representación legal de los trabajadores acordasen la obligación de suscribir un convenio especial a partir de una edad inferior a la de cincuenta y cinco años, no sería posible aplazar en un número de anualidades superior.

Una vez asume el pago la persona trabajadora beneficiaria del convenio a los sesenta y tres o sesenta y un años según las circunstancias, la base de cotización puede ser incrementada. En ese punto, el convenio especial propio de los trabajadores mayores de cincuenta y cinco años se asimila al régimen general del convenio que prevé la Orden TAS 2865/2003.

La base de cotización también puede aumentar mientras afronta la obligación del pago de las cuotas la empresa cuando de manera voluntaria lo solicite la empresa, por el trabajador o por ambos. Para ello, las partes interesadas suscribirán una cláusula adicional al convenio, por la que se determine al responsable del pago del incremento de cuotas resultante sin necesidad de presentar aval u otra garantía ni de sustituir por tercero al responsable del pago.

Cuando el convenio sea instado por el propio trabajador, podrá pedir que de manera voluntaria sean incrementadas las cuotas a partir de la fase de ejecución del convenio en la que él debe sufragar los gastos del mismo. En ese caso, la persona trabajadora es la que

firma una cláusula adicional en el convenio donde queda determinada su responsabilidad por el pago del incremento de cuotas resultante.

En caso de fallecimiento de la persona trabajadora, de reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente o con el reconocimiento de una pensión de jubilación, durante el período de cotización correspondiente al empresario, se extinguirá el convenio especial y la TGSS procederá a devolver al empresario las cuotas ingresadas que correspondan al período posterior a la fecha de las circunstancias indicadas, una vez efectuada la liquidación definitiva de la cotización correspondiente al convenio (DA decimotercera, número 3 de la LGSS y art. 20.6 de la Orden TAS/2865/2003).

En este punto, es interesante destacar que inicialmente se trataba de un derecho que debía ejercitar la empresa, sujeto a un plazo de prescripción de cuatro años. No obstante, tras la última modificación de la Orden, se trata de una actuación que debe proceder de oficio por parte de la TGSS.

Según establece la DA decimotercera, número 4 de la LGSS y desarrolla el art. 20.7 de la Orden TAS/2865/2003, si en el período de cotización a cargo del empresario el trabajador realizase alguna actividad por la que se efectúen cotizaciones al sistema de la Seguridad Social, incluyendo el trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, las cuotas coincidentes con las correspondientes a la actividad realizada, hasta la cuantía de estas últimas, se aplicarán al pago del convenio especial durante el período a cargo del trabajador. La resolución por la que se adopte el acuerdo será notificada al empresario y al trabajador para su debida constancia del cálculo efectuado. Las actividades realizadas por la persona trabajadora no determinarán la extinción del convenio especial, solo quedará en suspenso si las nuevas bases de cotización que correspondan como consecuencia de esas actividades son iguales o superiores a las de aquel. Si en la fecha en la que acceda el trabajador a la situación de jubilación, no se hubiera aplicado al pago del convenio la totalidad de la cotización a cargo del empresario que haya sido objeto de retención, la TGSS procederá a la devolución del importe sobrante a la empresa.

5. RECAUDACIÓN

Al tratarse de una obligación de Seguridad Social, el convenio de seguridad social seguirá el procedimiento y plazos establecido por el RGRSS, de conformidad con lo dispuesto en su art. 1.

El procedimiento recaudatorio de este convenio especial de la Seguridad Social presenta la particularidad de que empresa y persona trabajadora asumen en momentos distintos el pago de las cuotas.

De este modo, ambos sujetos eventualmente pueden afrontar las consecuencias del impago de las mismas, si el procedimiento recaudatorio pasa del período voluntario de pago al período ejecutivo.

5.1 Recaudación en período voluntario

Una vez determinado el importe a liquidar conforme a lo apuntado anteriormente, si la empresa opta por realizar un pago único cuenta con el plazo de treinta días naturales para efectuar el pago del importe establecido por la TGSS (art. 6 del RGRSS).

Conforme señala el art. 20.2 de la Orden TAS 2865/2003, también es posible el fraccionamiento en anualidades como años le falten a la persona trabajadora para cumplir los sesenta y un años. El ingreso de la primera anualidad en período voluntario se debe realizar en el plazo de treinta días naturales. El importe de las restantes anualidades debe ser garantizado mediante aval o bien –previa aceptación de la Administración competente- la garantía de una entidad financiera o una entidad aseguradora.

En el caso de aval, debe ser presentado también durante la tramitación del expediente de regulación de empleo, como ocurre con la solicitud del convenio. Su validez debe ser desde la fecha en la que se produzca el cese en el trabajo, o desde el cese de la obligación de cotizar por extinción de la prestación por desempleo contributivo y hasta, al menos, un año después del vencimiento de la anualidad o las anualidades que garantice.

Para que el aval sea admitido como una garantía válida para la TGSS debe reunir los siguientes requisitos (art. 20.2.1. de la Orden TAS 2865/2003):

- Ha de ser presentado por una entidad financiera inscrita en el Registro Oficial de Bancos o Banqueros o Cooperativa de Crédito inscrita en el Registro Especial del Banco de España.
- Una compañía de seguros debidamente autorizada por el Ministerio de Economía para operar en el ramo de la caución.

En ambos casos, las firmas de los otorgantes del aval deben estar legitimadas o el documento ha de estar testimoniado por notario. Además, en el aval debe constar el número de inscripción en el Registro Especial de Avaluos. Adicionalmente, el aval irá acompañado de copia cotejada con el original de los poderes de la persona firmante del aval.

- El aval también puede ser otorgado por una Sociedad de Garantía Recíproca, conforme a los requisitos que establece la Ley 1/1994, de 11 de marzo y las normas complementarias que resulten aplicables. Será necesario acompañar un certificado expedido por el Secretario del Consejo de Administración, con el visto bueno de su Presidente, donde conste la cantidad avalada y que la sociedad reúne todos los requisitos exigidos por la legislación aplicable, estando las firmas de esa legitimación validadas por notario.

En el caso de una entidad financiera o aseguradora que pueda sustituir al empresario en el cumplimiento de las obligaciones, debe ser una entidad debidamente inscrita en el Registro Oficial de Bancos o Banqueros o una Cooperativa de Crédito inscrita en Registro Especial del Banco de España o una entidad aseguradora autorizada por el Ministerio de Economía para operar en el ramo correspondiente.

Los pagos fraccionados serán objeto de domiciliación en alguna de las entidades financieras habilitadas para actuar como oficinas recaudatorias (art. 21 del RGRSS).

Durante este período de pago voluntario, ante el riesgo de que el impago de la cuota determine el inicio del período ejecutivo, es posible solicitar un aplazamiento de la deuda según establece el RGRSS en el procedimiento previsto en sus arts. 31 a 36. El aplazamiento incluirá la totalidad de las deudas aplazables en el momento de su solicitud, incluyendo los recargos e intereses, así como las costas exigibles en ese momento.

Si la deuda es superior a 30.000 euros, será necesario aportar las debidas garantías. En los casos de deudas superiores, la parte solicitante podrá quedar liberada de la aportación de garantía si la deuda es inferior a los 90.000 euros y se ingrese al menos un tercio del importe antes de que transcurran 10 días desde la notificación de la concesión y se abone el resto en los dos años siguientes.

La falta de pago en el plazo reglamentario conlleva la aplicación del interés de demora y recargos (arts. 10 y 11 del RGRSS).

5.2 Recaudación en procedimiento ejecutivo

El impago de la cuota o el incumplimiento del aplazamiento en las condiciones que hayan sido pactadas con la TGSS competente determinarán el inicio del procedimiento de apremio. A este respecto, la providencia de apremio (art. 84 del RGRSS) es el título ejecutivo suficiente para el inicio de este procedimiento, que cuenta con la misma fuerza ejecutiva de una resolución judicial para proceder contra los bienes y derechos de la parte obligada al pago.

En consecuencia, el recaudador ejecutivo de la TGSS podrá instar la ejecución de las garantías existentes y, en su caso, podrá acometer el embargo de los bienes y los derechos de la parte responsable para el cobro forzoso, lo que puede conllevar la enajenación o adjudicación a la TGSS.

6. SUSPENSIÓN DEL CONVENIO ESPECIAL

Según establece el art. 10 de la Orden TAS/2865/2003, el convenio puede quedar suspendido, en el sentido de cesar temporalmente la obligación de cotizar y que el convenio no pueda desplegar su acción protectora, durante los períodos de actividad de

la persona trabajadora o asimilada, que determinen su encuadramiento en el campo de aplicación de alguno de los Regímenes de Seguridad Social. Dichos períodos pueden tener carácter continuo o discontinuo. Para que proceda la suspensión, la base de cotización debe ser inferior a la base de cotización aplicada en el convenio especial. No obstante, la persona suscriptora del convenio puede manifestar expresamente su voluntad de que el convenio se extinga o siga vigente.

La realización de actividades que determinen la suspensión debe ser comunicada, por la persona que lo suscriba o su representante a la Dirección Provincial competente de la TGSS. Para ello, el plazo concedido es de diez días naturales siguientes a la reanudación de la actividad. En tal caso la suspensión del convenio especial surte efectos desde el día anterior al de la incorporación al trabajo. Si la notificación se produce después de dicho plazo, la suspensión únicamente surtirá efectos desde la fecha de comunicación.

Una vez finalice la causa que determina la suspensión del convenio especial, podrá reanudarse el convenio especial, desde el día siguiente a aquel en que finalizó la causa de la suspensión.

El plazo para efectuar la comunicación a la Tesorería o a la Administración competente es de treinta días naturales siguiente a aquel en que se produjo el cese en el trabajo que había motivado la suspensión. El incumplimiento del plazo en este caso determina que la reanudación de la efectividad del convenio se producirá desde el día de la presentación de la comunicación. No obstante, si se hubiesen efectuado cotizaciones por el convenio previamente, en ese caso la reanudación se producirá desde la fecha de efectos del primer pago, en el plazo reglamentario, posterior a la fecha en que se haya producido el cese en el trabajo determinante de la suspensión.

7. EXTINCIÓN DEL CONVENIO ESPECIAL

Como regla general, el convenio especial puede extinguirse por alguna de las siguientes causas previstas en el art. 10.2 de la Orden TAS/2865/2003:

- Cuando la persona que suscribe el convenio queda comprendida, por la realización de una nueva actividad, en el campo de aplicación del mismo Régimen de Seguridad Social en el que se suscribiera el convenio o en otro Régimen de los que integran el Sistema de la Seguridad Social. Para que se produzca la extinción, la persona trabajadora o asimilada que lo suscribiere debe prestar sus servicios o ejercer su nueva actividad a tiempo completo o a tiempo parcial, por tiempo indefinido o por duración determinada, con carácter continuo o discontinuo, siendo la nueva base de cotización que corresponda igual o superior a la base de cotización del convenio especial. La extinción en este caso no se produce, en los casos de pluriempleo o pluriactividad en los términos establecidos en el Capítulo II de la Orden, salvo que la persona interesada manifieste lo contrario.
- Por la adquisición de la persona trabajadora de la condición de pensionista por jubilación²⁴¹ o de incapacidad permanente en cualquiera de los Regímenes del Sistema de Seguridad Social²⁴².

²⁴¹ Dentro de la jubilación se incluiría tanto la ordinaria como la anticipada. A este respecto, los Tribunales han tenido que pronunciarse sobre la incidencia de la jubilación anticipada en las condiciones pactadas en un despido colectivo en el que se acuerda la obligación de mantener el pago de la cuota del convenio a cargo de la empresa, hasta los 65 años. Cuando el trabajador opta por el abono mensual de dichas cuotas, el acceso a la jubilación anticipada a los 61 años determina que no sea posible exigir el pago de la cantidad pendiente ni las revaloraciones que procederían hasta el acceso a la jubilación ordinaria (SSTSJ Murcia 13 septiembre 2018 [recurso 711/2018], 25 octubre 2017 [recurso 398/2017], 5 septiembre 2016 [recurso 99/2016]).

²⁴² Así lo confirma la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía en su sentencia de 8 de febrero de 2011 (recurso 2401/2010), relativa a la reclamación de las cantidades derivadas de dos trabajadores afectados por un despido colectivo que reclamaban el coste de las cuotas del convenio especial que debía sufragar la empresa. Cada uno de los trabajadores había sido declarado en situación de incapacidad permanente total con posterioridad a su afectación por el despido colectivo, resultando obligatorio para la empresa, por tanto, la financiación del convenio especial de Seguridad Social. La Sala de lo Social señala que las resoluciones que declaran a los demandantes en situación de incapacidad permanente total eran inmediatamente ejecutivas produciéndose sus efectos jurídicos y económicos desde ese momento. En consecuencia, desde esa fecha cesaban los efectos del convenio especial de Seguridad Social. Así las cosas, la Sala confirmando el criterio de instancia, recuerda que el compromiso de la empresa se limita en estos casos a garantizar a la persona trabajadora afectada la futura prestación de jubilación mediante el mantenimiento de las cotizaciones que corresponden en cada período, lo que determina completar, en su caso, hasta un tope de cotización. Ahora bien, una vez que los actores percibían la correspondiente prestación de incapacidad, desde su declaración, ya no era precisa la cotización para conseguir la prestación de jubilación. La parte demandada no tenía coste alguno que cubrir. En apoyo a esta conclusión, argumenta además la sentencia que, de no estar afectados los trabajadores por el despido colectivo, la situación de incapacidad permanente

- Cuando se incurren en la falta de abono de las cuotas correspondientes a tres mensualidades consecutivas o a cinco alternativas. Solo es posible evitar la extinción cuando el impago obedezca a causa justificada de fuerza mayor debidamente acreditada. Para que la persona interesada pueda suscribir un nuevo convenio especial deberá encontrarse al corriente en el pago de las cuotas adeudadas por convenio anterior, en cuyo caso el nuevo convenio únicamente surtirá efectos desde el día de la nueva solicitud.
- Por fallecimiento de la persona causante del convenio.
- Por decisión de la persona causante del convenio, comunicada por escrito o por medios telemáticos a la Dirección Provincial de la TGSS o Administración que sea competente. La extinción del convenio especial tendrá lugar a partir del día primero del mes siguiente a la fecha de la comunicación. Dicha manifestación surte efectos, aunque no conste en el concreto convenio firmado con la delegación de la TGSS competente²⁴³.
- No se produce la extinción del convenio especial como consecuencia del desplazamiento de la persona interesada al extranjero, aunque este desplazamiento supere el plazo de 90 días o, en su caso, la prórroga que pueda concederse, tanto si el trabajador o asimilado queda incluido como si queda excluido del campo de aplicación de la Seguridad Social en el país al que se desplace el suscriptor del convenio.
- Tampoco se produce la extinción automática como resultado de que la persona trabajadora no abone el mismo, cuando pasa a asumir su pago. En tal caso se

se habría extinguido en todo caso. Asimismo, la Sala recuerda que mediante el objetivo del convenio especial es mantener las cotizaciones de la persona causante de su suscripción para garantizar las coberturas incluidas en su ámbito, pero no mejorar las futuras prestaciones. Igualmente, también aclara que, vigente la incapacidad permanente total, los ingresos que se siguieran realizando con cargo a las cuotas del convenio especial habrían sido considerados pagos indebidos a la Seguridad Social, ya que no procederían por las razones expuestas. En un sentido similar, también confirma este criterio la STSJ Aragón 16 de abril de 2014 (recurso 171/2014).

²⁴³ STSJ Baleares 14 de diciembre de 2018 (recurso 198/2017).

mantiene, siendo obligación de la TGSS recaudar sus cuotas. En todo caso, es posible apreciar que la regulación del convenio está incentivando que, una vez finalizada el pago de la parte que corresponde a la empresa, la persona trabajadora solicite la jubilación anticipada y ello, como se indica, para que no asuma el pago directo hasta alcanzar los 63 años²⁴⁴.

8. PROPUESTA PARA LA REFORMA DEL CONVENIO ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN EL ÁMBITO DE LOS DESPIDOS COLECTIVOS

Se ha expuesto en este Capítulo que el convenio especial regulado la DA decimotercera y en el art. 20 de la Orden TAS/2865/2003, representa una *rara avis* si es comparado con las restantes modalidades de convenios de este tipo. También encaja con dificultad en el concepto de situación asimilada al alta que regula el art. 166.3 de la LGSS. A este respecto, este contrato de seguro obedece a unas circunstancias muy particulares (despido colectivo que afecta a personas maduras a partir de los cincuenta y cinco años). Además, las coberturas que abarca son mucho más limitadas y, para continuar con las diferencias, se trata de un instrumento de aseguramiento que comparten en tramos temporales separados, la empresa y la persona trabajadora, que puede ser rechazada voluntariamente por quien es la beneficiaria o el beneficiario.

Es por ello, que tal vez merecería una normativa propia y singularizada esta obligación empresarial²⁴⁵. Siguiendo con la premisa a favor de simplificar una materia que no puede obviar cierta complejidad y que se encuentra actualmente dispersa, al hilo de lo referido sobre la aportación al Tesoro Público, el régimen jurídico del convenio especial podría formar parte de un corpus normativo que sistematizase de manera conjunta las obligaciones que nacen a cargo de la empresa como consecuencia del despido

²⁴⁴ BARCELÓ COBEDO, S., “La jubilación como prestación de llegada en el tránsito prestacional”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.), *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2010, pág. 533.

²⁴⁵ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La alternancia en la responsabilidad del pago en la cotización del convenio especial establecido en procedimientos de despido colectivo”, en AA.VV., *La responsabilidad del empresario. Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2012, pág. 536.

colectivo para evitar la discriminación y los efectos nocivos (que superan a de cualquier otra persona trabajadora) cuando la decisión extintiva recae sobre personas de edad. Esta propuesta no solo es partidaria de sistematizar las distintas medidas, sino también de armonizar las mismas. En efecto, si la aportación al Tesoro es exigible, junto con los restantes requisitos, a partir de los cincuenta años, en el caso del convenio, la obligación se encuentra en un peldaño superior y es a partir de los cincuenta y cinco o más años. En consecuencia, a efectos de dotar de mayor coherencia a todos los instrumentos que han sido diseñados por el legislador para proteger a este colectivo, parece lógico que la edad del convenio especial pasase también a los cincuenta años. Con fundamento en el primer Capítulo, los indicadores que revelan los primeros signos de la discriminación de edad (incluso a una edad más temprana que los cincuenta, sobre todo en el género femenino) evidencia que este paso contribuiría a dotar de mayor protección a estas personas. La referida defensa no solo se basa en adelantar el coste que ha de asumir la empresa, sino (precisamente) en el efecto desincentivador que genera. De manera más que clara, este “adelantamiento” del elemento cronológico que determina sumar esta obligación al resto de costes que debe afrontar la empresa que acomete una reestructuración, eleva considerablemente la factura. Por ello, como reverso, una reforma del régimen jurídico del convenio especial de Seguridad Social también ha de ser mucho más clara respecto a lo que ha de entenderse por “procedimiento concursal”, incluyendo los distintos instrumentos de acuerdos extrajudiciales que son comunicados al Juzgado de lo Mercantil. Para ello, se tiene por suficientemente acreditado que, tanto en el concurso de acreedores como en el acuerdo extrajudicial, la situación de partida es la misma: la insolvencia del empresario. La gran diferencia estriba en el hecho de que, no tener en cuenta la circunstancia que se indica, puede representar un importe inasumible que puede determinar la liquidación de la compañía, si debe realizar las extinciones colectivas en esa fase “extrajudicial”, frente a la posibilidad de que el proyecto sea viable y se evite la destrucción de todos los puestos de trabajo.

CAPÍTULO IV

**LAS MEDIDAS SOCIALES DE
ACOMPANAMIENTO Y EL PLAN DE
RECOLOCACIÓN**

1. LA PRIORIDAD DE PERMANENCIA

1.1. Concepto y ámbito subjetivo. La prioridad de permanencia de los representantes legales de las personas trabajadoras como modelo de referencia

Cuando se alude a la prioridad de permanencia, esta cualidad parece que corresponde en exclusiva a la representación legal de las personas trabajadoras. La protección legal que el ordenamiento jurídico dispensa mediante el Estatuto [arts. 51.5 y 68. b)] y la LOLS (art. 10.3) a estos representantes para que cuenten con prioridad de permanencia en las extinciones individuales o colectivas basadas en causas objetivas, es una garantía irradiada del derecho fundamental a la libertad sindical.

En efecto, el art. 28.1 de la CE protege el derecho a la actividad sindical, que comporta el reconocimiento a los representantes de los trabajadores de los medios para evitar, bien que puedan resultar subjetivamente perjudicados por el ejercicio de la actividad sindical, o bien que la propia actividad sindical, objetivamente, resulte entorpecida mediante lesiones a la posición individual de quien la ejerce²⁴⁶.

Con medidas de esta naturaleza, el legislador quiere tutelar las funciones que lleva a cabo la representación de las personas trabajadoras para que, en caso de despido colectivo, gocen de una garantía superior a la de los integrantes de la plantilla para favorecer que puedan permanecer en la empresa y continuar ejerciendo las mismas sin que se vean mermadas o afectadas por la reestructuración. Dicho de otro modo, se pretende que las personas trabajadoras no se vean privadas de representantes legales por esta vicisitud. Además, la prioridad de permanencia quiere evitar, con carácter preventivo, las posibles discriminaciones en las que el empresario puede estar “tentado” de incurrir a la hora de seleccionar a los representantes para su afectación en el despido. Por lo tanto, la garantía de prioridad de permanencia tiene un carácter instrumental con respecto al desempeño de las funciones representativas, las cuales pretende garantizar en sí mismas; y además quiere proteger a los representantes unitarios o sindicales frente a decisiones discriminatorias, en los términos que han sido apuntados. Adicionalmente al

²⁴⁶ STC 191/1996, de 26 de noviembre (recursos 1804/1994 y 483/1995).

referido carácter instrumental, otra característica reseñable de la prioridad de permanencia reside en que representa un mecanismo de protección que actúa con carácter previo. De esta forma, los representantes de las personas trabajadoras gozan de protección frente a decisiones empresariales que pueden ser discriminatorias, evitando igualmente alteraciones en la composición de los órganos de representación²⁴⁷.

El conflicto entre la prioridad de permanencia y los criterios de selección, deben ser entendidos como una manifestación más del poder de dirección que ostenta la empresa, poder que se ha visto incrementado tras la reforma laboral de 2012 dotándolo de mayor unilateralidad²⁴⁸. En este caso, la tensión entre la prioridad de permanencia y la selección de las personas afectadas, revela la existencia de distintos intereses en juego en un despido colectivo, situación frente a la que el legislador intenta establecer instrumentos como la prioridad de permanencia para lograr un complicado equilibrio²⁴⁹.

Esta prioridad representa un derecho irrenunciable que puede ser aplicado directamente, sin necesidad de alegación directa y expresa por la persona interesada. Solo ostentando la condición de representante legal entra en juego este derecho²⁵⁰. A mayor abundamiento, a diferencia de otros supuestos de rango inferior que serán analizados, la prioridad de permanencia despliega sus efectos, tanto si el período de consultas del despido colectivo finaliza con acuerdo como si no.

Dentro del ámbito subjetivo de la prioridad de permanencia reconocida a favor de los representantes, cabe incluir a los representantes unitarios previstos en el Título II del Estatuto de los Trabajadores y a los sindicales de la LOLS. También se predica este

²⁴⁷ TORMOS PÉREZ, J.A., “La garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en el despido colectivo”, *Labos*, Vol.1, núm. 3, 2020, pág. 126.

²⁴⁸ FERRANDO GARCÍA, F.Mª., “El reforzamiento del poder de dirección tras la reforma laboral de 2012”, *Revista de Derecho Social*, núm. 61, 2013, pág. 71.

²⁴⁹ TORMOS PÉREZ, J.A., “La garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en el despido colectivo”, cit., pág. 125.

²⁵⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores”, *La Ley*, núm. 7414, 2010, pág. 8.

derecho a favor de los delegados de prevención, dada su condición de representantes de las personas trabajadoras (art. 37.1 de la LPRL), y de los integrantes del servicio de prevención (art. 30 de la LPRL).

En cambio, esta prioridad no alcanza a la comisión “ad hoc” que establece el art. 41.4 del ET para las empresas o centros de trabajo que no cuentan con representantes legales de los trabajadores²⁵¹. La protección que concede la prioridad de permanencia tampoco puede ser extendida al recurso preventivo²⁵², dentro de las personas con responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales en la empresa.

La prioridad a la que se hace referencia, representa un límite a la elección que puede llevar a cabo el empresario de las personas afectadas por el despido, se manifiesta como una de las facultades organizativas del empresario, con fundamento en el derecho constitucional en la libertad de empresa *ex art. 38 de la CE*. Por tanto, es una consecuencia o derivación lógica de dicha libertad, que también se manifiesta en la facultad de seleccionar a las personas trabajadoras en la contratación, o en su designación cuando se lleva a cabo un traslado o un desplazamiento²⁵³.

La determinación de las personas afectadas por el despido objetivo depende de la relación entre la causa determinante de la extinción y los contratos potencialmente afectados por ésta. Solo en el caso de que los contratos posiblemente afectados sean varios y el despido deba limitarse a alguno o algunos de ellos, puede plantearse el problema del alcance de la libertad empresarial para la selección y de su control²⁵⁴. Así pues, para que entre en juego la prioridad de permanencia, deben existir varios puestos de trabajo sobre

²⁵¹ VIVERO SERRANO, J.B., “La designación de los trabajadores objeto del despido colectivo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2013, pág. 17.

²⁵² TORMOS PÉREZ, J.A., “La garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en el despido colectivo”, *cit.*, pág. 141, con fundamento en la STSJ Andalucía, de 10 de mayo de 2012 (recurso 1994/2011).

²⁵³ VIVERO SERRANO, J.B., “La designación de los trabajadores objeto del despido colectivo”, *cit.*, pág.2.

²⁵⁴ STS de 19 de enero de 1998 (recurso 1460/1997).

los que se proyecta la causa extintiva alegada; ha de ser constatada, por tanto, una situación profesional equivalente.

Si la actividad es indiferenciada con respecto a la de otras personas trabajadoras que no ostentan la condición de representante legal, puede operar esta prioridad. Frente a ello, no sería posible activar el derecho a la prioridad de permanencia si la actividad es individualizada o no susceptible de intercambiarse con otros puestos. Tampoco procedería alegar este derecho si la reestructuración afecta a toda la plantilla de la empresa o centro de trabajo, como ocurre en los supuestos de cese de actividad. En ese caso, resulta evidente que no es plausible hablar de una situación profesional equivalente. No obstante, el ámbito de la prioridad está referido a la esfera de legitimación con el que cuenta el representante de las personas trabajadoras, es decir, la unidad de representación para la que ha sido elegido, que bien puede ser la empresa o el centro de trabajo. En definitiva, la protección a favor del representante de las personas trabajadoras no solo está referida a la concreta sección afectada, por ejemplo, por las causas organizativas o productivas, sino a la unidad electoral donde el representante ha sido elegido. En otras palabras, si el ámbito de representación de la persona trabajadora es el de toda la empresa, la garantía tendrá que extenderse al ámbito de la compañía en su totalidad. Del mismo modo, si el ámbito de representación de la persona trabajadora se circunscribe al centro de trabajo, la garantía se limitará en consecuencia a dicho ámbito²⁵⁵.

Si, finalmente, un representante es incluido entre los sujetos afectados por el despido, la empresa tendrá que justificar de manera explícita las razones de la decisión que adopta y por qué resulta de aplicación la prioridad de permanencia (art. 13.3 del RD 1483/2012). A este respecto, los Tribunales han considerado contrario a la libertad sindical²⁵⁶ colocar al representante, que ha sido incluido dentro del listado de personas afectadas, ante la disyuntiva de tener que elegir entre ser despedido o hacer valer su prioridad de permanencia, de manera que una persona trabajadora no afectada

²⁵⁵ STS 30 de noviembre de 2005 (recurso 1439/2004).

²⁵⁶ SAN 12 de junio de 2013 (recurso 143/2013).

inicialmente pasaría a ocupar su lugar. Queda evidenciado que el juego de reglas de preferencia entre los representantes que disfrutan de esta garantía genera tensiones dentro de la plantilla de la empresa o centro de trabajo que queda afectada por el despido colectivo²⁵⁷.

Aunque la vicisitud empresarial sobre la que pivotan todas las cuestiones analizadas es el despido colectivo, es conveniente precisar que la prioridad de permanencia no solo está referida a los supuestos de despido -individual [art. 52.c) del ET] o colectivo (art. 51.5 del ET)-, también es aplicable a los casos de suspensión del contrato de trabajo (art. 47.1 del ET) y movilidad geográfica (art. 40.7 del ET).

La decisión de llevar a cabo un proceso de reestructuración consistente en un despido colectivo, la suspensión de los contratos o la movilidad geográfica puede tener lugar mientras se desarrolla un proceso de elecciones sindicales. En estos casos, la prioridad de permanencia se extendería a los candidatos electos, con independencia de que hayan tomado posesión y empezado a ejercer su cargo, pero no a los candidatos proclamados que no han sido todavía elegidos²⁵⁸. En todo caso, los candidatos no electos sí que contarán a nivel más general con la protección derivada de la tutela antidiscriminatoria por el desarrollo de su actividad sindical.

Aunque se trate de un supuesto más teórico que práctico, podrían ser analizadas las colisiones que eventualmente pueden surgir entre diversos representantes que ostentan la prioridad de permanencia:

- Una misma persona puede ostentar la triple condición de representante unitario, delegado sindical y delegado de prevención, disfrutando de la máxima prelación en lo que se refiere a la prioridad de permanencia.

²⁵⁷ TORMOS PÉREZ, J.A., “La garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en el despido colectivo”, cit., pág. 128.

²⁵⁸ TORMOS PÉREZ, J.A., “La garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en el despido colectivo”, cit., pág. 143, con apoyo en diversas resoluciones judiciales, entre ellas la STSJ Castilla y León 11 de julio de 1995 (recurso 1382/1995).

- A lo apuntado anteriormente, atendiendo al objeto de esta tesis, podría sumarse que la persona formase parte también de unos de los colectivos especialmente protegidos (discapacidad, mayores, cargas familiares, antigüedad en la empresa). Sería posible hablar en tal caso de una “cuádruple” condición que acumularía la misma persona ostentando el mayor grado de protección.
- De plantearse el conflicto de la prioridad de permanencia entre representantes unitarios, el orden sería: a) El delegado de personal más votado o miembro del comité de empresa que figurase en la lista más votada. b) Si existe empate a votos entre los delegados, quien decida de manera mancomunada el conjunto de ellos; de mediar igualdad en los sufragios obtenidos de las distintas listas, se estará al orden de colocación que ostentara dentro de aquéllas. c) Si persistiera la coincidencia, es necesario acudir a los criterios intraorgánicos (por ejemplo, el reglamento del comité) que serán los llamados a actuar, tales como la posición en el órgano de representación, o -más problemático- de antigüedad en el cargo. d) Como criterio residual, el acuerdo del propio órgano unitario o, en su caso, la convocatoria de una asamblea general con el objetivo de dirimir esta controversia²⁵⁹.
- Si el conflicto se plantea entre representantes sindicales, si pertenecen al mismo sindicato, podría ser replicado el sistema anterior (mayor número de votos, antigüedad en el cargo, acuerdo de la sección sindical del propio sindicato). Si pertenecen a varios sindicatos, se ha sostenido²⁶⁰ que tendrán preferencia los pertenecientes a los sindicatos más representativos a nivel de empresa y, de entre éstos, los que más votos hubieran obtenido en las elecciones a representantes unitarios, con el patrón subsidiario del número de afiliados al respectivo sindicato.

²⁵⁹ TUDELA CAMBRONERO, G., *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 240 y ss. Dicha clasificación ha de ser actualizada a la luz de lo que establece la nueva redacción del art. 51 del ET y el RD 1483/2012, sobre la prioridad de permanencia de determinados colectivos mediante CC o con el acuerdo que ponga fin al período de consultas.

²⁶⁰ TUDELA CAMBRONERO, G., *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, cit., págs. 240 y ss.

Para ello se parte de la conexión entre los representantes unitarios y sindicales que establece la LOLS con el Título II del ET en casos como el descrito en el art. 10.2 de la LOLS, relativo al número de delegados sindicales con los que puede contar una sección sindical, en función de los resultados de la candidatura de ese sindicato en los procesos de elecciones a representantes unitarios.

- Si el choque se plantea entre un delegado de prevención sin otra representación adicional y un miembro del comité de empresa, delegado de personal o delegado sindical, el primero debe ceder a los demás, dado su carácter de representante de segundo grado, elegido por los unitarios.
- Cuando el conflicto se plantea entre un representante sindical y otro unitario, cabe argumentar que la preferencia recae sobre el primero. No obstante, también se puede atender a la importancia de la función desempeñada por cada uno. Ahora bien, cabe plantearse si tal decisión sería contraria al art. 5 del Convenio núm. 135 OIT, según el cual, “cuando en una misma empresa existan representantes sindicales y representantes electos, habrán de adoptarse medidas apropiadas, si fuese necesario, para garantizar que la existencia de representantes electos no se utilice en menoscabo de la posición de los sindicatos interesados o de sus representantes y para fomentar la colaboración en todo asunto pertinente entre los representantes electos y los sindicatos interesados y sus representantes”.
- Si el conflicto surge entre un delegado sindical y una persona integrante del comité de empresa o delegado de personal proveniente de una candidatura independiente, se ha sostenido que será necesario tomar en consideración factores tales como los votos obtenidos por el representante unitario o la relevancia de la sección sindical²⁶¹. Frente a ello, es posible sostener también con argumentos jurídicos

²⁶¹ TUDELA CAMBRONERO, G., *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, cit., págs. 240 y ss.

que otros factores también podrían ser tomados en consideración como, por ejemplo, la antigüedad en el puesto de trabajo.

En otro orden de ideas, esta garantía deja de operar si el representante cesa en su cargo (ya sea por finalización del mandato, dimisión o revocación), pero no si sus funciones quedan prorrogadas ante la ausencia de una nueva convocatoria de elecciones sindicales, tal y como ocurre con el resto de derechos reconocidos a los representantes legales de las personas trabajadoras²⁶².

1.2.La prioridad de permanencia de otros colectivos

En un rango inferior a la protección de los representantes legales se encontraría la garantía que se reconoce a las personas trabajadoras afectadas por una discapacidad, como consecuencia de la reserva de cuota del 2% que dispone el art. 42 del RD Leg 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Con todo, la dirección de la empresa podría incluir a estas personas trabajadoras y contratar posteriormente un nuevo cupo de personas con discapacidad con perfil adaptado a la situación resultante en la empresa tras la reestructuración, o bien solicitar alguna de las medidas extraordinarias contempladas en el RD 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de las personas trabajadoras con discapacidad²⁶³. No obstante, como se apunta, no existen una prioridad de permanencia, como tal, equiparable a la de los representantes legales de las personas trabajadoras²⁶⁴. El incumplimiento de estas previsiones por parte de la empresa podría

²⁶² TORMOS PÉREZ, J.A., “La garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en el despido colectivo”, cit., pág. 145.

²⁶³ VIVERO SERRANO, J.B., “La designación de los trabajadores objeto del despido colectivo”, cit., pág. 21. Aunque su reflexión se apoya en la derogada Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de minusválidos, la argumentación sigue siendo plenamente válida.

²⁶⁴ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. Especial consideración a la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad”, *Comunicación dirigida al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014, págs.13-14 (<https://core.ac.uk/download/pdf/78539683.pdf>, [última consulta: 27 de noviembre de 2021]). El autor aboga por un reconocimiento legal de esta prioridad, teniendo en cuenta que la perspectiva constitucional de integración y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad no encaja con

conducir a la nulidad del despido individual, pero no habilitaría para la impugnación del despido colectivo solo por este motivo²⁶⁵. Esta nulidad no afectará a las extinciones que dentro del mismo despido colectivo hayan respetado las prioridades de permanencia [art. 124.13.a), regla 4ª y art. 124.13.b), regla 3ª]. Esta cuestión no se puede plantear en la demanda colectiva.

Adicionalmente, se plantea el caso (que puede resultar más discutible) de aquellas personas trabajadoras especialmente protegidas por el art. 53.4 del ET, que declara nulo el despido basado en causas objetivas cuando la decisión extintiva estuviera motivada en alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o las leyes o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora. En este caso, de manera indirecta, es posible argumentar que la prioridad de permanencia deriva de la garantía de indemnidad y la prohibición de represalias. A este respecto, el art.54.3 del ET declara nulo el despido que afecta a:

- Las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural. Así ocurrirá, igualmente, en los casos de despido objetivo, cuando la persona trabajadora se encuentre en alguna de dichas situaciones durante el plazo de preaviso que debe cumplir dicho despido objetivo.

el planteamiento formulado por el legislador en materia de prioridades de permanencia. Para ello se debe tener en cuenta lo dispuesto en el art. 49 de la CE (integración de las personas con discapacidad), art. 40 de la CE (política de pleno empleo) o 9.2 de la CE (promover las condiciones idóneas para una integración real y efectiva de la sociedad). Frente a la previsión legal, la remisión a la negociación colectiva o al acuerdo que finaliza el período de consultas del despido colectivo determinará que su alcance siempre sea temporal, limitado a la vigencia del CC o a la eficacia del acuerdo que finaliza el período de consultas.

²⁶⁵ STSJ Cantabria 1 de julio de 2013 (recurso 244/2013), confirma el fallo de instancia que declara nulo por discriminación el despido de una persona discapacitada que fue una de las afectadas en un despido colectivo, siendo el único puesto con esta condición, mientras que otras personas con su misma categoría no fueron afectadas. En este caso, los criterios de selección establecidos en la aplicación de la medida eran la polivalencia, la titulación y la experiencia laboral.

- Las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión por cuidado del menor. En este caso, estaríamos ante una causa de nulidad objetiva, distinta a la causa genérica de nulidad por discriminación²⁶⁶, razón por la que no se requiere que la empresa tenga conocimiento del embarazo, ni que la trabajadora le haya informado su estado.
- Las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6 del ET, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3 del ET.
- Las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.
- Las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d) de ET, siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento.

Especialmente relevante para poder hablar en este contexto de una prioridad de permanencia es el último supuesto, estableciendo el legislador una presunción del carácter discriminatorio, que admite prueba en contrario, cuando el despido es decidido con posterioridad al ejercicio de esos derechos.

En su configuración legal, la prohibición de afectación no es absoluta, no obstante, será preciso acreditar suficientemente que la causa objetiva que sustenta el despido vincula concretamente la extinción del contrato de la persona referida. En todo caso, ante las consecuencias y el elevado grado de protección dispensado, correspondiendo la carga

²⁶⁶ POQUET CATALÁ, R., “Criterios de selección, prioridad de permanencia, prohibición de discriminación y trabajadoras embarazadas”, *Información Laboral*, núm. 10, 2018, pág. 18.

de la prueba a la empresa frente a los indicios que pueda alegar la persona trabajadora, la “prudencia empresarial” aconseja excluir a estas personas, fundamentalmente en los despidos colectivos en los que la causalidad o la conexión de funcionalidad no esté clara de antemano²⁶⁷.

Valorando las limitaciones que, *a priori*, para el derecho de libertad de empresa conllevan estas prioridades de permanencia, la empresa que inicie el procedimiento del despido colectivo ha de tener presente esta cualidad a la hora de precisar cuáles son los criterios de selección por los que ha optado a la hora de afectar a las personas trabajadoras en el despido colectivo [art. 51.2 e) del ET y art. 3.1.E) del RD 1483/2012] con la cautela de no incurrir en fraude o abuso de derecho, actuando en consecuencia en todo momento bajo las reglas de la buena fe²⁶⁸.

No obstante, la generalidad de los mismos no constituye causa de nulidad, toda vez que la norma lo que exige es la aportación de los criterios tenidos en cuenta para la designación de las personas trabajadoras afectadas. Solo la ausencia de tal aportación daría lugar, entonces, a la nulidad del despido²⁶⁹.

²⁶⁷ VIVERO SERRANO, J.B., “La designación de los trabajadores objeto del despido colectivo”, cit., pág. 23.

²⁶⁸ VIVERO SERRANO, J.B., dentro de los criterios de selección, prefiere hablar de “criterios de afectación objetiva” y de “criterios de selección” propiamente dichos. Los primeros están centrados en la estructura organizativa interna de la empresa vinculados especialmente a los despidos por causas técnicas, organizativas y de producción. Los criterios de afectación objetiva cumplirían una doble función: la primera, más inmediata y fundamental, es la de contribuir a justificar la conexión de funcionalidad de los despidos colectivos a partir de las causas alegadas y probadas. Son límites sustantivos de la previa facultad empresarial de despido colectivo. Constituyen un presupuesto indispensable, junto a otros, para el control de la conexión de funcionalidad entre los despidos propuestos y la causa o las causas alegadas. Como segunda función, los criterios de afectación objetiva, mediata y accesorio, como marco previo en el que debe desenvolverse la designación individual de los trabajadores afectados por el despido colectivo. Por su parte, los criterios de selección propiamente dichos, pueden estar dotados de mayor discrecionalidad empresarial. Como señala el autor, caben cualesquiera criterios objetivos (absentismo, edad, antigüedad, adscripción voluntaria o la propiedad subjetividad empresarial (que no arbitrariedad), también fórmulas intermedias pueden ser incluidas en esta opción como la productividad, la autonomía, la responsabilidad del trabajador, la capacidad de adaptación, etc. (VIVERO SERRANO, J.B., “La designación de los trabajadores objeto del despido colectivo”, cit., págs. 5-9).

²⁶⁹ SSTs 24 de marzo de 2015 (recurso 217/2014) y 23 de septiembre de 2020 (recurso 36/2020).

1.3. Los criterios de selección y la prioridad de permanencia en derecho comparado

En derecho comparado, si prestamos atención, en primer lugar, al caso de Francia, este ordenamiento sí que establece unas reglas claras para la selección de las personas trabajadoras y la prioridad de permanencia de determinados colectivos, que se suman a la de los representantes legales de las personas trabajadoras²⁷⁰. Así, en defecto de lo que pueda establecer un convenio colectivo, el empresario debe sopesar a la hora de afectar a las personas trabajadoras:

- El número de personas dependientes de la trabajadora o del trabajador. En este caso, la prioridad se ve reforzada en el caso de personas solteras con dependientes a su cargo.
- Los años de prestación de servicio de la persona trabajadora: “Last in, first out”. Este criterio normalmente beneficiará a las personas de mayor edad.
- La situación de la persona trabajadora a la hora de encontrar un nuevo puesto de trabajo, incidiendo la protección especialmente en las personas con discapacidad o las personas mayores.
- Las habilidades y capacidad profesional de la persona trabajadora contando con su categoría profesional.

A lo indicado se suma la prohibición de discriminación, como la que afecta a quienes tienen responsabilidades familiares o trabajan a tiempo parcial frente a los que desarrollan su trabajo a jornada completa²⁷¹.

²⁷⁰ Vid. LASAOSA IRIGOYEN, E., “La representación de los trabajadores en la empresa en Francia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 43, 2003, pág. 102 y BLASCO JOVER, C., “Reforma de la representación sindical en Francia y Democracia Social”, *Aranzadi Social*, núm. 11, 2014, pág. 6.

²⁷¹ KESSLER F. “Dismissal due to business reason in France”, en PEÑA MONCHO, J. y CAMARGO RODRÍGUEZ, A. (coord.), *Comparative Labor Law Dossier Dismissal due to Business Reasons*, *IUSLabor* 1/2018, págs. 26-27, comentando el artículo 1233 del *Code du Travail*.

Siguiendo con el análisis del modelo que siguen otros países de nuestro entorno, en el caso de Alemania, la selección está condicionada por los “factores sociales” (*Sozialauswahl*). Según esta premisa, no estaría debidamente justificado el despido por causas económicas si la empresa no tiene suficientemente en cuenta las circunstancias sociales a la hora de acometer el despido. En consecuencia, debe seleccionar a las personas que cuenten con el perfil que mejor encaje con las circunstancias concretas del despido colectivo y del desarrollo de las negociaciones.

Más en concreto, en primer lugar, la selección debe recaer en las personas trabajadoras que presten servicios en el centro de trabajo afectado por las causas de la reestructuración. Se ha de establecer una comparación con las personas trabajadoras con unas funciones equivalentes. La persona afectada no puede alegar que podría realizar el trabajo de otra con menor cualificación. Es decir, el razonamiento que subyace con este planteamiento se basa en que los trabajadores menos cualificados no deben soportar todo el peso de la reestructuración, considerando que deben gozar de mayor protección porque su transición laboral hacia otro puesto precisará de mayor tiempo. En segundo lugar, una vez tomado en consideración el factor anterior, los aspectos sociales más relevantes están enumerados:

- Tiempo de prestación de servicios en la empresa.
- Edad.
- Obligaciones familiares.
- Discapacidad grave.

Por último, la legislación germana sobre esta materia suma un elemento adicional: el supuesto de aquellas personas cuyo rol profesional sea de especial interés para la compañía. Esta característica se concreta en los conocimientos de esa persona, sus

habilidades, nivel de desempeño, así como su contribución para que la compañía cuente, en términos de recursos humanos, con un equipo profesional equilibrado²⁷².

En el caso de Italia²⁷³, la selección de las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo debe ser llevada a cabo conforme a razones técnicas, productivas y organizativas, desarrollando los criterios que marca la negociación colectiva. En defecto de pacto colectivo de alcance general, los criterios que deben ser sopesados son:

- Cargas familiares.
- Antigüedad en la empresa.
- Afectación del concreto puesto a las necesidades organizativas y técnicas.

Es importante no olvidar que estos criterios no son establecidos según una escala de prioridades, sino que deben ser evaluados de manera conjunta en el caso de cada persona trabajadora susceptible de estar afectada por la medida.

Los convenios colectivos pueden establecer unas reglas diferentes adaptadas a cada caso, pero no pueden resultar discriminatorios o infringir lo dispuesto por las disposiciones legales en esta materia.

En el caso concreto de la mujer trabajadora, su despido solo resulta posible si se produce una cesación total de la actividad de la empresa. Adicionalmente, la compañía tampoco puede despedir a un porcentaje de mujeres trabajadoras superior al de ocupadas, tomando como referencia para ello el puesto de trabajo, según señala el art. 54 del Decreto Leg 151/2001.

²⁷² STÖHR, A., “Dismissal due to business reasons in Germany”, en PEÑA MONCHO, J. y CAMARGO RODRÍGUEZ, A. (coord.), *Comparative Labor Law Dossier Dismissal due to Business Reasons*, cit. págs. 36-37.

²⁷³ TIRABOSCHI, M., “Dismissal due to business reasons in Italy”, en PEÑA MONCHO, J. y CAMARGO RODRÍGUEZ, A. (coord.), *Comparative Labor Law Dossier Dismissal due to Business Reasons*, cit. págs. 51-52.

Por lo que hace a nuestro país vecino, la legislación portuguesa sobre despidos colectivos no incluye los criterios para la selección de las personas trabajadoras como tales, pero sí es una materia que puede venir recogida en los convenios colectivos. En todo caso, el art. 368 del *Código do Trabalho* señala para el despido por terminación de actividad que, cuando alguno de los puestos equivalentes deba ser eliminado, son tomados en consideración los siguientes criterios:

- El nivel más bajo en el desempeño profesional.
- La cualificación académica o profesional más baja.
- Los costes laborales de mantenimiento más elevados para la empresa.
- Menor experiencia en el puesto.
- Menor antigüedad en la compañía.

En defecto de lo que establezcan los convenios colectivos, dicho sistema puede resultar aplicable al despido colectivo basado en causas objetivas conforme a la regulación de dicho país.

Sobre la prioridad de permanencia, la legislación portuguesa²⁷⁴ no la concede a los representantes legales de las personas trabajadoras, como tampoco a colectivos que puedan ser considerados como más desfavorecidos. No obstante, sí se establece una protección especial a favor de trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en lactancia, así como cuando las personas trabajadoras disfrutaran de permisos por nacimiento de hijo. Se trata de una protección establecida para todos los casos de despidos y que, por tanto, también resulta vinculante en el caso del despido colectivo.

²⁷⁴ DE OLIVEIRA CARVALHO, C., “Dismissal due to business reasons in Portugal”, PEÑA MONCHO, J. y CAMARGO RODRÍGUEZ, A. (coord.), *Comparative Labor Law Dossier Dismissal due to Business Reasons*, cit. págs. 65-66.

Señalado lo anterior, con relación al procedimiento a seguir en caso de despido de conformidad con la legislación lusa, merece ser resaltado un trámite vinculado a la aplicación del principio de igualdad en la empresa. Así, tras la finalización del período de consultas con los representantes de las personas trabajadoras, el empresario debe solicitar un informe a la autoridad laboral encargada de velar por la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (*Comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego*). De este modo, la empresa debe remitir una copia del despido colectivo a esta entidad que debe contestar mediante una notificación dirigida tanto a la empresa como a la representación de las personas trabajadoras en el plazo máximo de 30 días. Si no es remitido el informe dentro de ese plazo, se considerará favorable (una suerte de “silencio administrativo” positivo) tanto la extinción de los contratos como el procedimiento seguido. Por el contrario, si la resolución no es favorable, el empleador solo puede despedir a la persona trabajadora si se dispone de una decisión judicial que reconozca la concurrencia de una causa justa para despedir. Para tal fin, la empresa contará con un plazo de 30 días a contar desde la recepción del informe de la autoridad laboral en materia de igualdad. En caso de no solicitar el informe, la decisión de extinguir los contratos, será considerada como nula²⁷⁵.

1.4. La prioridad de permanencia en los despidos colectivos a favor de personas trabajadoras mayores en la regulación actual

Como se ha apuntado, el art. 51.5 del ET establece la prioridad de permanencia de los representantes legales de las personas trabajadoras en los despidos colectivos. En el mismo sentido se expresan, tanto el art. 68. b) del ET, cuando alude a las garantías reconocidas a este colectivo, como el art. 10.3 de la LOLS respecto de los delegados sindicales.

Por lo que a este estudio interesa, el art. 51.5 del ET también dispone que, mediante convenio colectivo o acuerdo alcanzado durante el período de consultas, será posible establecer prioridades de permanencia a favor de otros colectivos aludiendo expresamente

²⁷⁵ Art. 381 (d) *Código do Trabalho*.

a las personas que prestan sus servicios en una empresa y que cuentan con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad. Los colectivos vulnerables citados que se señalan de manera ejemplificativa, coinciden con algunos de los que ya indicaban las disposiciones previas a la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980²⁷⁶.

Por su parte, el art. 13 del RD 1483/2012 desarrolla lo que señala el precepto del ET e impone a la empresa la obligación de justificar en la decisión final del despido colectivo las razones que conducen a afectar a las personas trabajadoras con prioridad de permanencia en la empresa.

La alusión expresa a las personas trabajadoras con cargas familiares, los mayores de determinada edad o las personas con discapacidad, aunque no se efectúe con carácter vinculante/imperativo, tiene un claro ejemplo promocional de esta garantía para colectivos que pueden tener dificultad para encontrar un nuevo empleo²⁷⁷.

Como es posible apreciar, en el marco normativo actual, el establecimiento de manera expresa de prioridades de permanencia propiamente dicha a efectos de la inclusión en un despido colectivo solo se establece con rango legal en el caso de los representantes legales de las personas trabajadoras. Es el modelo de referencia y en el resto de casos (incluyendo a las personas trabajadoras maduras) dicha prioridad se deja a lo establecido en el convenio o en el acuerdo que finalice el período de consultas.

El anterior reglamento que detallaba el procedimiento del despido colectivo, el ya derogado RD 801/2011, de 10 de junio, predecesor del RD 1483/2012, no llegaba a

²⁷⁶ TORMOS PÉREZ, J.A., *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, Tesis doctoral, Valencia, 2020.

(<https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/72789/Tesi%20TORMOS%20PEREZ%20Roderic.pdf?sequence=1> [última consulta: 22 de noviembre de 2021]).

²⁷⁷ TORMOS PÉREZ, J.A., “La garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en el despido colectivo”, cit., pág. 122.

precisar la protección de los colectivos más vulnerables. Únicamente, consagraba la prioridad legal de los representantes legales de las personas trabajadoras en su art. 16, cuyo párrafo segundo establecía el deber de la empresa de “justificar en el procedimiento de regulación de empleo la afectación de los representantes legales de los trabajadores o de cualquier otro trabajador a los que una norma con rango legal o un convenio pueda otorgar este derecho.”

La parquedad de la regulación actual de esta materia contrasta con el tratamiento mucho más detallado que recibió en la normativa de la época franquista²⁷⁸. Así, el RD 2431/1966, de 13 de agosto, sobre empleo de los trabajadores de edad madura, aprobado para contrarrestar las tendencias discriminatorias que en aquel momento ya se constaba que existían frente las personas de edad madura. El Real Decreto establecía, en su artículo primero, la calificación de persona trabajadora de edad madura en los cuarenta y cinco años. Por ello, además de potenciar la participación de este colectivo en las actividades de formación profesional y los procesos de movilidad geográfica por motivos laborales que promovía el Gobierno, en los casos de reestructuraciones que implicasen despidos, para la fijación de su orden se debían respetar -dentro de cada grupo o categoría profesional-, como criterios de preferencia los siguientes:

- La edad superior a cuarenta y cinco años, siendo la única excepción la de aquellos trabajadores más jóvenes que desempeñasen puestos de trabajo de características muy especiales, siendo estudiado y autorizado en cada caso.
- La antigüedad en la empresa.
- Las cargas familiares.

²⁷⁸ Para una sistematización de las diversas disposiciones que regulan esta materia y que ha servido de soporte para toda la doctrina que ha analizado esta materia con posterioridad, véase RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La selección de trabajadores afectados por un despido colectivo y su control (I)”, *Relaciones Laborales*, Tomo 1, 1989. También realiza un comentario detallado de las mismas, ROQUETA BUJ, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015.

Todo ello, no obstante, respetando la prioridad legal de las personas trabajadoras que desempeñasen cargos electivos de origen sindical (art. 3).

La disposición también contemplaba la posibilidad de conceder prórrogas en el seguro de desempleo o contar con preferencia en las demandas de colocación, siempre que el puesto ofertado no exigiese unas condiciones incompatibles con la edad.

El RD 1293/1970, de 30 de abril, sobre el empleo de los trabajadores mayores de cuarenta años, es el continuador de la anterior dando mayor desarrollo a su contenido. En este caso, como señala su título, el umbral para considerar a una persona trabajadora madura dentro del ámbito de protección se marca en la edad de cuarenta años.

El art. 3 de la citada norma, dedicado a la prioridad de permanencia en los casos de crisis de empresa, mantiene los mismos criterios que ya han sido apuntados, sobre la edad, la antigüedad en la empresa y las cargas familiares, nuevamente sin que ello entre en conflicto con la prioridad específica para los cargos electivos de origen sindical.

Merece ser destacado que este Real Decreto contempla la creación de un censo de trabajadores mayores de cuarenta años desempleados a fin de realizar un seguimiento anual de la empleabilidad de colectivo. Por otra parte, no serían admitidas por las Oficinas de Colocación aquellas ofertas de trabajo que contuvieran -de manera implícita o explícita- una discriminación por razón de la edad.

Es conveniente poner en contexto el contenido de las regulaciones a las que hacemos referencia. En particular el inicio de la protección a partir de los cuarenta o cuarenta y cinco años. En efecto, si se ha hecho referencia a la amenaza que supone hoy día la irrupción de las nuevas tecnologías en los procesos productivos y sobre cómo podía tener un impacto especialmente grave en los puestos directos de baja cualificación a cargo de personas maduras, en aquellos años la protección obedecía a causas distintas. Así, se debe tener en cuenta la edad precoz a la que se accedía al empleo y las limitadas medidas de ergonomía y prevención de riesgos laborales que resultaban exigibles durante aquellos años. En consecuencia, es fácil imaginar las secuelas y limitaciones que podía padecer

una persona a partir de los cuarenta años en puestos que requerían esfuerzo físico, siendo mucho más intensas que en la actualidad.

El siguiente hito destacable es el Decreto 3090/1972, de 2 de noviembre, sobre política de empleo. Su capítulo segundo estaba dedicado a la extinción, suspensión o modificación de la relación jurídico-laboral por causas tecnológicas o económicas y de la regulación sectorial del empleo. En este bloque de contenidos, el art. 15 señalaba que el cese o suspensión de las personas trabajadoras se llevaría a efecto en cada categoría profesional y, como norma general, según el orden inverso al de antigüedad en la empresa. No obstante, de manera excepcional, se admitía que pudieran ser llevadas a cabo las extinciones sin respetar esta regla general por la concurrencia de causas que debían estar debidamente fundamentadas a juicio de la Autoridad Laboral, una vez consultada a la organización sindical. El criterio de prioridad de permanencia basado en la antigüedad en la empresa no debía afectar la prioridad que, por su parte, mantenían las personas trabajadoras que desempeñasen cargos electivos de carácter sindical. Además, el propio artículo -en su cierre- indicaba que el criterio basado en la afectación de las personas trabajadoras en orden inverso a la antigüedad quedaba establecido sin perjuicio de las normas protectoras establecidas a favor de los “cabezas” de familia numerosa, de los trabajadores minusválidos y también de las personas trabajadoras de edad madura.

La regulación, tan abigarrada y confusa, motivó que resultase necesaria una clarificación de su contenido. A tal fin, el Decreto 2487/1974 procedió a modificar el precitado artículo 15 del Decreto 3090/1972. Conforme a la nueva redacción, los criterios de afectación y las prioridades de permanencia quedaron establecidas de la siguiente forma:

- Con carácter general, el personal de nacionalidad extranjera cesaba siempre en primer término, salvo por las especiales circunstancias del puesto o por la función, acreditándose que no resultaba posible su sustitución.

- Dentro de las prioridades de permanencia, el mayor grado de protección correspondía a los cargos electivos de carácter sindical dentro de cada categoría sindical.
- En segundo lugar, la protección alcanzaría a los minusválidos.
- Seguidamente, se beneficiaban de la prioridad los titulares de familia numerosa.
- En un rango inferior se encontraba la prioridad de las personas mayores de 40 años.
- La clasificación se cerraba con las personas trabajadoras de mayor antigüedad en la empresa.

En caso de conflicto, encontrándose varias personas trabajadoras en el mismo nivel de preferencia, la prelación se resolvía por la concurrencia del rango inmediatamente siguiente, hasta agotar los restantes establecidos.

El precepto también aclaraba el supuesto en el que la reestructuración no afectaba a la totalidad de la empresa, sino a un concreto centro de trabajo. Como resulta obvio, en tal caso, para aplicar las citadas reglas, será tomada en consideración la plantilla de ese específico centro de trabajo. Más en concreto, si la suspensión o las extinciones estaban centradas en una sección determinada, los criterios debían ser aplicados dentro del colectivo afectado. No obstante, para evitar un empleo fraudulento de esta fórmula, serían incluidas las personas trabajadoras que se hubieran incorporado a la sección al menos con tres años de anterioridad a la reestructuración, excluyendo a quienes solo estuvieran previamente un año. Si resultaba necesario, la empresa debía acreditar la necesidad de incluir también a este colectivo. El precepto finalizaba estableciendo un derecho de reincorporación preferente para volver a la empresa, a fin de poder ocupar la primera vacante que se produjera, siempre y cuando contase con la aptitud profesional y física adecuadas para el desempeño de las funciones.

Por último, la tendencia del legislador favorable a controlar la prioridad de permanencia en los despidos colectivos, queda también patente en el art. 13.2 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, cuando señala el siguiente orden de afectación de las personas trabajadoras, que cambia en algunos aspectos respecto al modelo anterior, de mayor a menor intensidad:

- Los representantes sindicales.
- Los de capacidad laboral disminuida en el grado que se determine.
- Los que sean titulares de familia numerosa.
- Los de mayor antigüedad en la misma categoría profesional.
- Los trabajadores mayores de cuarenta años.

Esta corriente cambia completamente con el ET de 1980, y con el RD 696/1980, de 14 de abril, para la aplicación del Estatuto de los Trabajadores a los expedientes de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y de suspensión y extinción de las relaciones de trabajo. Desde entonces, la única prioridad legalmente establecida es aquella que se reconoce a favor de los representantes legales de las personas trabajadoras.

La designación de quien se encuentra afectado por el despido colectivo pasa a ser una atribución empresarial no reglada²⁷⁹. Por ello, se lleva a cabo una desregulación en la determinación individualizada de las personas afectadas por despidos basados en causas económicas, poniendo en manos del empresario, como una manifestación más de su poder de organización, la selección de las personas trabajadoras²⁸⁰. No obstante, según lo que ha sido expuesto, no se trata de una facultad omnímoda e incondicionada, sino que tendrá que respetar el principio de igualdad, así como los restantes derechos fundamentales.

²⁷⁹ VIVERO SERRANO, J.B., “La designación de los trabajadores objeto del despido colectivo”, cit., pág.1.

²⁸⁰ VALDÉS DAL-RÉ, F., “La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregulación”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1999, pág. 3.

Nuevamente, lo expuesto debe ser encuadrado en su contexto: es oportuno indicar durante los primeros años de la democracia, teniendo en cuenta el contexto económico, demográfico y social tan expansivo de nuestro país, la afectación prioritaria de las personas trabajadoras de mayor edad era comúnmente aceptada y no se consideraba en sí misma discriminatoria²⁸¹.

1.5.La prioridad de permanencia distinta a la de los representantes legales de los trabajadores en la negociación colectiva

Pese a la posibilidad que brinda tanto el art. 51.5 del ET como el 13 del RD 1473/2012, la negociación colectiva no ha optimizado la posibilidad de establecer criterios de prioridad de permanencia adicionales a los que ya contempla la normativa legal²⁸². El citado art. 51.5 del ET, junto con el 40.5 del ET, en este caso en materia de movilidad geográfica, son preceptos declarativos y de estímulo de la negociación colectiva²⁸³. La remisión a la negociación colectiva para sentar los criterios de permanencia representa un espacio que no ha sido aprovechado suficientemente²⁸⁴.

Con carácter general, las medidas adoptadas en la negociación colectiva por los agentes sociales se han centrado en el establecimiento de ayudas o incentivos para la jubilación voluntaria del trabajador o en la adaptación del puesto de trabajo cuando el trabajador tiene limitadas sus capacidades²⁸⁵, dentro de los distintos Acuerdos Nacionales para la Negociación Colectiva. A este respecto, los recientes Acuerdos Sociales en Defensa del Empleo derivados de la pandemia del Covid-19, precisamente están

²⁸¹ Cfr. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores”, cit., pág. 6.

²⁸² VALDÉS DAL-RÉ, F., “La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregulación”, cit., pág. 6.

²⁸³ VIVERO SERRANO, J.B., “La designación de los trabajadores objeto del despido colectivo”, cit., pág.28.

²⁸⁴ Vid. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, MEYSS, Madrid, 2012, pág. 56.

²⁸⁵ GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “Las medidas de mantenimiento del empleo de los trabajadores/as de edad en la negociación colectiva (2012-2014)”, comunicación presentada al XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2015, pág.11 (<https://ddd.uab.cat/record/154772> [última consulta: 27 de noviembre de 2021]).

inspirados en un sentido opuesto al que propiciaría este tipo de cláusulas. Como es conocido, estos acuerdos consensuados entre patronal y sindicatos buscan favorecer el mantenimiento de los puestos de trabajo mediante el recurso de los expedientes de regulación de empleo temporal evitando las medidas de reestructuración extintiva.

Al margen de la prioridad legal ya establecida para los representantes legales de las personas trabajadoras que replican la mayoría de convenios colectivos, en un rango inferior de prioridad, encontramos el reconocimiento de la prioridad de las personas trabajadoras de mayor antigüedad en la empresa²⁸⁶, circunstancia que -puede o no- coincidir con la mayor edad de esa persona. También es posible localizar pactos colectivos en los que la prioridad de permanencia se decanta a favor de las personas con discapacidad²⁸⁷. Tanto en uno como en otro caso, se trata de ecos de la normativa anterior al Estatuto de los Trabajadores, tal y como se ha comentado anteriormente, que han sedimentado en la negociación colectiva.

Sin abordar propiamente la prioridad de permanencia, los convenios pueden establecer el compromiso de no llevar a cabo un despido colectivo durante la vigencia del convenio²⁸⁸.

En un punto intermedio de protección, se localizan los supuestos en los que las partes incentivan la extinción del contrato de las personas trabajadoras mayores²⁸⁹ o acuerdan una mejora del importe indemnizatorio de las personas trabajadoras afectadas

²⁸⁶ Art. 42 CC Districenter, S.A. (BOE 11 de marzo de 2020), que incluye el compromiso de no afectar “en la medida de lo posible” a las personas trabajadoras con un mayor nivel de formación y quienes ostenten una mayor antigüedad en la empresa, art 18 CC Maltería La Moravia, S.L. (BOPL 3 de junio de 2019); art. 23 CC Font Salem (BOE 23 de noviembre de 2017); art. 42 CC Urbaser, S.A. (BOPS 22 octubre 2014).

²⁸⁷ Art. 58 CC T-Systems ITC Iberia, S.A.U. (BOE 3 de junio de 2019).

²⁸⁸ DA del CC Aldeas Infantiles SOS de España (BOE 7 de septiembre de 2020), art. 26 CC Microdeco (BOB 20 julio 2017).

²⁸⁹ Art. 91 CC Distribución Integral Logista, S.A.U. (BOE 4 de julio de 2017), estableciendo mejoras en el marco legal para personas trabajadoras mayores de cincuenta y siete y cincuenta y nueve años de edad, art. 19 CC Delphi Diesel Systems, S.L. (BOPB 7 de marzo de 2016).

por la medida colectiva²⁹⁰. Frente a la afectación prioritaria de las personas trabajadoras mayores, en otros casos, se excluye expresamente este criterio para favorecer la aplicación del principio de igualdad²⁹¹.

Como contraste a los procesos de despido colectivo, la protección de las personas trabajadoras en los procesos de movilidad geográfica está más presente en la negociación colectiva²⁹². En otras categorías aledañas al despido colectivo, la negociación colectiva también ha dedicado previsiones a la adaptación del puesto de trabajo o a su cambio por razones de edad , y al acceso preferente a la formación para favorecer la readaptación y el reciclaje profesional .

1.6. La prioridad de permanencia en el acuerdo que pone fin al período de consultas

La otra vía convencional mediante la que es posible establecer la prioridad de permanencia a determinados colectivos es mediante el acuerdo que ponga fin al período de consultas (art. 13.2 del RD 1483/2012). En este punto, el período de consultas representa una categoría reconducible a los parámetros propios de la negociación colectiva. Resultaría admisible afirmar, incluso, que la reforma de 2012 configura al despido colectivo como un subtipo de proceso de negociación colectiva, relativamente

²⁹⁰ Art. 30 CC Bermeo Off Shore, S.A. (BOB 17 de septiembre de 2020); Cláusula transitoria primera CC Doga Metal parts, S.L. (BOPB 16 de junio de 2020); art. 58 CC Guardian Llodio Uno, S.L. (BOTH 7 de febrero de 2020); art. 21 CC Bolloré Transport Logistic Spain, S.A.U. (BOB 24 de septiembre de 2019).

²⁹¹ Art. 36 CC Cream Factory Comaker (BOPV 30 de junio de 2014).

²⁹² El art. 24 CC Navarcable de Peralta (BON 4 febrero de 2020), además de extender la protección a personas trabajadoras minusválidas y personas con cargas familiares, también establece la prioridad para mayores de sesenta años; el art. 29 CC Compañía Logística Acotral y Acotral Distribución Canarias, S.A. (BOE 23 de mayo de 2019), junto a minusválidos y personas con cargas familiares, establece la preferencia de las personas de edad madura, a partir de cincuenta y cinco años; el art. 56 CC Corporación Alimentaria Peñasanta, S.A. (BOPA 17 de abril de 2019), marca la prioridad a favor de personas mayores de cuarenta y cinco años, minusválidos y personas con cargas familiares; el art. 6 CC Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia (BOB 19 de septiembre de 2016), señala la prioridad de permanencia de los trabajadores mayores de cincuenta y ocho años en los casos de traslados; el art. 63 CC Prevensystem (BOPH 14 de julio de 2016), contempla la prioridad de permanencia de mayores de cuarenta y cinco años en los casos de traslados colectivos; el art. 14 CC Iberdrola (BOE 6 de junio de 2016), establece la prioridad de permanencia de trabajadores mayores de cincuenta y seis años en los traslados colectivos.

limitado por razón del objeto y que, en lo sustancial, también es común a las medidas de flexibilidad interna y externa que configura la nueva regulación del ET²⁹³.

El papel asignado en este caso a la representación de los trabajadores supera el que correspondería a la emisión de un mero informe, va más allá y se inserta en el proceso de negociación. La regulación dada a los períodos de consultas, hace de los mismos la antesala de una posible negociación atendiendo a las causas y circunstancias concretas de la medida colectiva que determina su desarrollo, así como un espacio en el que la negociación debe producirse por mandato legal, al margen de que dé como resultado un acuerdo o no con las partes negociadoras²⁹⁴.

Como se ha descrito en este Capítulo, la reforma laboral de 2012 ha otorgado reconocimiento legal a la posibilidad de establecer una prioridad de permanencia a favor de colectivos distintos al de los representantes de los trabajadores. Si bien este recurso ya venía implícito en la regulación anterior al reformado art. 51 del ET y al RD 1483/2012, lo hacía con referencia a una norma con rango legal o a un convenio colectivo.

En todo caso, la previsión por la autonomía colectiva de tales preferencias nunca podría entenderse como una forma de diluir o de menoscabar las garantías de los representantes legales de las personas trabajadoras²⁹⁵.

No obstante, la práctica revela que, en los acuerdos que ponen fin al período de consultas, no solo no se establecen medidas para favorecer la prioridad de permanencia

²⁹³ GODINO REYES, M., “El despido colectivo. Balance de la Jurisprudencia del TS (2013-2019)”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 143, 2019, pág. 342.

²⁹⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.), *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, cit., pág. 27.

²⁹⁵ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.), *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, cit., pág. 56.

de este colectivo, sino que, además, en muchos expedientes, se incentiva su salida mediante el instrumento de programas de prejubilación o de *outplacement*²⁹⁶.

1.7. Buenas prácticas en la aplicación de criterios de prioridad de permanencia en caso de período de consultas sin acuerdo

Tras agotar los plazos máximos establecidos por el art. 51.2 del ET y 7 del RD 1483/2012, o tras comunicar las partes a la autoridad laboral antes de dicho vencimiento que no será posible alcanzar un acuerdo, se dará por finalizado el período de consultas.

De conformidad en el art. 12 del RD 1483/2012, el empresario tendrá que proceder a comunicar la aplicación de la medida dentro de los quince días hábiles siguientes a la finalización del período de consultas. El hecho de que no alcance un acuerdo no exime a la compañía que insta el despido colectivo de aplicar medidas sociales y las reglas de prioridad de permanencia (art. 13.3 del RD 1483/2012).

Por lo que hace a la prioridad de permanencia, el empresario estará obligado a respetar las disposiciones legales que han sido comentadas y que benefician a la representación legal de las personas trabajadoras. De afectar, pese a todo, a un representante, deberá precisar que no existe ningún puesto de características similares que pudiera ser afectado en lugar de la persona que ostenta la condición de representante legal.

Además de lo que ha sido expuesto sobre la protección frente a la discriminación de personas con discapacidad, así como frente a medidas de reacción o represalia por el ejercicio de algún derecho de conciliación de la vida personal y familiar con la actividad profesional, en un nivel inferior al de los representantes legales, se situaría la protección dispensada por el convenio de aplicación en la empresa. Tal y como ha quedado expuesto, aunque en materia de traslados colectivos sí es posible localizar diversos convenios colectivos que abordan esta materia, no ocurre así en el caso de la protección de determinados grupos de personas de difícil empleabilidad, como ocurre con las personas

²⁹⁶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.), *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, cit., pág. 227.

mayores. En todo caso, de existir una referencia expresa en el convenio de aplicación, qué duda cabe que debería ser un límite que no podría rebasar la empresa, siendo indiferente que el período de consultas finalice con o sin acuerdo.

En tercer lugar, aunque el art. 51.5 del ET y el art. 13 del RD 1483/2012 aluden al acuerdo que ponga fin al período de consultas, nada impide que la empresa, aunque las consultas finalicen sin acuerdo, pueda incorporar en la decisión final que comunica a la representación legal de las personas trabajadoras y a la autoridad laboral todas o algunas de las propuestas presentadas durante la negociación con la parte social.

En efecto, tras negociar de buena fe durante el período de consultas, es previsible y lícito que la empresa “maximice” el ahorro de costes del despido colectivo mediante la aplicación estricta del art. 53 del ET, sin apartarse ni una coma de su texto, es decir, abonando únicamente la indemnización de veinte días de salario por año de servicio, con el tope de doce mensualidades, además de las medidas sociales de acompañamiento que resulten estrictamente imprescindibles por las condiciones y volumen de la empresa *ex* art. 8 del RD 1483/2012 y art. 51.9 del ET respecto al convenio especial, y conforme al RD 1484/2012 por lo que hace a la aportación al Tesoro Público.

Frente a ello, no es infrecuente que, en la práctica, el empresario pueda “dulcificar” o “suavizar”, en beneficio de sus intereses, los efectos del despido colectivo sobre las personas afectadas. En efecto, puede incorporar parte del contenido social que ha sido objeto de deliberación en el período de consultas. Con ello, más allá de intentar conseguir que los efectos nocivos del despido sean menos traumáticos para quien esté afectado, también puede propiciar un enfoque más favorable del informe que la Inspección de Trabajo debe emitir sobre el despido colectivo, sus aspectos formales y de contenido, así como sobre el desarrollo de la negociación. En efecto, el art. 11.5 del RD 1483/2012 refiere que el informe verificará, en especial, que los criterios utilizados para la designación de las personas trabajadoras afectadas no resultan discriminatorios por lo dispuesto en el art. 17.1 del ET, teniendo en cuenta también los criterios de permanencia enunciados en el art. 13 del mismo Real Decreto. Una vez suprimida la exigencia de

autorización por parte de la autoridad laboral en la reforma de 2012, el informe de la Inspección de Trabajo pasa, hasta cierto punto, a “suplir” dicha carencia, y tiene una relevancia a todas luces fundamental para el acceso a las prestaciones de las personas trabajadoras si el despido colectivo pasa a una fase contenciosa como consecuencia de la impugnación del mismo por cualquiera de las partes legitimadas para ello. En consecuencia, la adopción en la aplicación de la medida extintiva de los criterios de prioridad de permanencia correspondientes al tercer nivel (de la negociación del período de consultas), puede contribuir a reducir la litigiosidad o, cuando menos, a que la valoración conjunta de la postura mantenida por la parte económica durante todas las fases de la tramitación del despido colectivo, resulte más ventajosa para la empresa en su revisión por parte del Poder Judicial.

Como es obvio, la empresa puede ir más allá de lo dispuesto en el art. 51.5 del ET y su desarrollo por parte del art. 13 del RD 1483/2012, introduciendo criterios de prioridad de permanencia adicionales a los impuestos por dicha normativa o por la negociación colectiva. Se trata de buenas prácticas desarrolladas por muchas empresas en la ejecución de despidos colectivos, que vienen a constituir una “cuarta categoría” de prioridades de permanencia adicionales, implantadas en ejercicio de su poder de dirección y control (que se despliega desde el inicio y hasta la fase final de la relación laboral) a la hora de establecer y explicar su decisión en determinados criterios de selección de las personas trabajadoras definitivamente afectadas por la medida.

En función de dicha facultad, el empresario podría voluntariamente excluir a determinados grupos (como las personas mayores) especialmente vulnerables, pese a no existir tal obligación legal, convencional o derivada de un acuerdo con la parte social de la comisión negociadora, con fundamento en decisiones de responsabilidad social por el impacto que en diversos órdenes ocasionan este tipo de desvinculaciones. Como se apunta, la decisión última podría estar basada en criterios de oportunidad, prudencia o de estrategia defensiva frente a las impugnaciones, tomando en consideración el devenir judicial que han tenido muchas impugnaciones de despidos colectivos, los criterios que

determinan la estimación de dichas demandas individuales o colectivas y sus cuantiosas consecuencias económicas.

1.8. Consecuencias del incumplimiento de las reglas sobre prioridad de permanencia

El incumplimiento de las reglas sobre prioridad de permanencia establecida por la ley, los convenios colectivos o en el acuerdo del período de consultas, podrá determinar que la persona trabajadora pueda impugnar el despido colectivo, y ello conforme establece el art. 124.13 de la LRJS, remitiéndose con algunas especialidades al procedimiento de impugnación del despido objetivo al que la LRJS dedica los arts. 120 a 123.

Cuando el despido colectivo no haya sido impugnado por la representación legal de las personas trabajadoras, el plazo para accionar comenzará a contar una vez haya transcurrido el plazo de veinte días hábiles con el que disponían dichos representantes [art. 124.13. a) 1.]. Si se han otorgado preferencias a unas personas trabajadoras frente a la parte actora, también deben ser demandados [art. 124.13. b).2].

Si el despido colectivo ha sido previamente impugnado, el plazo del que dispone la persona trabajadora comenzará a contar desde la firmeza de la sentencia dictada en el proceso colectivo, o desde la conciliación judicial [art. 124.13. b).1]. Adicionalmente, la sentencia firme o el acuerdo tendrá eficacia de cosa juzgada sobre los procesos individuales [art. 124.13. b).2]. Como resultado de lo anterior, el objeto quedará limitado a las cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda formulada previamente.

La consecuencia será la nulidad del despido que no haya respetado la prioridad de permanencia. No obstante, este tipo de nulidad no opera de manera absoluta, de manera que no afectara a las extinciones dentro del despido colectivo que sí hayan respetado la prioridad de permanencia [arts. 124.13. a).4 y 124.13. b) 3.].

1.9.Propuesta para una regulación alternativa de la prioridad de permanencia

Se ha señalado que la regulación actual con rango de Ley, solo preceptúa expresamente la prioridad de permanencia a favor de las personas integrantes del comité de empresa o quienes ostenten la condición de delegados de personal.

Para el resto de colectivos susceptibles de ser afectados por alguna de las manifestaciones que puede adoptar la discriminación, el legislador encomienda al desarrollo a la negociación colectiva. Sin embargo, en la investigación referida a este bloque, ha sido posible constatar que la negociación colectiva no ha optimizado esta posibilidad, pese a las amplias facultades que se concedían a los interlocutores sociales. De hecho, en materia de reestructuraciones laborales, los agentes sociales (en la mayoría de los casos) ofrecen soluciones pensadas para la compensación de los efectos negativos de la reestructuración, sin llegar a plantear las medidas alternativas que evitasen precisamente la reestructuración mediante los despidos.

Por ello, una reforma que entrase a analizar también el alcance de la prioridad de permanencia, debería abordar de manera más decidida esta materia y establecer garantías en este sentido, no solo a la representación legal, sino también a colectivos que (de manera contrastada) son considerados como vulnerables, como ocurren con las personas maduras, discapacitadas o, por ejemplo, personas que se reincorporan al mercado laboral tras el ejercicio de los derechos de conciliación por cuidado de personas dependientes. De este modo, se considera que la protección de tales grupos quedaría mucho más reforzada.

2. EL PLAN DE RECOLOCACIÓN

2.1. Concepto y antecedentes de la regulación actual

El art. 51.10 del ET preceptúa la obligación de ofrecer un plan de recolocación externa cuando el despido colectivo afecta a más de cincuenta personas trabajadoras, salvo cuando la empresa se encontrase sometida a un procedimiento concursal. Dicho plan debe ser ejecutado por una empresa de recolocación autorizada.

El plan de recolocación puede ser definido como “un conjunto de técnicas o medidas que la empresa ofrece a sus trabajadores ante su despido, poniéndose a su disposición todas las herramientas posibles (tanto de asesoramiento profesional como de medios técnicos) para la búsqueda, rápida y en las mejores condiciones, de un nuevo empleo”²⁹⁷. En consecuencia, se basa en una colaboración público-privada para la reincorporación lo más rápida posible al mundo laboral de las personas despedidas. Los servicios públicos podrán ayudar a las personas en su itinerario de inclusión laboral, pero lo que la norma está exigiendo es que la compañía que acometa el despido colectivo debe concertar con una empresa privada este servicio. Este enfoque se incardina en el Convenio número 181 de la OIT sobre las agencias de empleo privadas de 1997, toda vez que existe un proceso de intermediación al haber conexión entre las ofertas de puestos de trabajo y los demandantes de empleo²⁹⁸. Además, el plan de recolocación enlaza con la noción de “flexiseguridad”, al diseñar las medidas oportunas para facilitar una pronta y rápida transición de la persona trabajadora en términos de empleabilidad²⁹⁹.

Es la empresa que acomete la reestructuración, quien debe contratar los servicios de la empresa especializada, asumiendo su coste. Formar parte del mismo resulta voluntario por parte de la persona trabajadora y gran parte del éxito del mismo va a depender de su implicación activa en las fases de desarrollo del mismo.

Conviene precisar desde ya que la experiencia no ha demostrado grandes éxitos ya que la normativa que va a ser analizada no garantiza la conexión y coordinación entre los diferentes actores implicados en el proceso de recolocación y las estructuras

²⁹⁷ GALA DURÁN, C., “La recolocación externa de los trabajadores maduros (outplacement) como vía de actuación ante el desempleo”, en AA.VV., *Desempleo, XIV Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2004, pág. 1327.

²⁹⁸ GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. “Revisión de los planes de recolocación externa de un despido colectivo en el marco del proceso de digitalización de la economía”, AA.VV. *Reestructuraciones Empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021, pág. 855.

²⁹⁹ BLASCO PELLICER, A., “Las medidas sociales de acompañamiento en los despidos colectivos”, en SÁEZ LARA, C., NAVARRO NIETO, F., GÓMEZ CABALLERO (coords.), *Los desafíos del Derecho del Trabajo ante el cambio social y económico. Libro en Homenaje a Federico Durán López*, cit., pág 367.

administrativas no son lo suficientemente flexibles, no existiendo una visión integrada en el diseño y ejecución de las políticas de empleo que promueva sinergias entre administraciones y operadores³⁰⁰.

Sea como fuere, según establece el Estatuto de los Trabajadores, el plan ha de estar diseñado para un mínimo de seis meses y debe incluir medidas de formación y orientación profesional, atención personalizada y búsqueda activa de empleo³⁰¹.

El plan de recolocación se incorpora expresamente con la reforma laboral de 2012 como una obligación “legal e indeclinable” del empresario que va a ser desarrollada para que esté dotada de efectividad, asegurándose su cumplimiento como “medida indispensable para permitir transiciones rápidas y adecuadas entre empleos y para mantener a los trabajadores en el mercado de trabajo el mayor tiempo posible, evitando su indebida expulsión del mismo”³⁰². No obstante, dependerá del volumen de afectados y de la solvencia económica de la empresa.

Con anterioridad a dicha reforma, la recolocación de los trabajadores podía insertarse dentro del conjunto de medidas que podían integrar el “plan de acompañamiento social” al que hacía referencia el art. 51.4 del ET en su redacción previa³⁰³.

³⁰⁰ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., “La continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad: una difícil singladura”, en ESCUDERO PRIETO, A. (dir.) y ALONSO BRAVO, M. (coord.), *Los nuevos perfiles del Estado social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*, cit., pág. 148.

³⁰¹ Con anterioridad a que figurase expresamente recogido en el ET, los principales beneficiarios del plan eran los directivos de grandes compañías. Habitualmente, el plan estaba integrado por las siguientes fases: a) Balance profesional: para descubrir e identificar las capacidades, habilidades, competencias y conocimientos de la persona trabajadora, evaluando –igualmente- las mejores opciones profesionales a escoger; b) el proyecto profesional del perfil del candidato; c) el plan de acción para desarrollar un plan de carrera y estrategias de búsqueda en función del proyecto profesional; d) campaña de búsqueda; finalmente, e) proceso de integración en la empresa. *Vid.* GALA DURÁN, C., “La recolocación externa de los trabajadores maduros (*outplacement*) como vía de actuación ante el desempleo”, cit., págs. 1332-1334.

³⁰² Objetivo Cuarto del RD 1483/2012.

³⁰³ Además de que constase en el plan social de acompañamiento de los despidos colectivos, el compromiso de suscribirlo podía figurar en el contrato de trabajo, en el CC, ser ofrecido por la propia empresa o ser objeto de reclamación por parte de los trabajadores o sus representantes [GALA DURÁN, C., “La recolocación externa de los trabajadores maduros (*outplacement*)”, en AA.VV., *Desempleo, XIV Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pág. 1340].

El plan de acompañamiento social vigente en aquel momento podía ser definido como el instrumento que incluye un conjunto de medidas destinadas a reducir los efectos negativos derivados de las reestructuraciones empresariales y las consecuencias individuales de dichos despidos sobre los trabajadores afectados³⁰⁴. Esta obligación, a cargo de las empresas, derivaba indirectamente de la Directiva 98/59/CE del Consejo, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. Dentro del contenido del período de consultas, el artículo 2 de dicha Directiva se refería a “las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos.”

De este modo, la obligación de incorporar la documentación del despido colectivo se encontraba en el art. 6.1. c) del RD 43/1996. Posteriormente –de manera mucho más completa–, el plan había sido regulado por el art. 9.3. a) del RD 801/2011, de 10 de junio. En esta última norma, el plan de acompañamiento social debía ser presentado por parte de la empresa en la solicitud del expediente con medidas, bien para evitar o reducir los efectos del expediente, para atenuar las consecuencias en las personas trabajadoras afectadas, o bien para hacer posible la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial. Dentro de esta clasificación, la recolocación de las personas afectadas por el despido colectivo quedaba planteada como una de las medidas para atenuar los efectos de la reestructuración. De este modo, el legislador potenciaba el plan social dotándolo de un perfil mucho más concreto y sistematizado, aunque, en propiedad, el art. 9 del RD 801/2011 incluyera medidas propias tanto de un plan de acompañamiento (actuaciones para minimizar y para atenuar los efectos del despido colectivo) como aquellas otras que corresponderían a un plan de viabilidad (actuaciones para hacer posible la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial). En todo caso, hasta ese momento, el plan de acompañamiento social representaba una medida que, en la práctica, no dejaba de ser una

³⁰⁴ GINÈS I FABRELLAS, A., “Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14, 2010, pág. 3.

mera obligación formal, ya que la negociación del despido colectivo por parte de la representación de las personas trabajadoras y de la empresa centraba los esfuerzos en la mejora del importe indemnizatorio³⁰⁵.

El RD 801/2011 queda encuadrado dentro de las reformas tendentes a favorecer la flexibilidad interna de las empresas, acometidas ante los devastadores efectos que estaba provocando en nuestro modelo de relaciones laborales la crisis financiera de 2008. La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, parte de la premisa de que resultaba necesario dotar a las empresas de un marco de flexibilidad interna, hasta ese momento escasamente desarrollada frente a las medidas de flexibilidad externa (contratación temporal y extinción de los contratos de trabajo). Enfoques de este tipo quedan encuadrados dentro de la noción procedente del entorno de la Unión Europea conocida como “flexiseguridad” o “flexiguridad” que, como se infiere de su denominación, combinaba las medidas de flexibilidad interna de las empresas con la dispensa de un marco protector garantista a favor de la persona trabajadora³⁰⁶. La flexiseguridad se perfila como una “tercera vía” entre la flexibilidad propia de los sistemas liberales y la protección social de los sistemas socialdemócratas³⁰⁷.

Para evitar la masiva destrucción de empleo que estaba provocando por un modelo de relaciones laborales que se revelaba ineficiente, tanto en su dimensión individual como colectiva, el legislador quiere desarrollar un nuevo modelo de flexibilidad interna³⁰⁸ que también se manifestará en la regulación del empleo. Por ello, dentro del conjunto de medidas que tuvo que poner en práctica el Gobierno, la Disposición final tercera de la Ley 35/2010, entre otras actuaciones, se comprometía a elaborar un nuevo Real Decreto

³⁰⁵ Vid. SERRANO GARCÍA, J.Mª, “Primeras reflexiones en torno al plan social en el RD 801/2011, de 10 de junio”, *Relaciones Laborales*, núm. 15/16, 2011.

³⁰⁶ Vid. LUJÁN ALCARAZ, J., “Flexiguridad”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2007.

³⁰⁷ ALAMEDA CASTILLO, M.T., “En torno a los conceptos de flexibilidad y seguridad: de la contraposición al encuentro”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.), *Aportaciones al debate comunitario sobre “flexiseguridad”*, *Especial Monográfico, Relaciones Laborales*, núm. 15-16, pág. 115, 2007.

³⁰⁸ MOLERO MARAÑÓN, M.L., “El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011”, *Relaciones Laborales*, núm. 23/24, 2011, pág. 273.

para regular los despidos colectivos, previa consulta a los interlocutores sociales, donde el plan de acompañamiento contase con la relevancia que merecía a tenor de las circunstancias que afectaban a nuestro país³⁰⁹. En cumplimiento de dicha disposición, se aprobó el RD 801/2011, de 10 de junio.

El plan era concebido legalmente con un contenido muy amplio, debiendo ser presentado por el empresario antes del comienzo del período de consultas, como un “preámbulo a la negociación” de aquél, o una toma de postura sobre la forma de abordar esa obligación empresarial. Durante la negociación, el plan quedaba perfilado de manera gradual hasta quedar correctamente definido en el acuerdo que ponía fin al período de consultas. En la práctica totalidad de los casos, los resultados del plan eran ciertamente frustrantes, y representaba un simple documento “de mínimos” o una simple declaración de intenciones generales respecto de las medidas que pretendía adoptar el empresario en relación al despido colectivo.

Aunque la obligación legal resultaba aplicable a las empresas de cincuenta o más trabajadores, era posible llevar a cabo medidas con la misma finalidad a las que contemplaba el plan de acompañamiento respecto de las empresas que contasen con menor tamaño. El art. 11.4 del RD 801/2011 diferenciaba y asignaba una sustantividad propia al plan social respecto al acuerdo que podía poner fin al período de consultas. De hecho, el plan social representaba un requisito obligatorio, y podía cambiar durante el período de consultas, con y sin acuerdo que pusiera fin al período de consultas del despido colectivo. Por su parte, el acuerdo era siempre facultativo.

El art. 9 del RD 801/2011 establecía una serie de pautas indicativas sobre el plan de acompañamiento social: se refería, en primer término, a medidas para evitar o reducir los

³⁰⁹ Según la cual: “Con anterioridad al 31 de diciembre de 2010, el Gobierno aprobará, previa consulta con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y con las Comunidades Autónomas, un RD para la modificación del RD 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos, para su adaptación a lo dispuesto en esta Ley, con particular atención al contenido del plan de acompañamiento social de los expedientes de regulación de empleo como instrumento para favorecer la recolocación de los trabajadores afectados y la mejora de su empleabilidad.”

efectos del despido colectivo basadas en acciones alternativas para impedir la extinción de los contratos, aunque fuese solo parcialmente; en segundo lugar, aludía a medidas para atenuar las consecuencias del despido; y, por último, a las medidas para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto. Sin embargo, la medida más presente en los acuerdos de despido colectivo para suavizar sus efectos (hasta el punto de formar parte de su contenido básico), la mejora de las indemnizaciones, no era mencionada expresamente en la regulación reglamentaria sobre el plan de acompañamiento social³¹⁰.

El citado RD 801/2011 no pudo gozar de una vida muy longeva, la importante reforma laboral auspiciada por el RDL 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral primero y la posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, modifican el art. 51 del ET, siendo la antesala de una nueva regulación para los procedimientos colectivos de regulación de empleo. Es más, la Disposición final decimonovena, faculta al Gobierno para dictar un nuevo Real Decreto sobre el procedimiento de los despidos colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada³¹¹.

Así las cosas, el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de

³¹⁰ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.), *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, cit., págs. 50-54.

³¹¹ A cuyo tenor: “El Gobierno aprobará, en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de esta Ley, un real decreto sobre el reglamento de procedimiento de despidos colectivos y de suspensión de contratos y reducción de jornada que desarrolle lo establecido en ella, con especial atención a los aspectos relativos al periodo de consultas, la información a facilitar a los representantes de los trabajadores en el mismo, las actuaciones de la autoridad laboral para velar por su efectividad, así como los planes de recolocación y las medidas de acompañamiento social asumidas por el empresario”.

jornada, sucede³¹² al RD 801/2011, de 10 de junio, y conduce al marco regulatorio actual, desapareciendo la referencia al plan de acompañamiento social³¹³.

Con ello, mediante la opción mucho más limitada que representa el plan de recolocación frente al plan de acompañamiento social, se concluye que se ha rebajado la exigibilidad de las medidas sociales que acompañan al despido colectivo. Así, se pasa de un plan de contenido polivalente a otro que se ciñe a las medidas relacionadas con la recolocación externa de los trabajadores afectados. En definitiva, solo son desarrollados los contenidos mínimos que dispone el art. 2.2 de la Directiva 98/59³¹⁴.

Las medidas que formaban parte del plan de acompañamiento social ya no son únicamente exigibles para las empresas con más de cincuenta trabajadores. Así, el art. 7 del RD 1483/2012, precisa que el período de consultas debe versar, entre otras materias, sobre las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas de acompañamiento en todos los casos, con independencia del volumen de la empresa. De manera orientativa, el legislador alude a medidas de recolocación, acciones de formación o reciclaje profesional para mejorar la empleabilidad de las personas afectadas por el despido colectivo. En la nueva regulación subyace la intención de legislador de que las mejoras sociales del período de consultas se ciñan casi exclusivamente a la mejora del importe indemnizatorio, centrando la negociación en el “intercambio de cromos”, pivotando la negociación en el incremento (o instauración) de las compensaciones económicas³¹⁵.

³¹² La Orden ESS/487/2012, de 8 de marzo, sobre vigencia transitoria de los artículos del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo, se encargó de suplir el vacío regulatorio de esta materia mientras se elaboraba el RD 1483/2012.

³¹³ GOERLICH PESET, J.M., “Desarrollo y contenido de las consultas”, en AA.VV., *Los períodos de consultas. XXVI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2014, pág. 96.

³¹⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.), *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, cit., pág. 54.

³¹⁵ FALGUERA BARÓ, M., “El acuerdo en el período de consultas”, en AA.VV., *Los períodos de consultas. XXVI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*, cit., pág. 194.

Estas obligaciones son desarrolladas por el art. 8 del RD 1483/2012, si bien, como se detalla, ya no son exclusivas para las empresas que cuentan con más de cincuenta trabajadores. De manera indicativa, el art. 8.1 cita:

- La recolocación interna de las personas trabajadoras dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas del que forme parte.
- La movilidad funcional de las personas trabajadoras, conforme a la regulación del art. 39 del ET.
- La movilidad geográfica de las personas trabajadoras, según la regulación del art. 40 del ET.
- Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, de conformidad con el art. 41 del ET.
- La inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que resulte de aplicación en la empresa, según lo que preceptúa el art. 82.3 del ET.
- Las acciones de formación o reciclaje profesional de las personas trabajadoras que puedan contribuir a la continuidad del proyecto empresarial.
- Cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de personas afectadas por el despido colectivo.

Como se puede apreciar, en este primer bloque se está haciendo referencia a las medidas de flexibilidad interna que ya había potenciado la Ley 35/2010, no siendo ya privativas de determinadas empresas por su número de trabajadores, sino que –con independencia de su virtualidad- al menos deben ser planteadas en todos los despidos colectivos.

En segundo lugar, entre las medidas para atenuar las consecuencias de las personas afectadas, el art. 8.2 alude a las siguientes:

- El derecho al reingreso preferente en las vacantes del mismo o similar grupo profesional que se produzcan en la empresa dentro del plazo que se estipule. Dicho compromiso no queda planteado en términos abstractos, sino que resulta ejecutivo su cumplimiento una vez que se constata que la empresa, tras la reestructuración está realizando contrataciones³¹⁶.
- En empresas con menos de cincuenta personas afectadas por el despido colectivo, la recolocación externa de los trabajadores a través de empresas de recolocación autorizadas. Por tanto, en este caso, el plan de recolocación puede ser una de las medidas a adoptar, pero no resulta exigible por parte de los trabajadores, ni su incumplimiento sancionable como tendremos ocasión de analizar.
- Las acciones de formación o reciclaje profesional para la mejora de la empleabilidad de los trabajadores. En este supuesto, no se especifica si dichas acciones deben ser acometidas por una empresa externa o por la propia empresa que realiza el despido colectivo si cuenta con los medios oportunos.
- La promoción del empleo por cuenta propia como autónomos o en empresas de economía social. No obstante, el legislador advierte del riesgo de que esta fórmula no debe dar lugar a la continuidad encubierta de la prestación laboral mediante la figura del “falso autónomo” o a las contrataciones de obras o de servicios en fraude de ley.
- Medidas compensatorias de los gastos derivados de la movilidad geográfica, no debiendo ser confundida esta actuación con una reiteración de lo que señala el art. 8.1 del RD 1483/2012, en conexión con la regulación del art. 40 del ET en materia de movilidad hacia otro centro de trabajo de la empresa.

³¹⁶ SJS núm. 3 Burgos 25 de febrero de 2019 (recurso 98/2018).

- Medidas compensatorias de las diferencias salariales con un nuevo empleo. El diseño concreto de esta obligación queda supeditado a lo que se establezca y a los compromisos que puedan ser adquiridos en el período de consultas.

Con este planteamiento, aunque ha sido criticada la desaparición en esta nueva regulación del plan de acompañamiento social como tal³¹⁷, es posible apreciar que el legislador está tratando de “universalizar” diversas medidas que anteriormente solo eran aplicables para las empresas a partir de un determinado volumen de personas afectadas. Con ello, se quiere dotar de mayor sustancialidad al periodo de consultas, más allá de centrar toda la discusión en el importe de la indemnización por despido (una manifestación de la flexibilidad externa), introduciendo obligaciones que traten de evitar la amortización del contrato de trabajo modulando las condiciones de trabajo (flexibilidad interna).

Por tanto, la obligación propiamente dicha del plan de recolocación representa una obligación adicional que se activa cuando las personas afectadas superan las cincuenta personas trabajadoras.

2.2. Ámbito objetivo: medidas del plan de recolocación

El art. 9 del RD 1483/2012 señala que el plan de recolocación debe ser presentado al inicio del procedimiento de despido colectivo (art. 2 del RD 1483/2012) junto a la documentación común (art. 3.2 del RD 1483/2012) y la documentación acreditativa de las causas (arts. 4 y 5 del RD 1483/2012). Aunque puede ser completado o modificado hasta que contenga su redacción definitiva tras la finalización del período de consultas, sus líneas maestras ya deben estar contenidas desde el inicio del proceso, a fin de que la representación de los trabajadores pueda conocer las medidas desde el principio.

³¹⁷ En este sentido, *vid.* ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., (coord.), *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, cit., pág. 54. No obstante, su reflexión crítica es anterior a la publicación del RD 1483/2012.

Aunque el alcance del plan de recolocación y las concretas actuaciones que deben ser emprendidas representan una materia muy casuística que depende de cada empresa y de las personas trabajadoras que son afectadas, el plan de recolocación presentado por la empresa al inicio del procedimiento deberá contener medidas efectivas adecuadas a su finalidad en las siguientes materias:

- Labores de intermediación mediante la puesta en contacto de las ofertas de trabajo existentes en otras empresas con las personas afectadas por el despido colectivo.
- Actuaciones de orientación profesional destinadas a la identificación del perfil profesional de las personas afectadas por el despido colectivo para la cobertura de puestos de trabajo en las posibles empresas destinatarias de la recolocación.
- De formación profesional para la capacitación a fin de las personas afectadas puedan desempeñar las actividades laborales en dichas empresas.
- Atención personalizada para asesorar respecto de todos los aspectos relacionados con su recolocación, en especial, respecto de la búsqueda activa de empleo.

Siendo los contenidos que enuncia el art. 9 del RD 1483/2012 una propuesta que no tiene carácter taxativo ni cerrado, se ha de tener en cuenta que el plan de recolocación se basa en el diseño de un conjunto de actuaciones “a medida” del perfil del colectivo afectado y de la empresa que debe acometer el despido colectivo, que están coordinadas para favorecer que la transición laboral de las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo se lleve a cabo de la manera más breve posible y en las mejores condiciones.

2.3.Ámbito subjetivo

2.3.1. La empresa

El RD 1483/2012 no solo regula el procedimiento de despido colectivo y suspensión o reducción de jornada para las empresas privadas que despidan a más de cincuenta personas, sino que da cabida también al sector público (art. 45 del RD

1483/2012), cuando el despido colectivo afecte al personal laboral en el mismo umbral numérico que se encuentre al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte de las administraciones que señala el art. 2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y el art. 3 de la Ley 9/2017, de 6 de noviembre, de contratos del sector público³¹⁸.

En el ámbito de las exclusiones, el art. 51.10 del ET señala que no será exigible el plan de recolocación cuando la empresa se hubiera sometido a un procedimiento concursal. En este punto, podemos traer a colación lo indicado sobre la incidencia del proceso concursal cuando la empresa ha de suscribir un convenio especial de Seguridad Social para personas trabajadoras de 55 o más años que se encuentran afectadas por el despido colectivo. Nuevamente, la duda se centra en la posibilidad de que dentro del procedimiento concursal no se incluya solo el concurso de acreedores declarado mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil, sino el acuerdo con los acreedores previsto en los artículos 583 a 594 de la LC, que es introducido con posterioridad a la regulación que ofrece el ET y el RD 1483/2012, sin que se haya precisado este extremo posteriormente.

Cuando la empresa acude al procedimiento de extinción colectiva que recoge la Ley Concursal no hay duda sobre la exención de la empresa respecto de esta obligación. En cambio, cuando la empresa recurre al procedimiento del art. 51 del ET, si omite este requisito, su cumplimiento podría venir determinado por la reclamación de los trabajadores afectados o por parte de la Autoridad Laboral y la Inspección de Trabajo encargada de realizar el informe que prevé el art. 11 del RD 1483/2012. A este respecto, como se apuntó para la obligación del convenio especial de Seguridad Social, el desenvolvimiento posterior de la empresa y la posibilidad conseguir o no el acuerdo que evite la situación de concurso será determinante.

³¹⁸ El art. 35 del RD 1483/2012 hace referencia al RDL 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, si bien ha de interpretarse teniendo en cuenta la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que deroga al anterior texto refundido, igualmente la Ley 40/2015, del 1 de octubre del sector público.

2.3.2. La empresa de recolocación autorizada

Si es una compañía privada la que inicia el procedimiento de despido colectivo, el plan de recolocación debe ser realizado a través de una empresa de recolocación autorizada. Por tanto, no es solo que las medidas tendentes a la recolocación no pueden ser llevadas a cabo por la propia empresa inicia los trámites del despido colectivo, sino que además la empresa externa ha de contar con la debida autorización. La obligación de que sea una empresa de recolocación autorizada y no la propia compañía que acomete el despido colectivo, no queda suficientemente explicada ni en el art. 51 del ET ni en el RD 1483/2021. Lo cierto es que supone un coste adicional para la empresa que redundará en un menor margen para atender a los requerimientos económicos de la parte social durante el desarrollo del período de consultas³¹⁹.

Según establece el art. 31.2 del RD Leg 3/2015, de 23 de octubre, por la que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, dentro de la intermediación laboral, este tipo de empresas son agencias de colocación especializadas en la actividad de recolocación de las personas trabajadoras que resultan excedentes en procesos de reestructuración empresarial, cuando esta medida ha sido establecida o acordada con las personas trabajadoras o sus representantes en los correspondientes planes sociales o programas de recolocación.

Para el desarrollo de esta actividad, la agencia de colocación debe presentar una declaración responsable al Servicio Público de Empleo, en virtud de la reforma que en esta materia lleva a cabo el RDL 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes, para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. Previamente, se precisaba de una autorización cuyos requisitos figuraban detallados en el art. 9 del RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulaban las agencias de colocación. La solicitud debe identificar al solicitante, precisar la denominación que va a tener, señalar el domicilio

³¹⁹ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *El nuevo reglamento de los despidos colectivos. Estudio del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada*, Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pág. 29.

social, el número de identificación fiscal, el código de cuenta de cotización a la Seguridad Social y la ubicación de los centros de trabajo donde desempeñará su actividad. Junto con los requisitos propios de toda instancia de solicitud, de manera más particularizada, se debe acompañar una memoria del proyecto técnico de la agencia de colocación con aspectos como las actividades a desarrollar, las previsiones de dotación del personal o los sistemas informáticos que usará, teniendo en cuenta que deben ser compatibles con los de los servicios públicos de empleo. También se ha de acompañar una declaración responsable respecto al cumplimiento de sus obligaciones fiscales y frente a la Seguridad Social o sobre su inscripción en el registro correspondiente y que no se encuentre incurso en ninguna causa que le prohíba contratar con la administración.

Admitiendo la iniciativa privada en este tipo de procesos con el ánimo de lucro dando cabida a las agencias de colocación y a las empresas de trabajo temporal, se constata un proceso en el que, en materia de intermediación, se ha pasado del método tradicional de gestión estatal del mercado de trabajo a un modelo descentralizado a nivel territorial y basado en la colaboración de la administración pública con el sector privado.³²⁰ Es decir, una vez que se detecta las dificultades en la colocación de los servicios públicos de empleo, las disfunciones del mercado de trabajo y los altos niveles de desempleo que ocasiona la crisis financiera de 2008, siguiendo las tendencias internacionales y de la Unión Europea favorables a la admisión de las agencias privadas de colocación de carácter lucrativo, son admitidas también en nuestro modelo de relaciones laborales con los cambios legislativos, suscribiendo los oportunos convenios de colaboración³²¹.

³²⁰ GARCÍA ROMERO, M^a. B., “Las empresas de trabajo temporal como agencias globales de empleo”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2014, págs. 14 y 15.

³²¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El nuevo régimen de las agencias privadas de recolocación”, *Relaciones Laborales*, núm. 3/2011, pág. 3.

Como señala el art. 33 del RD Leg 3/2015 y desarrolla con mayor detalle el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, que regula las agencias de colocación, incluyendo las que actúan como empresas de recolocación³²², este tipo de empresas deben:

- Garantizar a las personas trabajadoras la gratuidad por la prestación de servicios, tanto de intermediación laboral como de otras actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo.
- Garantizar, en su ámbito de actuación, los principios de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo, en los términos establecidos en el artículo 16.2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el 22 bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre. Esta ley está derogada. Busca la correspondencia el RD Leg 3/2015.
- Garantizar el respeto a la intimidad y dignidad de las personas trabajadoras en el tratamiento de sus datos, sometiendo la actuación en esta materia a la normativa aplicable de protección de datos de carácter personal.
- No subcontratar con terceros la realización de la actividad objeto de la autorización concedida, salvo que se trate de otras agencias de colocación autorizadas.
- Elaborar y ejecutar planes específicos para la colocación de personas desempleadas integrantes de los colectivos prioritarios mencionados en el artículo 26 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, en coordinación con los Servicios Públicos de Empleo y en el marco de la planificación general que se establezca en el Sistema Nacional de Empleo. Esta ley está derogada. Busca la correspondencia el RD Leg 3/2015.

³²² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El nuevo régimen de las agencias privadas de recolocación”, cit., núm. 3, 2011, pág. 6.

- Cumplir con la normativa vigente en materia laboral y de Seguridad Social.
- Cumplir con las normas sobre accesibilidad universal de las personas con discapacidad.
- Velar por la correcta relación entre las características de los puestos de trabajo ofertados y el perfil académico y/o profesional requerido.
- Estar sujeta a las actuaciones del control e inspección que lleven a cabo los servicios públicos de empleo de acuerdo con la normativa de referencia, así como a la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y otros órganos de control.
- Hacer constar en el desarrollo de las actividades como agencia de colocación, en los términos que se indiquen por el servicio público de empleo que concede la autorización, la condición de autorizada y número de autorización en todo lugar donde figure su nombre.
- Disponer de sistemas informáticos compatibles y complementarios con el Sistema de Información de los Servicios Públicos de Empleo, con el fin de que el suministro de información sobre demandas y ofertas de empleo, así como del resto de actividades realizadas como agencias de colocación autorizadas, se realice, al menos, con periodicidad mensual y exclusivamente por medios electrónicos, de conformidad, esto último, con lo establecido en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.
- Presentar con periodicidad anual, y dentro del primer trimestre de cada ejercicio, una Memoria de las actividades desarrolladas durante el ejercicio anterior, conteniendo, al menos, información relativa a los indicadores de eficacia contenidos en la DA primera, así como información sobre su actividad económica como agencia de colocación.

- Llevar una contabilidad separada con arreglo a la normativa establecida en esta materia para todos los gastos e ingresos derivados de su actividad.

El completo y actualizado régimen jurídico de las agencias de colocación establece de forma más imprecisa cuál será el papel de control por parte de la Inspección de Trabajo y qué actividad de fiscalización o control pueden realizar los servicios públicos de empleo. En todo caso, cuando su actividad se desarrolle mediante un convenio de colaboración con dichos servicios públicos, es esperable que dicho convenio sí que incluya los mecanismos de seguimiento y evaluación de las acciones objeto del convenio³²³.

Cuando el despido colectivo es acometido por una entidad que integra el sector público, el art. 45 del RD 1483/2012 precisa que el plan de recolocación será elaborado por el SEPE si las personas afectadas pertenecen a la Administración General del Estado u organismos o entidades que dependan de ella y, en los demás casos, a los Servicios Públicos de Empleo de las correspondientes Comunidades Autónomas. En este caso, no se acude a agencias privadas de colocación para elaborar el plan de recolocación, tampoco se asume el coste de la ejecución de dicho plan, sino que se recibe de un servicio público. A mayor abundamiento, el plan no se presenta al inicio del período de consultas, sino al final del mismo, sin que –por tanto- sea posible negociar su contenido y alcance por la parte social. Este tipo de factores ha determinado que se afirme la existencia de una diferencia de trato poco justificable³²⁴.

2.3.3. Las personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo

Aunque no es objeto de esta tesis analizar el régimen general del despido colectivo, conviene recordar brevemente que, respecto al número de personas afectadas, no se debe estar solo al número de trabajadores afectados en el momento en el que se lleva a cabo la

³²³ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El nuevo régimen de las agencias privadas de recolocación”, cit., pág. 9.

³²⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “El procedimiento de despido colectivo en la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, núm. 7/8, 2013, pág. 17.

solicitud del despido colectivo, también suman las extinciones de aquellas personas trabajadoras cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo, en virtud de 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 dentro de los noventa días inmediatamente anteriores al inicio del despido colectivo, teniendo en cuenta que la Disposición transitoria única matiza que esta regla será aplicable a partir de la entrada en vigor del RD 1483/2012.

2.4.Dinámica

El plan de recolocación debe ser sometido al análisis de la comisión negociadora desde el principio del período de consultas. Por ello, el art. 9 del RD 1483/2012, complementa lo dispuesto por el art. 51.2 del ET y el art. 3 del RD 1483/2012, cuando dispone, que: “De acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, las empresas que lleven a cabo un despido colectivo de más de cincuenta trabajadores deberán incluir en todo caso en la documentación que acompaña la comunicación al inicio del procedimiento, un plan de recolocación externa para los trabajadores afectados por el despido colectivo, a través de empresas de recolocación autorizadas”.

El plan debe contar con un período de ejecución no inferior a los seis meses con las acciones de intermediación, orientación profesional, formación y atención personalizada que han sido expuestas anteriormente. Siendo también consciente en este punto el legislador de la difícil empleabilidad de las personas trabajadoras maduras, el plan de recolocación tendrá una especial extensión e intensidad para las personas de mayor edad (art. 9.2 del RD 1483/2012).

El contenido del plan de recolocación puede ser concretado o ampliado a lo largo del período de consultas (art. 9.4 del RD 1483/2012)³²⁵, a este respecto puede ser consultada

³²⁵ La presentación de un borrador o un modelo de plan de recolocación genérico al inicio del período de consultas no determina la nulidad del despido colectivo, siempre que, al menos, reúna los contenidos esenciales, STSJ Valencia 3 de marzo de 2015 (recurso 178/2015).

la empresa encargada de asumir el plan para aclarar todas las cuestiones relativas al desarrollo del plan y a las concretas actuaciones que tiene previstas llevar a cabo.

La autoridad laboral podrá hacer propuestas y recomendaciones sobre el contenido e implantación del plan de recolocación externa junto a las medidas sociales, teniendo en cuenta la situación económica de la empresa (art. 10.2 del RD 1483/2012). En la práctica estas propuestas están enfocadas a dotar de mayor cobertura, alcance y extensión a las medidas sociales que debe incorporar la empresa conforme al art. 8 del RD 1483/2012, valorando la capacidad económica que pueda tener la empresa que lleva a cabo el despido colectivo.

A tenor de lo que establece el art. 9.4 del RD 1483/2012, al finalizar el período de consultas, tanto si finaliza o no con acuerdo, se debe presentar la redacción definitiva. La última versión del plan puede ser similar a la que fue presentada inicialmente al inicio del período de consultas, o bien incorporar las modificaciones y propuestas que hayan sido comentadas durante la negociación con la representación legal de las personas trabajadoras. La modificación del plan procedería no solo cuando el período de consultas finaliza con acuerdo, sino que también puede ser llevada a cabo directamente por la empresa cuando no es posible un acuerdo entre la parte social y la económica. A este respecto, puede recoger las sugerencias o mejoras que hayan sido planteadas durante la negociación, lo que incluso puede revelar que la negociación se ha desarrollado de buena fe, aunque finalizase sin acuerdo.

Con la finalización del período de consultas, la empresa debe comunicar a la autoridad laboral competente el resultado del mismo dentro del plazo de caducidad de quince días con el que cuenta para hacer uso del despido colectivo (art. 12.4 del RD 1483/2012). Además de confirmar o actualizar la información sobre las causas del despido, el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, la fecha prevista para acometer los despidos o los criterios designación que han sido tomados en consideración (art. 3.1. del RD 1483/2012), también debe hacer referencia a las medidas sociales de acompañamiento que se hubieran acordado (o que ofrece la empresa pese a finalizar el

período de consultas sin acuerdo), y el plan de recolocación externa (art. 12.2 del RD 1483/2012).

Dentro de las materias que serán revisadas por la Inspección de Trabajo en su informe sobre el despido colectivo promovido por la empresa, se encuentra expresamente el plan de recolocación. Así, el art. 11.7 del RD 1483/2012 dispone que el inspector actuante tendrá que informar sobre el contenido de las medidas sociales de acompañamiento que se haya podido prever, y en particular que las empresas obligadas a realizar el plan de recolocación van a aplicarlo conforme a los requisitos que señala el art. 9 del RD 1483/2012. Dentro de la noción de “empresa obligada a ello”, no solo cabe aludir a las empresas que afectan a más de cincuenta personas trabajadoras y no están en situación de insolvencia, sino que también procedería para las empresas que han incorporado el plan de recolocación como una de las medidas para atenuar los efectos del despido colectivo (art. 8.2 del RD 1483/2012), y ello porque este plan de recolocación “voluntario” debe reunir los mismos requisitos que el que se contempla para el primer tipo de empresa, al señalarlo así la norma. No obstante lo anterior, si son varias las medidas que entran en juego para atenuar los efectos del despido y no solo el plan de recolocación, la empresa que cuente con menos de cincuenta personas trabajadoras puede ofertar el plan de 3

<recolocación si se alcanza un acuerdo y no llevarlo a cabo si finaliza el período de consultas sin el consenso de los representantes legales³²⁶.

Hasta cierto punto, sin superar las líneas rojas que marca la negociación de buena fe y las exigencias que impone la normativa aplicable, dentro del juego de propuestas que pueden ser planteadas en el período de consultas, en las empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores, sería posible que la empresa ofertase un aumento de la indemnización legal por la extinción del contrato o asumir el coste de un plan de recolocación³²⁷.

³²⁶ STS 25 de septiembre de 2013 (recurso 3/2013).

³²⁷ STSJ Madrid 30 de junio de 2017 (recurso 878/2016).

En el caso del despido colectivo del sector público (art. 45 del RD 1483/2012), el Departamento, Consejería, Entidad local, organismo o entidad deberá presentar, al finalizar el período de consultas, el plan de recolocación externa que hubiera sido elaborado conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, debiendo presentar, al inicio del mismo, la justificación acreditativa de haberse dirigido al correspondiente Servicio Público de Empleo, instando su elaboración y contenido previsto para el mismo que será aportado en el momento de la finalización. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre en los despidos colectivos de la empresa privada, el plan de recolocación se hurta del debate durante el período de consultas³²⁸.

Aunque la lógica no haría necesario aludir expresamente a ello, la obligación legal que establecen tanto el ET como el RD 1483/2012, se refiere a la implantación del plan de recolocación, pero resulta evidente que la obligación no consiste en la recolocación “obligatoria” de todas las personas que acepten formar parte del mismo³²⁹.

2.5. Consecuencias del incumplimiento

Si la empresa que lleva a cabo el despido colectivo no contrata con la empresa debidamente autorizada el plan de recolocación, las personas trabajadoras podrán reclamar su cumplimiento ante la jurisdicción social, según establece el art. 15.3 del RD 1483/2012, siendo una manifestación del derecho reconocido a la parte social para ejercitar de manera individual las acciones derivadas de su contrato de trabajo (art. 4.2 g) del ET). Esta acción procedería, tanto si la empresa reúne los requisitos del art. 51.10 ET, en aplicación de lo que dispone el art. 9 del RD 1483/2012, como si el plan de recolocación es una de las medidas para atenuar las consecuencias del despido colectivo

³²⁸ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Particularidades del procedimiento de despido colectivo en las administraciones públicas”, en ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M. (coords.), *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, págs. 309-310.

³²⁹ STSJ Valencia 18 de junio de 2008 (recurso 3416/2007).

en las personas trabajadoras incluidas en el despido colectivo según el art. 8.2 b) del RD 1483/2012, cuando la plantilla afectada es inferior a cincuenta personas.

Pero las consecuencias no acaban ahí: este incumplimiento es tipificado como una infracción muy grave de la LISOS; concretamente, figura expresamente tipificada en su artículo 8.14, conllevando una sanción que puede oscilar de los 7.501 a los 220.018 euros, según la graduación establecida por la Inspección de Trabajo. En este caso, resulta muy clara la afectación a las empresas que cuentan con más de cincuenta personas afectadas, al operar la obligación *ope legis* en función de lo que establece el art. 51.10 del ET en conexión directa con el art. 9 del RD 1483/2012. Más dudas plantea la tipificación de esta sanción cuando la empresa que acomete el despido afecta a menos de cincuenta personas y el plan de recolocación es una de las medidas para atenuar los efectos del despido colectivo, toda vez que el art. 8.14 LISOS alude únicamente al art. 51.10 del ET.

En tercer lugar, dentro del proceso para la impugnación de despidos colectivos regulado en el art. 124 de la LRJS, la ausencia de entrega de la documentación establecida en el art. 51.2 del ET para el desarrollo del período de consultas (dentro de la cual se incluye el plan de recolocación) es uno de los motivos sobre los que puede sustentarse la demanda.

En este punto, caben dos interpretaciones. Por un lado, al no figurar incluido el plan dentro de la documentación que da contenido al período de consultas, la decisión extintiva puede ser declarada nula por este motivo (art. 124.11 de la LRJS), lo que determinará el derecho de las personas trabajadoras afectadas a la reincorporación a su puesto de trabajo (art. 123.2 y 3 del LRJS). Conviene advertir que, en este supuesto, el legislador habla de incumplir la entrega del plan de recolocación, aunque la empresa haya suscrito el contrato con la empresa especializada. No obstante, la consecuencia jurídica es la nulidad de la decisión, toda vez que el período de consultas no ha podido ser desarrollado con los requisitos necesarios. A mayor abundamiento, es posible argumentar que la consecuencia de la nulidad procedería tanto en el supuesto de que el plan de recolocación derivase del art. 9 del RD 1483/2012, como del 8.2 b) del RD 1483/2012, dentro de las medidas para

atenuar los efectos, ya que el contenido del plan de recolocación debe ser analizado y discutido desde el principio del período de consultas, por la remisión que hace el citado artículo al 9 del RD 1483/2012 sobre el momento en el que debe ser propuesto el plan de recolocación, todo ello en conexión con los arts. 3 del RD 1483/2012 y 51.2 del ET, sobre la documentación e información necesarias para el inicio del período de consultas.

No obstante, es posible que (sin perjuicio de exigir su cumplimiento) la ausencia del plan de recolocación no invalide el despido colectivo y, ante todo, no conlleve la nulidad del proceso. En favor de esta interpretación, se parte de la propia literalidad del art. 51.10 del ET, cuando señala que “sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior y de las responsabilidades administrativas correspondientes, el incumplimiento de la obligación establecida en este apartado o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario, podrá dar lugar a la reclamación de su cumplimiento por parte de los trabajadores”. En efecto, el legislador habla de la sanción que puede imponer la Inspección de Trabajo, de la exigencia de su cumplimiento, pero no alude expresamente a que sea uno de los motivos que determine su nulidad³³⁰.

2.6.Propuesta para una reformulación de las medidas sociales en el despido colectivo

Con la entrada en vigor del RD 1483/2012 el plan social de acompañamiento, propiamente dicho, desapareció como tal, quedando diluido en una serie de medidas sociales que debían ser asumidas, de una forma u otra, por todas las empresas que acometiesen un despido colectivo. De esta forma, la medida cualificada que seguía siendo de aplicación para las empresas a partir de un volumen medio (cincuenta trabajadores) pasó a ser el plan de recolocación.

Aunque con la modificación el legislador buscaba generalizar el establecimiento de medidas sociales adaptadas a las concretas particularidades de cada despido colectivo, lo cierto es que la práctica revela que las únicas medidas sociales que se han consolidado se

³³⁰ STSJ Castilla-La Mancha 16 de abril de 2013 (recurso 19/2013), mantiene esta interpretación, aunque declara la nulidad del despido colectivo al considerar que el acuerdo que ponía fin al período de consultas fue alcanzado en fraude de ley.

centran en mejorar el tramo indemnizatorio de las compensaciones por despido. Por ello, se propone la recuperación de la figura del plan de acompañamiento social, lo que pueden reforzar la implementación de medidas sociales más allá de la simple mejora del sistema de cálculo de las indemnizaciones por despido.

La idea anteriormente expuesta no implica que el plan de recolocación deba de perder su singularidad y el espacio propio. Muy al contrario, sería deseable que la regulación del mismo resultase mucho más detallada. Así, en consonancia con la premisa de sistematizar todas estas obligaciones, y conforme a lo indicado en la parte dedicada a la prioridad de permanencia, la regulación del RD 1483/2012 respecto al plan debería ser mucho más detallada, entrando a precisar sobre la necesidad de que las medidas de recolocación dispensaran un tratamiento mucho más particularizado a los colectivos vulnerables, entre los que destacamos a las personas de edad. Esta concreción no representaría un tratamiento privilegiado, sino que se corresponde con la innegable realidad de que la mayoría de las personas afectadas en los procesos de reestructuración son personas maduras. Pese a ello, el itinerario formativo o de acompañamiento es general, precisamente cuando este grupo precisa de un trato mucho más particular habida cuenta su difícil empleabilidad.

CAPÍTULO V

**LA PREJUBILACIÓN COMO OBLIGACIÓN
DERIVADA DEL DESPIDO COLECTIVO**

1. LA PREJUBILACIÓN COLECTIVA

1.1 Concepto de prejubilación

Hasta ahora, se ha expuesto el régimen jurídico aplicable a las distintas obligaciones que, por mandato legal, contrae la empresa cuando decide incluir en el despido colectivo a personas trabajadoras mayores de cierta edad o de “edad madura”. No obstante, un estudio sobre la materia en que se centra esta investigación no quedaría abordado de manera completa si no se entrase a analizar también el fenómeno de la prejubilación. Desde este punto de vista, se trata de una obligación a cargo de las empresas que se encuentra (en este caso) en un “segundo nivel”, ya que no viene impuesto por una disposición legal, sino de la implementación de lo que puede establecer el convenio colectivo o el acuerdo alcanzado “ad hoc” por los sujetos legitimados dentro del período de consultas.

En efecto, el recurso a las prejubilaciones de las personas maduras afectadas por una reestructuración colectiva, con todas las particularidades que reviste y las muy diversas variantes que puede adoptar, no deriva de una imposición legal propiamente dicha, sino que (como será expuesto seguidamente y sin que represente un listado tasado) puede traer causa de:

- Lo establecido en un convenio colectivo.
- El acuerdo alcanzado durante el período de consultas del despido colectivo.
- El acuerdo con los representantes de las personas trabajadoras como parte de un proceso de reconversión.
- El acuerdo individual de la persona trabajadora con la compañía.

Pese a encontrarse en un escalón inferior en la escala de obligaciones, su exigibilidad, una vez adquirido el compromiso, no es menor. Es más, la relevancia y notoriedad de las prejubilaciones en la práctica resulta absolutamente indiscutible, llegando a eclipsar otras obligaciones empresariales que sí se encuentran expresamente

previstas en la ley. En efecto, las grandes reestructuraciones derivadas de la reconversión de empresa o sectores en nuestro país siempre han puesto mayoritariamente el foco en las personas trabajadoras de mayor de edad, apostando por transiciones hasta la jubilación de carácter pasivo basadas en ayudas económicas, subsidios y rentas, frente al apoyo para el reciclaje, la movilidad o el autoempleo a fin de prolongar la vida activa y la contribución al sistema. En los procesos de reestructuración empresarial existe una convergencia de intereses entre la empresa y la persona trabajadora de edad madura, que se traduce en que sea el colectivo más afectado y en que no se vea alterada la paz social por los incentivos que suelen acompañar a este tipo de operaciones³³¹. A lo manifestado, se suma que la persona de edad se ve compelida a aceptar la prejubilación porque la alternativa que se le ofrece es de una mayor inseguridad en el empleo, estancamiento o retroceso profesional, movilidad o modificación de las condiciones de trabajo. Además, acepta esta opción porque se rodea de una serie de incentivos que se centran en la idea de hacer arrastrar a su destinatario los menores perjuicios económicos sociales³³².

La prejubilación podría ser definida como “la situación de hecho y de derecho en que queda un trabajador por razón de su edad, próxima a la jubilación, desde el momento en que se extingue su contrato de trabajo hasta que percibe una pensión de jubilación del sistema de Seguridad Social, ya sea anticipada u ordinaria”. Por ello se trataría de “una situación puente que une el cese definitivo en la actividad laboral de un trabajador con el acceso a la jubilación³³³”. Representa, por tanto, “un estado de necesidad próximo al originado por el desempleo y la jubilación³³⁴”.

³³¹ LÓPEZ CUMBRE, L., “La jubilación, entre el derecho y la obligación”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.), *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, cit., pág. 40.

³³² CABEZA PEREIRO, J., “Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos”, en BORRAJO DACRUZ, E. (dir.), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2004, pág. 209.

³³³ CES: *Vida laboral y prejubilaciones*, Colección Informes 2/2000, Madrid, 2000, pág. 49.

³³⁴ LÓPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación*, Cívitas, Madrid, 1998, pág. 85.

Dentro de la vida laboral de una persona trabajadora, la condición de “prejubilado” representa una situación intermedia o una categoría jurídica híbrida: no es desempleada, no es jubilada, tampoco es demandante de empleo, ni inválida, ni enferma³³⁵.

Son muchas las manifestaciones o combinaciones que puede ofrecer, es posible hablar de “prejubilaciones” frente a una única categorización. En efecto, cabría incluir todas las situaciones en las que se encuentra un trabajador tras la pérdida involuntaria de su puesto de trabajo o tras la resolución pactada de su contrato, hasta el momento en el que cabría acceder a la pensión ordinaria de jubilación³³⁶. Puesto que la prejubilación lleva implícita la percepción de una renta, esta definición pueda quedar completada con lo que dispone el Reglamento (CE) núm. 883/2004, de 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, define bajo el término de prestación de prejubilación “todas las prestaciones en metálico, distintas de las prestaciones de desempleo y de las prestaciones anticipadas de vejez, concedidas a partir de una edad determinada, al trabajador que haya reducido, cesado o suspendido sus actividades profesionales hasta la edad en la que pueda acogerse a la pensión de vejez o a la pensión de jubilación anticipada y cuyo disfrute no esté supeditado a la condición de estar a la disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente.”

Precisamente por su importancia en la práctica, llama poderosamente la atención la ausencia de un marco legal propio que pueda dar respuesta a los múltiples interrogantes que lleva asociada su implementación. En efecto, se trata de una figura que sobrevuela en la regulación del despido colectivo, de los planes de pensiones en la jubilación -anticipada

³³⁵ MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R., “El impacto de las jubilaciones anticipadas en el sistema de pensiones”, *Temas Laborales*, núm. 103, 2010, pág. 108.

³³⁶ DESBARAT, S I. y ESTEBAN LEGARRETA, R., “Dispositivos de protección social que incentivan la salida o facilitan las salidas anticipadas: una tendencia persistente en Francia y en España a través de medios diferentes”, en AMAUGER-LATTES, M.C. y ESTEBAN LEGARRETA, R. (dirs.), YSÁS MOLINERO, H., *La protección del empleo de los trabajadores de edad. Una perspectiva franco-española*, Enfoque Laboral, núm. 12, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 213.

o no-, en la sancionadora o en la normativa fiscal, pero a la que el legislador evita referirse expresamente³³⁷.

Por utilizar una expresión anglosajona para exponer de manera gráfica el caso, las prejubilaciones serían “*the elephant in the room*” a la hora de interpretar la finalidad de muchas de las disposiciones legales que acompañan el despido cuando afecta a personas de mayor edad: está ahí, tiene un peso evidente, pero el legislador no las menciona en ninguna disposición. No obstante, cabe afirmar que existe en nuestro sistema una contingencia de prejubilación y existe también una prestación de prejubilación, pese a no estar establecidas expresamente en el ordenamiento³³⁸. De este modo, la protección social de la persona trabajadora prejubilada consiste en la prestación contributiva de desempleo,

³³⁷ Solo en alguna ocasión ha sido posible encontrar una referencia expresa, como ocurrió con el art. 161 bis apartado 2, párrafo segundo de la LGSS de 1994. En materia de jubilación anticipada, el precepto señalaba: “Podrán acceder a la jubilación anticipada, los trabajadores que reúnan los siguientes requisitos: a) Tener cumplidos los sesenta y un años de edad, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el apartado anterior.

b) Encontrarse inscritos en las oficinas de empleo como demandantes de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación.

c) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, se computará como cotizado a la Seguridad Social, el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

d) Que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decide poner fin a la misma. Se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1.

Los requisitos exigidos en los apartados b) y d) no serán exigibles en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social”. *Vid.* MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., “La prejubilación: Aspectos jurídicos, laborales y de Seguridad Social”, en ALMARCHA BARBADO, A. (dir): *Envejecimiento laboral y prejubilación: dilemas y problemas socioeconómicos*, Universidade da Coruña, La Coruña, Servizo de Publicacións, 2010, págs. 173-74.

³³⁸ LÓPEZ CUMBRE, L., “La jubilación, entre el derecho y la obligación”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.), *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., pág. 46.

en el subsidio para personas mayores de 52 años (u otros subsidios análogos a los que pueda tener derecho) y el convenio especial de Seguridad Social³³⁹.

Acercarse a la prejubilación es, además, hacerlo a una figura sumamente heterogénea, pudiendo variar su configuración según las concretas circunstancias de cada caso. Asumiendo las evidentes limitaciones que a la libre disposición de las partes y la irrenunciabilidad de derechos de la persona trabajadora impone el Estatuto de los Trabajadores, resulta de aplicación el art 1.255 del CCiv.

Las diversas legales para que pueda producirse la extinción del contrato (baja voluntaria, despido colectivo, despido objetivo, acuerdo de resolución del contrato por movilidad geográfica o modificación sustancial de las condiciones de trabajo), a priori, puede resultar aplicables para articular una prejubilación. En otras palabras, es posible implementar una prejubilación sin necesidad de que la salida de las personas trabajadoras sea involuntaria, como resultado de un despido. También puede consistir en una medida que no afecte a un conjunto de personas trabajadoras, basándose entonces en el acuerdo individual entre la empresa y la trabajadora o el trabajador que quiere desvincularse mediante este instrumento negociado “a medida”. Actualmente ya aparece descartada la vía de implementar un proceso de prejubilación mediante el art. 45 del ET, es decir, asumir la situación de prejubilación como un supuesto de suspensión de las obligaciones recíprocas de las partes de prestar servicios y retribuir por el trabajo³⁴⁰.

A los efectos de la presente investigación, interesa poner el foco en la prejubilación derivada de un despido colectivo, como una fase ulterior del mismo, consistente en el pago de una cantidad, en concepto de renta o ayuda, que puede ser (o no) compatible con

³³⁹ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, L., “La jubilación como medida de reestructuración empresarial”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.), *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., pág. 1115.

³⁴⁰ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, L., “La jubilación como medida de reestructuración empresarial”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.), *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., pág. 1102.

la percepción de determinadas ayudas públicas, hasta que la persona acceda a alguna de las modalidades de jubilación que su situación como persona desempleada le permita.

Doctrinalmente, esta modalidad de prejubilación a la que se alude ha sido calificada como “programada”³⁴¹, basada en un “plan de prejubilación”³⁴², que representa un contrato de adhesión al que se incorpora la concreta persona trabajadora afectada por el expediente de regulación de empleo, frente a la modalidad individual donde las condiciones son definidas directamente entre la empresa y la persona trabajadora.

Puesto que las cantidades son abonadas en concepto de indemnización, de ayuda o de subvención y no representan una prestación de Seguridad Social regulada en la LGSS, no es posible hablar de que este tipo de prejubilación sea una mejora voluntaria de la Seguridad Social a cargo de la empresa³⁴³, en los términos que establece el art. 238 de la LGSS.

1.2 Marco legal

Tal y como se ha señalado anteriormente, el fenómeno de las prejubilaciones no cuenta con una regulación singularizada en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, durante la segunda mitad del siglo XX han ocupado un lugar muy destacado en los grandes procesos de reconversión industrial de sectores estratégicos, fundamentalmente con la llegada del modelo político aperturista y liberalizador derivado de la Constitución de 1978 y la integración de España en el espacio económico europeo.

Como resultado de las amenazas que se han cernido sobre la sostenibilidad del sistema de pensiones, se producirá un viraje en el que los planes de prejubilación serán considerados -al menos *a priori*- como un recurso excepcional en las reestructuraciones

³⁴¹ LÓPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación*, cit., pág. 96.

³⁴² LÓPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación*, cit., pág. 245.

³⁴³ STS 17 de septiembre de 2014, (recurso 2854/2013).

colectivas, y ello porque la edad se ha considerado como una variable de ajuste del mercado de trabajo³⁴⁴.

Por lo que hace a la primera tendencia a la hora de abordar esta problemática, ya se ha hecho referencia a que (desde principios de los años ochenta) diversas han sido las normas que han regulado las condiciones de las reestructuraciones de los grandes sectores industriales del Estado. Así, el RDL 9/1981, de 5 de junio, sobre medidas para la reconversión industrial³⁴⁵, representaba la inevitable reacción frente a la situación de crisis por la que atravesaban diversos sectores básicos de la industria estatal. La reforma se lleva a cabo, por tanto, con el objetivo de racionalizar y modernizar los procesos productivos. Para tal finalidad, la norma articula medidas de carácter fiscal, financiero y de carácter laboral, que se traducen en beneficios fiscales, incentivos y ayudas crediticias, para los sectores declarados en reconversión.

Atendiendo al último conjunto de medidas, la declaración de un sector en reconversión, flexibilizaba el reconocimiento de la concurrencia de las causas objetivas para acometer una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, un expediente de regulación de empleo temporal, un despido colectivo o un procedimiento de movilidad geográfica (art. 5 del RDL 9/1981). Aún más interesante resultaba la posibilidad de conceder ayudas a la jubilación del sistema de Seguridad Social a favor de personas trabajadoras con más de sesenta años que cesasen en su actividad como consecuencia de estos procesos y no pudieran acceder en ese momento a la jubilación (art. 6.1 del RDL 9/1981). Además, se reconocía expresamente la posibilidad de que las indemnizaciones por cese pudieran ser fraccionadas en mensualidades o anualidades (art. 6.3. del RDL 9/1981). La Disposición Final segunda estableció una vigencia de todas las medidas reguladas en la norma hasta el 31 de diciembre de 1982, sin perjuicio de la duración propia

³⁴⁴ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, L., “La jubilación como medida de reestructuración empresarial”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.), *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., pág. 1100.

³⁴⁵ Posteriormente, desarrollado por la Ley 21/1982, de 9 de junio, sobre reconversión industrial.

de cada una de las actuaciones específicas de los planes de reconversión auspiciados por la norma.

El RDL 8/1983, de 30 de noviembre, de Reconversión y Reindustrialización³⁴⁶, transitaba por la misma senda marcada por el anterior RDL, manteniéndose la necesidad de continuar con los procesos de reestructuración, desarrollando ahora con mayor detalle la batería de medidas que precisaba la declaración de un sector en reconversión. En el ámbito laboral, quedaba reforzado el derecho a que se consultase a la representación legal de las personas trabajadoras (art. 16.2 del RDL 8/1983). Al mismo tiempo, se mantenía la consideración de la reconversión como causa objetiva que habilitaba para acometer la reestructuración laboral (art. 17 del RDL 8/1983) y la posibilidad de abonar de forma fraccionada las indemnizaciones (art. 20 del RDL 8/1983). De forma complementaria, se mejoraba la protección por desempleo y la promoción de la empleabilidad del colectivo de personas trabajadoras afectadas por la reconversión (arts. 21 y 22 del RDL 8/1983). En materia de ayudas para el grupo de mayor edad, se contemplaba la posibilidad de que las normas que regulaban la reconversión de cada concreto sector, asignasen ayudas equivalentes a la jubilación anticipada hasta que el trabajador cumpliera los 65 años, siendo calculadas aplicando a la base reguladora correspondiente a la pensión de jubilación, el porcentaje que se determinase en el correspondiente real decreto de reconversión, según una escala que combinase la edad de los interesados con los períodos de ocupación cotizados, de manera semejante a la que opera en la determinación de la pensión de jubilación anticipada en el RGSS. El importe de esta prestación se complementaba mediante una ayuda especial, de manera que el importe a percibir por la persona beneficiaria pudiera ser superior a la pensión de jubilación que se le hubiere reconocido de tener cumplida la edad general de jubilación (art. 23 del RDL 8/1983).

Las ayudas equivalentes a la jubilación anticipada estaban previstas inicialmente hasta el 31 de diciembre de 1987 conforme a la normativa de reconversión industrial, sin embargo, se mantuvieron a través de previsiones anuales incorporadas a las Leyes de

³⁴⁶ Contenido adoptado por la Ley 27/1984, de 26 de julio, sobre reconversión y reindustrialización.

Presupuestos Generales del Estado, siendo desarrolladas mediante sucesivas órdenes Ministeriales durante la década de los noventa. Estas ayudas tenían un carácter mixto, al financiarse mediante recursos públicos y aportaciones empresariales. El colectivo beneficiado por estas ayudas percibía prestaciones del INEM, tanto a nivel contributivo como asistencial, y un complemento a cargo de la empresa o del conocido como “Fondo de Promoción de Empleo”, en un importe que podía llegar hasta el 80 por 100 de la remuneración bruta media de los seis meses anteriores al cese, revalorizándose el cuarto y quinto año en el mismo porcentaje en que se revisaban los salarios, conforme al convenio colectivo de origen. Mientras percibía las ayudas, la persona trabajadora era considerada en una situación asimilada al alta.

A partir de los sesenta años, tanto las personas trabajadoras acogidas al citado Fondo, como aquellas que contaban con cincuenta y cinco años en la fecha de su salida de la empresa en reconversión, recibían ayudas abonadas por el INSS y los complementos a cargo de la empresa, o en su caso el Fondo de Promoción de Empleo hasta el 75 por 100 de la retribución media. Los referidos complementos eran compatibles con la cotización por contingencias comunes.

Desde el año 1986, las ayudas equivalentes a la jubilación anticipada se amplían también a las personas trabajadoras no sometidas a reconversión industrial, conforme a la previsión de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

En este nuevo contexto institucional, mediante la OM de 5 de diciembre de 1994 se regula la concesión de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social a personas trabajadoras afectadas por procesos de reestructuración de empresas. Para las personas mayores de 60 años, las ayudas podían alcanzar el 75 por 100 de las bases de cotización promedio de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de los seis meses anteriores a la fecha de efectividad de la ayuda, cofinanciándose las ayudas por aportaciones de la empresa, en un 60 por 100 y por la Autoridad Laboral competente en el 40 por 100 restante. Se añadía la posibilidad de que las empresas pudieran acordar complementos adicionales, compatibles con dichas

ayudas, como parte de la negociación del despido colectivo. Durante esta situación, la persona trabajadora era considerada en situación asimilada al alta, encargándose la empresa de la cotización en un 60 por 100 y la Administración en el 40 por 100 restante.

La OM de 1994 fue derogada por el RD 3/2014, de 10 de enero, por el que se establecen las normas especiales para la concesión de ayudas previas a la jubilación ordinaria en el sistema de Seguridad Social, para personas trabajadoras afectadas por procesos de reestructuración de empresas.

Mención singularizada merecen las ayudas previstas para la minería del carbón que regulan el RD 2020/1997, de 26 de diciembre y la OM de 18 de febrero de 1990, regulación que fue posteriormente reemplazada por la Orden ECO/2771/2003. Junto con el establecimiento de ayudas, se mantiene en estos casos también el complemento de cotización a la Seguridad Social.

El tratamiento de las ayudas a favor de las personas trabajadoras afectadas por los procesos de reconversión debe ser puesto en el contexto de los últimos acuerdos de los agentes sociales y de las grandes reformas de Seguridad Social. A este respecto, la Ley 35/2002, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, la que ya se ha hecho referencia en otro capítulo, trae causa del Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito el 9 de abril de 2001, que introduce la premisa de la prolongación de la vida activa y la posibilidad de compatibilizar la jubilación con el trabajo a tiempo parcial. Aunque la normativa especial sobre los sectores en reconversión va a seguir desplegando sus efectos, los nuevos postulados cambiaron completamente el enfoque tradicional de las reestructuraciones colectivas en nuestro país, caracterizadas por la afectación a personas mayores y el fomento de su prejubilación. Frente a ello, los procesos de reconversión quedaron definitivamente sustituidos mediante la figura de la jubilación anticipada ordinaria que

regula la ya citada Ley 35/2002 (y posteriormente en la parte dedicada a esta materia por parte de la Ley 27/2011)³⁴⁷.

La prolongación voluntaria de la edad de jubilación es tratada con mayor decisión en la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, con la que cristaliza el Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006, por los interlocutores sociales que, a su vez, dimana la Declaración para el Diálogo Social firmada el 8 de julio de 2004 y de las prioridades marcadas por el Pacto de Toledo. La visión contraria a incentivar las prejubilaciones queda de manifiesto en la promoción de actuaciones que favorezcan una prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad legal de jubilación, a lo que se suma la constatación de que la expulsión de las personas maduras del mercado de trabajo conlleva todo tipo de consecuencias negativas para las mismas.

La tendencia expuesta quedará confirmada mediante el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones de febrero de 2011, al hilo del Informe de Evaluación y Reforma del Pacto de Toledo del 25 de enero de 2011. Sus planteamientos más relevantes quedan recogidos en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, pensado para favorecer la sostenibilidad del nuestro sistema de pensiones. La referida norma es completada, por lo que al objeto de este trabajo interesa, con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de octubre de 2011, mediante el que se aprueba la Estrategia Global para el Empleo de los Trabajadores de Más Edad 2012-2014 (Estrategia 55 y más). Siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, el envejecimiento activo debe ser impulsado. Por ello, se parte de la convicción de que la jubilación anticipada debe quedar restringida a los trabajadores que contasen con largas carreras de cotización, facilitando -frente a la salida anticipada- la coexistencia entre salario y pensión. Lo apuntado queda además

³⁴⁷ DESBARAT, S I. y ESTEBAN LEGARRETA, R., “Dispositivos de protección social que incentivan la salida o facilitan las salidas anticipadas: una tendencia persistente en Francia y en España a través de medios diferentes”, en AMAUGER-LATTES, M.C. y ESTEBAN LEGARRETA, R. (dirs.), YSÁS MOLINERO, H., *La protección del empleo de los trabajadores de edad. Una perspectiva franco-española*, cit., pág. 231.

inserto en el contexto de la lucha contra la discriminación por razón de edad, ya que adquiere cada vez mayor notoriedad el fenómeno pernicioso del “edadismo” en la sociedad. Como resultado de estas modificaciones en materia de Seguridad Social, el RDL 5/2013, de 5 marzo, procederá a modificar la regulación de la jubilación anticipada por causa no imputable al trabajador (art. 207 LGSS), el envejecimiento activo (art. 214 LGSS) y la jubilación parcial (art. 215 LGSS), sobre las anteriores premisas.

En este contexto, los planes de prejubilación acordados cada vez pasan a ser más restrictivos y menos “generosos” en lo que se refiere a las mejoras sociales³⁴⁸. En línea con lo indicado, recientemente, Gobierno, patronal y sindicatos firmaron el acuerdo en materia de pensiones, el pasado 28 de junio de 2021, donde, entre otras propuestas, se diseñan instrumentos para favorecer el acercamiento voluntario de la edad efectiva con la edad legal de jubilación, se fortalece la estructura de ingresos del sistema y se contempla un nuevo sistema de cotización por ingresos reales, a lo que se suma la mejora de la protección social del colectivo de profesionales autónomos³⁴⁹. También debe ser traído a colación el “Informe de Evaluación y reforma del Pacto de Toledo” de fecha 27 de octubre de 2020 al señalar que debe ser combatida la discriminación por razón de edad en nuestro mercado de trabajo, restringiendo “al máximo” el abandono prematuro de la vida laboral y la protección ante los despidos colectivos que afecten a estas personas, desarrollando políticas de igualdad alineadas con las iniciativas de la Unión Europea, también recomienda un empleo restrictivo de la jubilación anticipada. El referido informe ha propiciado en septiembre de 2021 el “Proyecto de Ley de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones”, que (entre otros contenidos relacionados con esta materia) pretende restringir aún más el recurso de las prejubilaciones.

³⁴⁸ ELORZA GUERRERO, F. “Ley y negociación colectiva sobre jubilación en España”, *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 75, 2015, pág. 288.

³⁴⁹ De este modo, se da desarrollo a lo contemplado en el Componente 30 del “Plan de la Recuperación Transformación y Resiliencia”, dedicado a la “sostenibilidad a largo plazo del sistema público de pensiones en el marco del Pacto de Toledo”, que integra la Palanca X que pone el foco en la modernización del sistema fiscal.

En el ámbito de las ayudas, siguen estando disponibles para las personas afectadas por los procesos de reestructuración de empresas. Por ello, el RD 908/2013, de 22 de noviembre, establece normas especiales para la concesión de ayudas extraordinarias a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas. Este Real Decreto es mucho más restrictivo que su antecesora, la Orden de 5 de abril de 1995, por la que se determinan las ayudas para las personas trabajadoras afectadas por procesos de reconversión y/o reestructuración de empresas³⁵⁰. Para poder ser beneficiario, se debe contar con una antigüedad en la empresa, o en el grupo de sociedades, de al menos dos años (art. 3 RD 908/2013), figurando en situación legal de desempleo en el momento de la concesión de la ayuda. En particular, en aquellos casos en los que en el acuerdo se incluya la constitución de un plan de rentas mediante contratos de seguro colectivo, el Ministerio del ramo puede realizar una aportación al mismo (art. 4 del RD 908/2013).

Para conceder la ayuda, los requisitos que propician el acceso a la misma son ciertamente complejos y laboriosos³⁵¹:

- El plan incluirá la cantidad a la que se comprometa el Ministerio del ramo, la totalidad de la indemnización legal por despido o la pactada en el acuerdo alcanzado en el periodo de consultas del procedimiento de despido colectivo, de ser esta superior, de los trabajadores incluidos en el plan de rentas, y la aportación a la que la empresa se haya comprometido en el citado acuerdo.
- El importe mensual del subsidio establecido en el plan de rentas para cada trabajador no podrá superar el 75 % del promedio de las bases de cotización a los seis meses anteriores al despido, ni el importe de la pensión máxima establecida

³⁵⁰ BLASCO RASERO, C., “La protección de los prejubilados”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015, pág.9.

³⁵¹ *Vid.* FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Nuevas ayudas extraordinarias a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2014.

en el sistema de la Seguridad Social para el año en que tenga lugar dicha efectividad.

- La aportación del Ministerio de Empleo y Seguridad Social al plan de rentas, no podrá superar en su conjunto el 40% del importe total del mismo.
- Solo es posible conceder ayudas para trabajadores cuyos contratos se extingan en el plazo de dos años desde la comunicación a la autoridad laboral del acuerdo alcanzado en el periodo de consultas del procedimiento de despido colectivo.
- El periodo de percepción del subsidio y de la cantidad destinada al pago por el trabajador del convenio especial con la Seguridad Social, será como máximo de seis años para cada trabajador desde el momento del despido.
- No obstante lo anterior, aquellos trabajadores para los que se prevea que transcurrido el plazo anterior tendrán cumplida la edad para acceder a la pensión de jubilación anticipada, pero no tendrán cubierto el periodo mínimo de cotización efectiva exigido, pueden percibir la cantidad destinada al pago por el trabajador del convenio especial con la Seguridad Social hasta el momento en que puedan causar el derecho a la pensión de jubilación anticipada, con un máximo de ocho años desde el momento del despido.
- No está incluida en la subvención, la obligación por parte de la empresa de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial con la Seguridad Social, respecto de los trabajadores de cincuenta y cinco o más años de edad, al que se refiere el artículo 51.9 del ET.
- Tampoco son objeto de subvención las cláusulas de revalorización anual que, en su caso, sean incluidas en el plan de rentas por la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras.
- En caso de concurso de acreedores, es posible conceder directamente a los trabajadores despedidos que no hayan percibido su indemnización, conforme a los

artículos 51 o 52.c) del ET, ayudas de forma conjunta o para una única de las siguientes modalidades: una subvención a tanto alzado que no podrá superar una anualidad del salario del trabajador ni el importe anual de la pensión máxima del sistema de la Seguridad Social, o bien ayudas condicionadas a la suscripción por parte del trabajador del convenio especial con la Seguridad Social y destinadas a su pago, durante el periodo que se establezca, con la posibilidad de llegar hasta los seis años.

- En relación con el punto anterior, las ayudas previstas son compatibles con las prestaciones a que tengan derecho las personas beneficiarias, del Fondo de Garantía Salarial, como consecuencia de la insolvencia de su empresa.

Las ayudas descritas en el Real Decreto no son compatibles con las ayudas extraordinarias que puedan ser acordadas para procesos específicos de reconversión cuando se reconoce una ayuda previa a la jubilación ordinaria en el sistema de la Seguridad Social (art. 8 del RD 908/2013).

Al hilo de lo anterior, también se ha de aludir al RD 3/2014, que actualmente constituye la referencia normativa para esta materia. Este tipo de ayudas se adaptan al régimen jurídico que dispone la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. Fieles a la razón que determinó su establecimiento, las ayudas están destinadas a facilitar la cobertura económica de las personas trabajadoras cercanas a la edad de jubilación para atender a las situaciones de urgencia y necesidad socio-laboral, que permita paliar las consecuencias sociales derivadas de los procesos de reestructuración de empresas que pudieran conllevar el cese total o parcial de las mismas o contribuyan al mantenimiento del empleo (art. 2.1. del RD 3/2014). Las notas más destacadas son:

- Expresamente, las afectaciones derivadas del despido colectivo se encuentran dentro de su ámbito de aplicación [art. 6.2 a) del RD 3/2014], para el reconocimiento de las personas beneficiarias.

- La edad de la persona beneficiaria debe ser inferior, como máximo, en cuatro años, a la que le posibilite acceder a la jubilación, ha de tener cubierto el período de cotización exigido para causar derecho a la misma a la edad legal para el acceso a dicha prestación, acreditar una antigüedad mínima en la empresa o en el grupo de dos años y encontrarse inscrito en las oficinas de empleo como demandante, así como no estar incurso en ninguna causa de incompatibilidad y que no hayan transcurrido más de cuatro años entre la fecha de comunicación del acuerdo alcanzado en el período de consultas a la autoridad laboral y la fecha de acceso de las personas trabajadoras al sistema de ayudas (art.3 del RD 3/2014).
- El importe de la ayuda alcanza inicialmente el 75 por 100 del resultado de dividir entre siete la suma de las bases de cotización de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (excluidas las horas extraordinarias) correspondientes a los seis meses anteriores a la fecha del despido por un período máximo de cuatro años (art. 4 RD del 3/2014). Como es nota común en este tipo de ayudas, la persona trabajadora se encontrará en situación asimilada al alta, con obligación de cotizar para las pensiones que puedan corresponder a la persona trabajadora (art. 5 del RD 3/2014).
- Estas ayudas son incompatibles, además de con las pensiones del sistema de Seguridad Social, con cualquier prestación o subsidio de desempleo, así como con las ayudas que contempla el ya citado RD 908/2013 (art. 8). En cambio, sí se permite la actividad por cuenta ajena a tiempo parcial remunerada, cuando los ingresos no superan el SMI en cómputo anual.
- Las empresas deben contribuir con el 60 por 100, y el 40 por 100 restante irá con cargo al programa de los Presupuestos Generales del Estado, o de la Comunidad Autónoma cuando haya recibido el traspaso de los servicios (art. 12 del RD 3/2014).

1.3 Prejubilaciones y jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora

Prejubilación y jubilación anticipada son dos figuras jurídicas que mantienen una relación muy estrecha entre sí. Se ha llegado a afirmar que “la jubilación anticipada es el destino natural de los trabajadores prejubilados”³⁵². El RDL 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, entre otros contenidos, introducía la posibilidad de que, a partir del 1 de enero de 2002, resultase posible acceder a la jubilación anticipada a partir de los 61 años cuando la salida de la empresa no era voluntaria por parte de la persona trabajadora. Como reverso, poner fin a la vida activa de manera anticipada, conllevaba un peaje económico, mediante la aplicación de diversos porcentajes reductores, más agresivos cuanto menor la edad de la persona solicitante.

Como resultado inmediato, la jubilación anticipada deja de ser una medida transitoria vinculada a los grandes procesos de reestructuración y pasa a ser una herramienta más “normalizada” a disposición del departamento de recursos humanos de cualquier empresa³⁵³. Es decir, la prejubilación se ido privatizando en los últimos años³⁵⁴.

En la actualidad, tras diversos avatares normativos, esta modalidad de jubilación anticipada está regulada en el art. 207 LGSS, marcando distancias con la jubilación anticipada por voluntad del interesado que regula en un régimen mucho menos favorecedor el siguiente artículo de la LGSS. Para poder acceder a la jubilación, además de tener en cuenta la aplicación de los coeficientes reductores, distribuidos en escalas

³⁵² CABEZA PEREIRO, J., “Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos”, en BORRAJO DACRUZ, E. (dir.), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, cit., pág. 228.

³⁵³ CABEZA PEREIRO, J., “Régimen jurídico de la prejubilación: puntos críticos”, en BORRAJO DACRUZ, E. (dir.), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, cit., págs. 208 y 209.

³⁵⁴ MARÍN CORREA, J.M., “La prejubilación: puntos críticos (1)”, *Actualidad Laboral*, núm. 34, ref. XXXII, Tomo 3, La Ley, 2003, pág. 3.

trimestrales, resulta una norma mucho más rigurosa en lo que se refiere a la aplicación de requisitos:

- Tener cumplida una edad inferior en cuatro años, como máximo, a la edad ordinaria de jubilación que resulte aplicable.
- Encontrarse inscrito como demandante de empleo, al menos, los seis meses anteriores a la solicitud de desempleo.
- Acreditar un período mínimo de cotización de 33 años.
- Que la extinción del contrato obedezca a una situación de reestructuración empresarial que impida la continuidad de la relación laboral (mediante la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o la movilidad geográfica por ejemplo). En concreto, el legislador habla del despido colectivo regulado en el art- 51 ET, el despido objetivo al que dedica su regulación el art. 52 ET, la extinción del contrato por concurso de acreedores en el que el Juzgado de lo Mercantil extingue los contratos laborales, la muerte, jubilación o incapacidad del empresario persona física o la extinción del contrato basada en la concurrencia de fuerza mayor.

A fin de evitar el fraude, el citado precepto (en el caso de despido colectivo u objetivo basado en la concurrencia de causas objetivas) llega a detallar la necesidad de que se haya percibido la indemnización y que la persona trabajadora haya impugnado el despido.

Cuando el anticipo de la jubilación deriva de la única voluntad de la persona trabajadora (art. 208 LGSS), solo cabe adelantar la edad en dos años y asumir unos coeficientes reductores mucho más altos que en la modalidad de salida involuntaria.

1.4 Las prejubilaciones en el marco del despido colectivo

Enlazando con las obligaciones a cuenta de la empresa que han sido abordadas hasta ahora, dentro del siempre complejo proceso que implica la tramitación de un despido colectivo (desde que es solicitado hasta que termina su aplicación pasando por las diversas

fases en las que se instrumenta), se ha de poner en contexto el momento en el que el plan de prejubilación puede sumarse a esos deberes empresariales. Mediante las prejubilaciones, se trata de asegurar el tránsito entre el cese definitivo y prematuro de la actividad laboral y la futura pensión de jubilación mediante una serie de complementos al margen del sistema de pensiones de la Seguridad Social, y con independencia del percibo de las prestaciones de desempleo que puedan corresponder por el cese en el trabajo³⁵⁵.

La posibilidad de que la empresa asuma la obligación de adquirir diversos compromisos jurídicamente vinculantes de carácter social y económico, a favor de las personas maduras despedidas, pensadas para favorecer su transición hacia la jubilación, puede tener cabida en tres momentos:

- En primer lugar, puede tener su punto de arranque en la propia comunicación inicial del propósito de realizar un despido colectivo. Ahora bien, este tipo de medidas no estarían expresamente previstas como tales, ni en el art. 51 del ET ni en el art. 8 del RD 1483/2012, cuando hacen referencia a las medidas sociales de acompañamiento. Como se ha expuesto en el capítulo precedente, el precepto en cuestión está referido en primer lugar a actuaciones para evitar o reducir el número de despidos. Cuando las circunstancias que determinan la solicitud del despido colectivo no lo hagan posible, entra en juego el apartado 2 sobre las actuaciones que puede implementar la compañía para atenuar las consecuencias de los despidos en los trabajadores afectados. En este punto, el legislador incluye el reingreso preferente, la recolocación externa, las acciones de formación o reciclaje profesional, la promoción del autoempleo, así como las medidas compensatorias para hacer frente a los gastos de movilidad geográfica o por las diferencias salariales del nuevo empleo que pueda encontrar la persona afectada. Por ello, puesto que el art. 8 del RD 1483/2012, no alude a una lista cerrada de medidas para atenuar las consecuencias, es posible sostener que solo por la vía indirecta

³⁵⁵ CES: *Vida laboral y prejubilaciones*, cit., pág. 50.

sería posible incluir el plan de prejubilación como una medida social de acompañamiento.

- Aunque es frecuente que, en el diseño de la reestructuración, la empresa contemple ya desde el inicio la posibilidad de realizar prejubilaciones, será el período de consultas con la representación de las personas trabajadoras, el trámite adecuado para abordar el diseño del plan de prejubilaciones, como parte del conjunto de actuaciones que pueden ser establecidas para atenuar los efectos del despido colectivo (art. 7 del RD 1483/2012). Puesto que nos encontramos ante una figura que no cuenta con una configuración legal propia o “de mínimos”, las partes serán libres y autónomas para diseñar el plan de prejubilación conforme a las particularidades de las personas afectadas y las condiciones que pueda aceptar la empresa que acomete el despido colectivo. Todo ello quedará reflejado en el acuerdo que ponga fin al período de consultas si es que el mismo finaliza con acuerdo.

- En tercer lugar, tanto si el período de consultas finaliza con acuerdo como sin él, la empresa -en todo caso- debe comunicar la aplicación final de las medidas que integran el despido colectivo en el plazo de quince días desde que finaliza el período de consultas (art. 12 del RD 1483/2012). Si se alcanza un acuerdo, el empresario tendrá que remitir copia íntegra del mismo, una parte del cual podrá ser el plan de prejubilación. Si no es posible finalizar las consultas con acuerdo, la empresa comunicará, en todo caso, la decisión tanto a la autoridad laboral como a los representantes de las personas trabajadoras, con la posibilidad de actualizar la información contenida al inicio del período de consultas (art. 3.1. del RD 1483/2012); además se debe ofrecer la información definitiva sobre las medidas sociales de acompañamiento que van a ser implementadas (art. 3.2. del RD 1483/2012), “que se hubieran acordado u ofrecido por la empresa”. Es decir, la empresa puede ofrecer un plan de prejubilación tomando el testigo de las negociaciones y propuestas planteadas durante el desarrollo del período de consultas, tanto si alcanza un acuerdo como si no lo logra. A este respecto, es

posible sostener que la regulación del despido colectivo permite al empresario no encontrarse encorsetado en el planteamiento inicial que del despido colectivo ofrece el primer día de inicio del período de consultas, sino que puede incorporar diversas medidas para suavizar los efectos del despido colectivo, aunque no sea posible alcanzar un acuerdo. De este modo, dentro de este conjunto de medidas sociales que la empresa puede aplicar unilateralmente y que pueden pasar, por ejemplo, por reducir el número de afectados, mejorar el importe indemnizatorio de la indemnización legal de despido, la recolocación en otras compañías en caso de grupo de empresas o el derecho de reincorporación preferente, en los términos que han sido descritos anteriormente, también estaría el diseño de un plan de prejubilación que beneficiase el tránsito hacia la jubilación de las trabajadoras y los trabajadores más mayores.

En la práctica, el segundo supuesto acostumbra a ser el más frecuente, como parte de un acuerdo que ponga fin al período de consultas. Mucha menor es la incidencia de aquellos casos en los que, pese a que no se alcance un acuerdo, la empresa decida acometer el coste de este tipo de medidas de manera unilateral sin que exista obligación legal para ello. Cabe llamar la atención sobre el hecho de que la situación es distinta a la que presentan las obligaciones consistentes en la aportación al Tesoro Público y la suscripción de un convenio especial de Seguridad Social hasta que la persona trabajadora afectada cumpla los sesenta y uno o los sesenta y tres años (según el caso, puesto que se trata de obligaciones impuestas “ex lege” y, en consecuencia, exigibles tanto si el período de consultas finaliza de manera fructífera o no.

Como nota común a todos los casos que han sido indicados, es preciso advertir que nos encontramos ante un contrato de adhesión de carácter voluntario³⁵⁶. Aunque parezca contradictorio en sí misma esta expresión, el plan de prejubilación reúne estas dos notas:

³⁵⁶ LOPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación*, cit., pág. 245.

- Por un lado, contiene todos los elementos de un contrato de adhesión, bien cuando el empresario solicita el expediente de regulación de empleo, bien es negociado por la representación de las personas trabajadoras durante el período de consultas, o bien forma parte de la aplicación que el empresario comunica a la representación de las personas trabajadoras y a la autoridad laboral cuando finaliza el período de consultas. En consecuencia, la persona afectada por el despido colectivo, y que potencialmente puede acogerse al plan de prejubilación, se encuentra ante un instrumento jurídico “cerrado” frente al que no existe posibilidad de modificar sus términos o añadir nuevos compromisos en una segunda vuelta.
- Pero, al mismo tiempo, el plan es voluntario puesto que la trabajadora o el trabajador que forme parte del colectivo de personas afectadas por el despido colectivo puede acogerse al plan o no. En consecuencia, es una medida social “atípica” que se ofrece pero que es renunciable, como ocurre también con el convenio especial de Seguridad Social.

Asumiendo la necesidad de que la empresa alegue una causa objetiva, dentro de las establecidas en el art. 51 del ET, se ha cuestionado qué causa podría ser alegada cuando se acomete una reestructuración que quiere rejuvenecer a la plantilla de la empresa, pero no deriva de una situación económica negativa. En ese caso, se ha sostenido la posibilidad de invocar la concurrencia de causas organizativas³⁵⁷, bajo la premisa de propiciar un sistema de trabajo mucho más competitivo y productivo.

Resulta de gran importancia distinguir si la extinción del contrato no solo se inserta en una reestructuración empresarial, que puede abarcar diversas medidas, sino que también quede encuadrada dentro del despido colectivo.

En efecto, de manera paralela al despido colectivo, las personas de edad pueden abandonar la empresa mediante una fórmula singularizada que no se basa en el despido

³⁵⁷ SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. y GIL Y GIL, L., “La jubilación como medida de reestructuración empresarial”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.), *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., pág. 1111.

colectivo regulado en el art. 51 del ET, sino en el art. 49.1.a)³⁵⁸ de dicho texto, es decir, por mutuo acuerdo de las partes. Las importantes consecuencias de esta segunda fórmula son más que evidentes: no solo no se accede a la prestación por desempleo, sino que la jubilación anticipada es considerada como basada en la voluntad del trabajador. Por ello, se aplican los coeficientes reductores de esta segunda modalidad mucho más perjudicial para los intereses de la persona trabajadora³⁵⁹. Es decir, la adhesión voluntaria a una oferta de prejubilación pactada entre la empresa y la representación legal de los trabajadores podría ser considerada como una extinción voluntaria, al igual que la solicitud de jubilación anticipada³⁶⁰. En tal caso, la persona trabajadora solo podía depender de las cantidades pactadas con la empresa y con la solicitud de jubilación anticipada conforme a la modalidad que hoy regula el art. 208 LGSS. No obstante, la STS 24 de octubre 2006³⁶¹, arrojó luz sobre esta situación precisando que la voluntad de unirse al plan por parte de la persona trabajadora podía ser voluntaria, pero el cese no. En otras palabras, se podía acceder a la prestación por desempleo, al tratamiento fiscal de la indemnización como tal (siempre que no excediese los límites legales) y a la futura solicitud de la jubilación como un supuesto de salida involuntaria³⁶².

³⁵⁸ VALVERDE ASENCIO, A.J., “La calificación y efectos del pacto de prejubilación en supuestos de regulación de empleo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo), de 16 de julio de 2008”, *Temas Laborales*, núm. 99, 2009, pág. 323.

³⁵⁹ LÓPEZ CUMBRE, L., “La jubilación, entre el derecho y la obligación”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.), *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., pág. 41 y GALA DURÁN, C., “Comentario de la STS 30 de enero de 2006 (Recurso núm. 5320/2004): Acuerdos de prejubilación, “involuntariedad” en el cese y determinación de los coeficientes reductores aplicables en el caso de la jubilación anticipada”, *IUSLabor*, núm. 3/2006, pág. 2 (<https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/57958>, [última consulta: 13 de octubre de 2021]).

³⁶⁰ BADIOLA SÁNCHEZ, M., “Despido colectivo y jubilación”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.), *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., pág. 1484.

³⁶¹ Recurso 4443/2004.

³⁶² FLORES ALCÁZAR, J., “Voluntariedad en la extinción del contrato de trabajo al acogerse el trabajador a una oferta de prejubilación”, en AA.VV., *Jornadas doctorales de la Universidad de Murcia*, Editum, Murcia, 2019, pág. 333. No obstante, el Alto Tribunal no siempre había mantenido este criterio, entendiendo que (pese a insertarse en un despido colectivo) la aceptación voluntaria al plan de prejubilación que ofrecía la empresa implicaba una salida de mutuo acuerdo. Las consecuencias, a la hora de determinar los coeficientes reductores que gravaban la jubilación anticipada, ya han sido indicadas, con la particularidad añadida de que el problema surgía años más tarde cuando este tipo de jubilación era solicitada, *vid.* GARCÍA MUÑOZ,

1.5 Modalidades

En este apartado resulta oportuno analizar las modalidades que puede presentar el plan de prejubilación que, en su caso, puede implementar la empresa. No obstante, habida cuenta la heterogeneidad de esta figura y las múltiples manifestaciones que puede adoptar, la atención está puesta ante todo en el plan de prejubilación basado en la aportación de una renta o ayuda una vez que la persona trabajadora abandona la empresa por su afectación por el despido colectivo y percibe la misma hasta que solicita su jubilación (voluntaria u ordinaria).

Esta renta representa una mejora de las prestaciones de Seguridad Social, de carácter directo, de carácter voluntario, de carácter privado (ya que no sustituyen a las prestaciones públicas), que no computan en la base de cotización³⁶³ (a este respecto, son abonadas cuando la persona trabajadora ya ha abandonado la empresa por alguna de las modalidades de extinción del contrato de trabajo).

Como ha sido descrito anteriormente, las particularidades de la empresa, de las personas maduras afectadas o de la concreta concurrencia de las causas objetivas que hayan sido alegadas por la empresa, determinarán el modelo final, admitiendo incluso la posibilidad de que existan figuras híbridas³⁶⁴.

Asumiendo lo anterior, en este punto es inevitable mencionar los conocidos como “premios por jubilación” que establecen los convenios colectivos, todo un lugar común en los mismos, ya que los pactos colectivos hacen referencia a las cantidades que pueden ser abonadas como consecuencia de la salida de las personas trabajadoras de mayor edad que cuentan con una cierta antigüedad en la empresa (requisito que es establecido de

M., “El acogimiento voluntario a un plan de prejubilación autorizado por la autoridad laboral: ¿extinción por despido colectivo o por mutuo acuerdo de las partes?”, *Temas Laborales*, núm. 84, 2006, pág. 219.

³⁶³ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., “El carácter salarial o extrasalarial de la cotización por jubilación en los planes de pensiones”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.), *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., págs. 2166 y 2167.

³⁶⁴ Sobre las distintas manifestaciones del plan de prejubilación, *vid.* ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.), *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, cit., págs. 267-274.

manera adicional en muchas ocasiones y puede oscilar entre los 10-15 años). La cantidad, según el importe negociado por los interlocutores sociales, consiste en la mayoría de los casos en cantidades a tanto alzado, días de vacaciones o el pago de mensualidades a favor de personas que cuentan con sesenta o más años según una escala que establecen los propios pactos colectivos.

La concesión de dichos premios está relacionada con la solicitud por parte de la persona trabajadora de la jubilación anticipada³⁶⁵, para que sea extinguido el contrato de trabajo. No obstante, algunos convenios colectivos, al regular este premio, dejan abierta la posibilidad de que el contrato se extinga por causa distinta a la solicitud de jubilación³⁶⁶. Es decir, en este caso el abono de la ayuda no está condicionado a la solicitud de la jubilación anticipada u ordinaria, en el momento de que se extinga el contrato de trabajo. En ese caso, sí cabe hablar, en puridad, de una ayuda para la prejubilación cuya fuente obligatoria es el convenio colectivo. En este segundo supuesto, es posible que la extinción del contrato derive de un despido pactado, una amortización por causas objetivas, o bien forme parte de las medidas “sociales” del despido colectivo.

En otros casos, el plan de prejubilación consiste en un importe que la empresa asume y abona directamente, sin otro intermediario. Es decir, es posible que la empresa se comprometa a abonar un importe a las personas afectadas mayores de cincuenta años. La referida cantidad puede consistir en el pago fraccionado de la indemnización una vez que

³⁶⁵ Art. 44 CC Hidralia, Gestión Integral de Aguas de Andalucía (BOPC 25 marzo 2021); art. 20 CC Comercio Alimentación 2020-2021 provincia de La Coruña (BOPLC 16 marzo 2021); art. 42 CC Fabricantes de muñecas, auxiliares y afines (BOPA 18 marzo 2021); art. 23 CC Industria Marroquinería de la Provincia de Cádiz (BOPC 16 marzo 2021); art. 46 CC Industrias Panaderas de la provincia de Jaén (BOPJ 24 febrero 2021); art. 27 CC Industrias Pimentoneras (BORM 17 marzo 2021); art. 26 CC Elai Serbizuak (BOB 11 enero 2021), art. 12 CC Pamesa Valencia (BOPCA 22 diciembre 2020); art. 41 CC Convenio Colectivo Sociedad General Española de Librerías, Diarios, Revistas y Publicaciones (BOCM 31 octubre 2020); art. 23 CC Estrella de Levante, Fábrica Cerveza, S.A. (BORM 5 agosto 2020); art. 51 CC Siro Venta de Baños, S.A. (BOPP 29 junio 2020); art. 29 CC Industria Siderometalúrgica Málaga (BOPM 13 octubre 2020), art. 44 CC Cía Arrendataria de las Salinas de Torre Vieja, S.A. (BOPA 16 agosto 2019); art. 44 CC III Planta de Alcalá de Guadaíra de la Empresa Vidriera Rovira, S.L.U. (BOPS 2 octubre 2018); art. 35 CC personal laboral Ayuntamiento de Atarfe (BOPG 14 junio 2017).

³⁶⁶ Art. 47 CC Iveco España, S.L. (BOCM 22 diciembre 2020); art. 20 CC Transporte de Viajeros por Carretera de Ciudad Real (BOPCR 9 septiembre 2020).

el contrato es extinguido. No obstante, mucho más habitual es que, junto al pago de la indemnización en las mismas condiciones que el resto de personas afectadas, adicionalmente, las trabajadoras y los trabajadores maduros perciban una cantidad en concepto de ayuda cuyo importe puede variar en función de sus concretas circunstancias. De este modo, la referida cantidad puede tener en cuenta su compatibilidad con la prestación por desempleo contributivo, con la variación que experimenta su importe, así como la posterior compatibilidad con los subsidios no contributivos. El importe que corresponda suele ser determinado con un determinado volumen de renta garantizado a la persona trabajadora. Evidentemente, el pago suele estar supeditado a que el trabajador no desarrolle una nueva actividad que determina su alta en alguno de los regímenes de Seguridad Social, bien como trabajador por cuenta propia, bien como trabajador por cuenta ajena.

El plan de prejubilación puede quedar profusamente detallado en el convenio colectivo³⁶⁷, teniendo en cuenta las particularidades de la empresa o el sector. En numerosos casos es posible encontrar este tipo de regulaciones en ámbitos que, desde hace más de treinta años han sufrido procesos muy intensos de reconversión o reestructuración. No obstante, este conjunto de derechos no queda “petrificado” y, conforme al principio de modernidad que rige en la negociación colectiva, las posteriores modificaciones del pacto colectivo podrían determinar que no resultase aplicable dicho plan cuando el trabajador accede a la edad que habilita para el reconocimiento de este conjunto de derechos³⁶⁸.

³⁶⁷ Art. 45 CC sector de la banca (BOE 30 marzo 2021); Disposición Transitoria Primera CC BBK-Bilbao Bizkaia Kutxa Fundación Bancaria (BOB 4 febrero 2021); art. 37 CC ZF Sachs España, S.A.U. (BOB 20 enero 2021); art. 26 CC Consorcio del Depósito Franco de Bilbao (BOB 21 enero 2021); art. 39 CC KYB Suspensions Europe, S.A. (BON 30 octubre 2018); DA Segunda CC Mediaset España Comunicación, S.A. (BOCM 27 octubre 2018); art. 24 CC Sidenor Aceros Especiales, S.L. centro de trabajo de Legutio (BOTH 31 agosto 2018); DA Transitoria CC Gorabide (BOB 10 octubre 2017); art. 18 CC Delphi Diesel Systems, S.L. (BOPB 7 marzo 2016); art. 27 CC Gerdau Aceros Especiales Europa, S.L. (BOG 16 octubre 2015), art. 32 CC Edscha Santander, S.A. (BOC 7 febrero 2013).

³⁶⁸ CAMPS RUÍZ, L.M., “Las mejoras voluntarias de la pensión de jubilación”, en LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.), *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, cit., pág. 2124.

De otro lado, en algunos pactos colectivos, se detecta una confusión entre la jubilación anticipada (figura de la Seguridad Social) y la prejubilación en el sentido que aquí es considerada³⁶⁹, tal y como se está definiendo en este artículo.

El esquema expuesto, basado en la libre voluntad de las partes legitimadas para alcanzar un acuerdo en el seno del período de consultas de un despido colectivo, cuenta con un inconveniente fácilmente apreciable: se está haciendo referencia a cantidades cuyo pago es periódico y queda condicionado al futuro. Sin embargo, la empresa es una persona jurídica de carácter dinámico, que puede experimentar diversas vicisitudes que, indudablemente, pueden afectar muy seriamente a la pervivencia de esta obligación.

En el caso de cualquiera de los fenómenos empresariales que conducen a una transformación de la sociedad (fusión o escisión, por ejemplo), no plantea debate el hecho de que la persona jurídica resultante ha de subrogarse en las obligaciones laborales de la precedente. Así lo establece de manera clara el art. 44.1 del ET, cuando habla del mantenimiento de las obligaciones de previsión social complementaria, donde -si se realiza una interpretación extensiva de lo que establece la normativa aplicable en esta materia- podría encontrar acomodo esta obligación adquirida en el desarrollo del período de consultas.

Frente al caso anterior, la posición de las personas trabajadoras y el mantenimiento de su derecho a percibir una cantidad como parte del plan de prejubilación, sí son aspectos que quedan amenazados en los supuestos de concurso de acreedores (ya que el importe podría ser calificado como crédito con privilegio general si es anterior a la declaración del concurso, conforme a lo establecido en el art. 280 del RD Leg 1/2020), o de extinción de la personalidad jurídica de la empresa por liquidación o disolución (arts. 360 y siguientes del RD Leg 1/2010, de 2 de julio, en el caso de las sociedades de capital, así como art. 70 y siguientes de la Ley 27/1999, de 16 de julio, en el caso de las sociedades

³⁶⁹ Art. 22 CC Mercasantander, S.A. (BOC 10 abril 2019); art. 37 CC Siderúrgica Sevillana (BOPS 26 febrero 2019); art. 31 CC CIE Galfor, S.A. (BOPO 4 agosto 2018); art. 12 CC General Mills San Adrián, S.L.U. de San Adrián (BON 6 marzo 2018); art. 22 CC Envases Metalúrgicos de Álava, S.A. (POTHA 22 noviembre 2017).

cooperativas). El riesgo se acrecienta cuando no se produce un cese ordenado de la actividad y el empresario incumple su obligación frente a los acreedores por créditos de diversa naturaleza, entre los que quedaría incluido el grupo de trabajadores acogidos al plan de prejubilación.

Por factores como los expuestos, resulta mucho más frecuente que este compromiso de pago quede garantizado mediante alguna de las modalidades de contrato de seguro colectivo que establece el RD Leg 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, en la que el tomador es la empresa y los beneficiarios son las personas trabajadoras sujetas al plan de prejubilación. Esta posibilidad no ha de ser confundida con el plan de pensiones propiamente dicho que cuenta con una regulación singularizada que bien merecería un capítulo propio en otro tipo de estudio. Es decir, al margen de la posibilidad de mantener o suscribir un plan de pensiones a favor de este colectivo de personas trabajadoras al hilo de las negociaciones del despido colectivo, la normativa sobre planes y fondos de pensiones también da cobertura al acuerdo para el pago de una renta o ayuda derivada del acuerdo o el compromiso asumido por la empresa en el marco de una reestructuración. Precisamente por ello, el art. 8.6 *in fine* del RD Leg 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de los planes y fondos de pensiones, señala que “los compromisos asumidos por las empresas con los trabajadores que extingan su relación laboral con aquéllas y pasen a situación legal de desempleo a consecuencia de un expediente de regulación de empleo, que consistan en el pago de prestaciones con anterioridad a la jubilación, podrán ser objeto de instrumentación, con carácter voluntario, de acuerdo con el régimen previsto en la DA primera de esta Ley, en cuyo caso se someterán a la normativa financiera y fiscal derivada de ésta”. Así lo recuerda también el número 3 de la DA primera del RD 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de planes y fondos de pensiones.

El origen de esta disposición procede de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, sobre Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, que, con el objetivo de proteger los intereses de las personas trabajadoras, aun en los supuestos en que se haya extinguido su

contrato de trabajo, frente a posibles insolvencias del empresario en orden al cumplimiento de los compromisos por pensiones asumidos por este, incorporó un precepto a la Ley 8/1987, de 8 de junio, de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones (antecedente del RD Leg 1/2002), adaptando el artículo 8 de la Directiva 80/987/CEE, llevó a cabo una modificación de la DA primera de dicha Ley. No obstante, la Resolución de la Dirección General de Seguros de 27 de abril de 2000 consideró que el pago de rentas temporales a prejubilados no debía considerarse como «compromiso por pensiones» y que, por ello, a los mismo no les era aplicable la obligatoriedad de aseguramiento establecida por la indicada disposición adicional.

Por la razón indicada, cuando sea externalizado el compromiso del abono de una ayuda de carácter periódico a cargo de una entidad especializada, el régimen jurídico estará inspirado en el que esta norma ofrece para los compromisos por pensiones asumidos por las empresas. De esta forma, la situación de este colectivo de personas trabajadoras ha pasado a ser considerada como una contingencia específica, que puede responder a los intereses comunes entre empleadores, que “modernizan” de esta forma las plantillas y a las propias personas trabajadoras que tienen una “salida privilegiada” con este tipo de compromisos³⁷⁰.

Para que el cumplimiento de este compromiso sea exigible una vez suscrito, resulta indiferente la forma jurídica que adopte el empleador, pudiendo alcanzar no solo a las sociedades, sino también a las comunidades de bienes u otros entes carentes de personalidad jurídica como los grupos de empresas.

Como señala la DA primera del RD Leg 1/2002, las principales características de estos instrumentos son:

³⁷⁰ MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N (dirs.), *Comentario al texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Comares, Granada, 2003, pág. 304.

- Pueden revestir la forma de seguros colectivos de vida, en los que la condición de asegurado corresponderá al trabajador y la de beneficiario a las personas en cuyo favor se generen las pensiones según los compromisos asumidos.
- Por el tipo de obligación, en este caso, la compañía de seguros no ofrecerá anticipos sobre la prestación asegurada al empresario que asume la condición de tomador. Por otro lado, la empresa no podrá ceder o pignorar la póliza. Se trata de provisiones generales que sí están establecidas en la Ley del Contrato de Seguro.
- Los derechos de rescate y de reducción que puede ejercitar el tomador de un contrato de seguro, cuando están referidos a un plan de pensiones o a un plan de prejubilación, sólo podrán ejercerse al objeto de mantener en la póliza la adecuada cobertura de sus compromisos vigentes en cada momento o a los exclusivos efectos de la integración de los compromisos cubiertos en dicha póliza en otro contrato de seguro o en un plan de pensiones. En este último caso, la nueva aseguradora o el plan de pensiones asumirá la cobertura total de los referidos compromisos por pensiones.
- El importe correspondiente a cada póliza tendrá que ser individualizado en cada caso.
- La cuantía del derecho de rescate no podrá ser inferior al valor de realización de los activos que representen la inversión de las provisiones técnicas correspondientes. Si existiese déficit en la cobertura de dichas provisiones, tal déficit no será repercutible en el derecho de rescate. El importe del rescate deberá ser abonado directamente a la nueva aseguradora o al fondo en el que se integre el nuevo compromiso.
- Puesto que este compromiso está siendo externalizado, en ningún caso resultará admisible la cobertura de tales compromisos mediante la dotación por el empresario de fondos internos, o instrumentos similares, que supongan el mantenimiento por parte de este de la titularidad de los recursos constituidos.

La tercera opción -mucho menos frecuente³⁷¹- pasa porque la cantidad sea abonada por la empresa a la persona trabajadora afectada por el plan de prejubilación, correspondiendo a la misma la suscripción del contrato de seguro. En este caso, si la cantidad es abonada de manera periódica, su dinámica no se aparta mucho de lo apuntado en el primer supuesto. Por ello, más recurrente será que la cantidad sea abonada en el momento de formalizar el despido con los requisitos que establece el art. 53 del ET, para que tomador y beneficiario coincidan en la misma persona trabajadora. En esta modalidad, nuevamente tendremos que insistir en el carácter voluntario, no solo de que la persona trabajadora se acoja al plan de prejubilación, sino de que suscriba el contrato de seguro.

1.6 Consecuencias del incumplimiento

El estudio del plan de prejubilación derivado de un despido colectivo no quedaría debidamente abordado si no fueran analizadas también las consecuencias de su incumplimiento, inicial o sobrevenido, teniendo en cuenta que el pago de la renta o ayuda se lleva a cabo de manera periódica en su configuración más común.

Pese a estar enmarcado en un proceso de despido colectivo, no cabe interpretar que este motivo de reclamación figure incluido en el procedimiento especial previsto en el art. 124 de la LRJS. Como señala el precepto, la citada modalidad procesal limita su ámbito objetivo a los supuestos en que la impugnación es formulada por los representantes de las personas trabajadoras porque no concurre la causa legal indicada en la comunicación escrita, no se ha desarrollado el período de consultas o no se ha entregado toda la documentación requerida en el art. 51 del ET y el RD 1483/2012, no se ha respetado el procedimiento establecido para la fuerza mayor, las extinciones se han llevado a cabo por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho o, en fin, la decisión extintiva se ha efectuado vulnerando derechos fundamentales y libertades públicas. Si la demanda es interpuesta por la persona trabajadora de manera individual, según habilita el

³⁷¹ RANSÉS PÉREZ-BOGA, J., “Aspectos fiscales de la prejubilación”, en ALMARCHA BARBADO, A., *Envejecimiento laboral y prejubilación: dilemas y problemas socioeconómicos*, cit., pág. 140, comentando una consulta de la Dirección General de Tributos.

art. 124.13 de la LRJS, además de por las razones apuntadas, podría solicitar la nulidad por no respetar la prioridad de permanencia establecida por ley, convenio colectivo o por el acuerdo que ponga fin al período de consultas.

Por ello, si la empresa en la comunicación del despido cumple con los requisitos que recoge el art. 53 del ET, la reclamación frente al incumplimiento de esta obligación, suele ser tramitada mediante el procedimiento ordinario de cantidad o de reconocimiento de derecho y cantidad, conforme a los artículos 80 y siguientes de la LRJS³⁷². Cuando la medida afecta a un colectivo, también es plausible acudir al procedimiento de conflicto colectivo³⁷³.

Tal y como ha sido expuesto en páginas precedentes, con la cobertura legal proporcionada por el art. 8.6 del RD Leg 1/2002, es lo más habitual que la empresa externalice mediante un seguro colectivo esta obligación a cargo de una entidad aseguradora debidamente acreditada, en las diversas modalidades que puede adoptar. Como consecuencia del impago de estas rentas, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de acuñar una doctrina sobre la responsabilidad en el pago, en un supuesto especialmente complejo, donde puede confluir el pago fraccionado de la indemnización acordada en el período de consultas con la obligación de abonar las cuotas del convenio especial de Seguridad Social y el abono de una ayuda que mantengan el nivel de renta acordado con la persona trabajadora en el acuerdo de despido colectivo. Sentado lo anterior, el Alto Tribunal distingue claramente entre los planes y fondos de pensiones y esta segunda categoría en la que quedan englobadas las prejubilaciones a las que se hace referencia en este capítulo.

³⁷² En este sentido, *vid.* SSTs 20 de julio de 2010 (recurso 4301/2009) y 3 de febrero de 2010 (recurso 2102/2009), STSJ Valladolid 18 de diciembre de 2017 (recurso 1901/2017); STSJ Valladolid 26 de marzo de 2014, (recurso 271/2014).

³⁷³ *Vid.* STSJ Asturias 12 de junio de 2013 (recurso 34/2013), referida al conflicto colectivo interpuesto por el sindicato UGT en representación de un colectivo de personas trabajadoras acogidas a un plan de rentas cuyo importe no había sido actualizado, pese a estar previsto dicho incremento en el acuerdo colectivo.

El Alto Tribunal aclara que estos compromisos no están dirigidos a garantizar las prestaciones propias -genuinas- de un plan o fondo de pensiones (jubilación, supervivencia, incapacidad permanente, dependencia), sino de una obligación inicial -a cargo de la empresa- de abonar una cantidad (que puede incluir la indemnización por extinción de los contratos de trabajo en la cuantía que sea pactada, superando incluso el máximo legal), pero que, por acuerdo de las partes, se nova en el compromiso de abonar ciertas cantidades mensuales complementarias.

De este modo, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 noviembre 2016³⁷⁴, señala que el pacto por el cual el importe se paga de manera diferida, representa una deuda “convenida” que comporta como consecuencia que la insolvencia posterior del deudor cesionario (la entidad aseguradora) corre de cuenta del acreedor (en este caso las personas trabajadoras), siguiendo lo que en régimen general de obligaciones y contratos señalan los arts. 1205 y 1206 del CCivil. En consecuencia, la insolvencia del nuevo deudor, que hubiese sido aceptado por el acreedor, no hará revivir la acción de este contra el deudor primitivo. Así las cosas, la empresa que lleva a cabo el despido queda liberada de la deuda generada como resultado del impago del plan de rentas, pese a que la reclamación se dirija solidariamente frente a la compañía aseguradora y la empresa³⁷⁵.

No obstante, se debe reflexionar sobre el hecho de que la fuente de donde surge la obligación es un acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores cuando el plan de prejubilación deriva de un despido colectivo. Por ello, cabe preguntar hasta qué punto un acuerdo alcanzado con los representantes legales puede comprometer la situación de cada una de las personas trabajadoras que se enfrentan al impago. Esta controversia queda resuelta desde la premisa de que la actuación de los representantes

³⁷⁴ Recurso 815/2015.

³⁷⁵ Siguen esta misma argumentación, las STS 10 de octubre de 2018 (recurso 3863/2016), STSJ Comunidad Valenciana 16 de septiembre de 2014 (recurso 892/2014), y STSJ La Rioja 6 de mayo de 2013 (recurso 45/2013). Más recientemente, la STS 6 de octubre 2021 (recurso 4743/2018), comentada en GARCÍA MURCIA, J., “Las prestaciones de prejubilación en el contexto del despido colectivo y sus problemas de aseguramiento”, Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 9, 2021 (www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-0000001442 [última consulta: 27 de noviembre de 2021]).

deriva de un mandato legal representativo. Por ello, se confiere a los representantes que integran la comisión negociadora en el despido colectivo. En consecuencia, en palabras de la sentencia del Alto Tribunal, “quien tiene legitimación para negociar la extinción de la relación laboral, igualmente la tiene para pactar -en el curso de la negociación dirigida a reducir el alcance del despido colectivo- aspectos accesorios en las condiciones de la relación laboral”, a lo que se extiende también la capacidad para convenir la forma y condiciones de pago de la deuda, en este caso una indemnización.

Tomando como referencia lo anterior, se pacte o no expresamente en el acuerdo, la suscripción del seguro colectivo convenido y la satisfacción de las primas debidas por el mismo desplaza, tanto por la propia naturaleza del negocio jurídico de asunción de deuda, cuanto por la expresa disposición legal indicada, la imputación de responsabilidad por las prestaciones convenidas correspondiente a la entidad aseguradora, al haberse producido una novación subjetiva de la persona del deudor. Y ello, desde el momento en que la empresa efectúe el desplazamiento de los activos afectos al cumplimiento de los compromisos adquiridos, en términos tan inequívocos que no admiten interpretación alguna para el Alto Tribunal, exactamente igual que si de un compromiso externalizado, propiamente dicho, de pensiones se tratase.

A juicio del parecer mayoritario, esta conclusión se impone aún a pesar de que sea posible entender -con la representación de los trabajadores- que en el fondo se está en presencia de una indemnización por extinción del contrato, aunque materializada en forma de complemento de la prestación pública por desempleo, que sustituye y mejora a la indemnización prevista en el Estatuto de los Trabajadores, y cuya satisfacción no se lleva a cabo por una cantidad a tanto alzado e importe único, sino de manera fraccionada y como añadido a la renta que se perciba por la prestación pública de desempleo, que puede ser incluso superior a la máxima establecida legalmente para el despido improcedente.

La STS de 12 de diciembre 2016³⁷⁶ recoge la misma argumentación pero también contiene un interesantísimo voto particular de la Magistrada Maria Luisa Segoviano Astaburuaga, que lleva a cabo una importante apreciación para confirmar el supuesto en el que, a su juicio, también podría ser responsable solidaria la empresa que acuerda el plan de ayudas, cuyo cumplimiento es posteriormente ejecutado por una entidad aseguradora conforme al art. 8.6 *in fine* del RD Leg 1/2002 y según también su DA primera.

Desde la premisa, que aquí se comparte, de que el plan de prejubilación no constituye una mejora voluntaria de prestaciones públicas, sino un pago indemnizatorio acompasado a la secuencia del devengo de la prestación, el aseguramiento por el empresario de esta obligación indemnizatoria con el trabajador no le exonera de la responsabilidad, si el aseguramiento resulta deficiente o perjudicado. Así, “el seguro no innova el crédito que cubre”. Por ello, si la aseguradora, por cualquier causa, como podría ser una situación de insolvencia, no asume su obligación contractual, ello provoca que la empresa que actúa como tomador, pueda tener responsabilidad, precisamente porque debe asumir directamente frente al trabajador, y sin cobertura, , la responsabilidad del pago.

El carácter indemnizatorio apuntado, niega la conceptualización de salario de las compensaciones económicas garantizadas mediante la prejubilación, toda vez que no concurre el necesario mantenimiento de la relación laboral ni la prestación de servicios retribuable³⁷⁷.

Puesto que la figura de las prejubilaciones puede adoptar muchas manifestaciones, la argumentación esta referida a la modalidad del plan de prejubilaciones, desarrollada en el seno del período de consultas, que ofrece una indemnización por extinción de contrato,

³⁷⁶ Recurso 1514/2015.

³⁷⁷ TORRECILLAS MERINO, C. y CASTELLANO BURGUILLO, E., “La revisión de la jubilación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. (dir.), *Trabajadores maduros y Seguridad Social*, cit., pág. 400.

sustitutoria y mejoradora de la legal cuya cuantificación no se efectúa de forma alzada, sino fraccionadora y diferida.

Para el voto particular, si se incorpora en un plan de pensiones una garantía atípica, por razones de economía documental o contractual, no por ello puede aplicarse a la misma las previsiones de la ley referida, especialmente la novación de responsabilidad a que alude el último párrafo del artículo 8.6 del RD Leg 1/2002 y su DA primera, pues "las cosas son lo que son y no lo que quieren las partes" y supondría un fraude de ley utilizar la constitución de un fondo de pensiones para exonerar al empresario de las obligaciones que le impone el Estatuto de los Trabajadores, acudiendo -en sede general- al artículo 6.4 del CCiv., es decir, utilizar una previsión de aseguramiento reforzado del cumplimiento de la obligación indemnizatoria del artículo 51 del ET, para exonerarse de ella vía artículo 8.6 y DA primera de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones. Partiendo de ello, la complejidad y amplitud del aseguramiento no debe ocultar la evidencia jurídica que la responsabilidad empresarial por el pago de la indemnización por extinción de contratos no es "desplazable" a través de un contrato de aseguramiento de la misma.

En el caso considerado por la STS de 12 de diciembre de 2006, la empresa no había procedido a instrumentar los compromisos a través de un plan de pensiones o de un contrato de seguro (en cuyo supuesto se hubiera pactado que la responsable era la compañía aseguradora), comprometiéndose la empresa únicamente a suscribir el contrato de seguro o plan de pensiones y a abonar la prima correspondiente, sino que la empresa lo que había asumido era el compromiso de abonar las cantidades correspondientes a la indemnización fraccionada a sus trabajadores y además suscribir un contrato con una compañía de seguros para garantizar este abono. La diferencia es sumamente relevante para la magistrada: en este caso la compañía de seguros no sustituye a la empresa en su obligación de pago, no hay una novación en la persona del deudor, el deudor sigue siendo el mismo, la empresa, pero hay una garantía añadida, cual es la suscripción del seguro con la compañía especializada.

En la sentencia de contraste que se citaba en el recurso se consigna, en el apartado tercero, que las prejubilaciones consisten "en un sistema indemnizatorio mediante la suscripción de una póliza de seguro, a través de una compañía de reconocido prestigio en el sector, mediante la que asegura al trabajador una renta y la suscripción del Convenio Especial con la Seguridad Social", lo que significa que la empresa se obliga a suscribir una póliza de seguro, y, una vez suscrita y abonada, ha cumplido las obligaciones asumidas.

Al margen de la interesantísima precisión que lleva a cabo el referido voto particular, el impago de la renta conduce a la paradójica situación de que un instrumento de garantía para el pago de un importe periódico, no pueda cumplirse, llevando a una situación perjudicial para la persona trabajadora que, durante el período de consultas, se había querido evitar. Y ello, por la exoneración de responsabilidad de la empresa, según el criterio mayoritario del Tribunal Supremo conforme a la doctrina que ha sido expuesta y por el incumplimiento de la entidad aseguradora, que puede encontrarse en un estado de insolvencia como, de hecho, ha ocurrido en los supuestos de donde ha derivado la doctrina del Alto Tribunal. Por ello, para evitar la desprotección de la persona trabajadora, se considera responsable el Fondo de Garantía Salarial dentro de los límites que tiene establecidos³⁷⁸.

Por último, en el plano de las infracciones laborales, centrando la atención exclusivamente en las ayudas que integran el plan de prejubilación, el hecho de que no tengan la misma naturaleza de los planes y fondos de pensiones ni de mejora voluntaria de Seguridad Social, determina que sea posible sostener que no sería aplicable el tipo sancionador de la LISOS referido al incumplimiento por la empresa de la obligación de instrumentar los compromisos por pensiones, calificado como infracción en materia laboral de carácter muy grave según el art. 8.15³⁷⁹.

³⁷⁸ SSTSJ Madrid 17 de junio de 2019 (recurso 633/2018), 23 de noviembre de 2018 (recurso 660/2018) y 28 de junio de 2019 (recurso 747/2018).

³⁷⁹ En apoyo de esta conclusión, *vid.* STSJ Asturias 12 de junio de 2013 (recurso 34/2013).

Frente a ello, si el acuerdo es alcanzado en el ámbito de un despido colectivo, en función de lo argumentado en esta tesis, sería posible afirmar la tipificación de este incumplimiento dentro de lo que establece, también como infracción muy grave, el art. 8.15 de la LISOS, referido al “incumplimiento por el empresario de la obligación establecida en el apartado 10 del artículo 51 del ET o de las medidas sociales de acompañamiento asumidas por el empresario en el marco de los procedimientos de despido colectivo”. En consecuencia, las prejubilaciones programadas (no la suscripción de planes y fondos de pensiones propiamente dichos) quedarían dentro de las medidas sociales de acompañamiento, resultando obligatorias por el acuerdo que pone fin al período de consultas. Seguido de lo anterior, según establece el art. 40.1 c) LISOS, el incumplimiento de las obligaciones contraídas por la empresa conllevaría una sanción de multa, en su grado mínimo, de 7.501 a 30.000 euros; en su grado medio de 30.001 a 120.005 euros; y en su grado máximo de 120.006 euros a 225.018 euros.

2. LA PROTECCIÓN DISPENSADA POR LOS SERVICIOS PÚBLICOS COMO COMPLEMENTO A LAS OBLIGACIONES DE LA EMPRESA

2.1 Fundamento constitucional

Con fundamento en el reconocimiento que el art. 41 de la CE hace del establecimiento de un régimen público de Seguridad Social a todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes en situación de necesidad, especialmente en caso de desempleo, la Seguridad Social puede ser concebida como una función del Estado. A lo apuntado se añade el mandato que atribuye el art. 9.2 de la CE a los poderes públicos para promover unas condiciones bajo las cuales la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Nuestro modelo de Seguridad Social no se basa, por tanto, en la correspondencia prestación-cotización propia

de los seguros privados. Al contrario, se trata de una función protectora de titularidad estatal, basada en el sistema de reparto y en el principio de solidaridad³⁸⁰.

Por ello, siendo el colectivo de las personas trabajadoras mayores un grupo especialmente vulnerable, resulta plenamente justificado que el Ordenamiento jurídico y las distintas administraciones, instrumenten mecanismos de protección a su favor. Del conjunto de medidas, para este estudio interesan las que cuentan con una naturaleza prestacional una vez que se produce la desvinculación definitiva de la empresa mediante el despido colectivo y la persona trabajadora figura como demandantes de empleo.

Puesto que el diseño del plan de prejubilación que parte de un despido colectivo, puede tomar en consideración la posibilidad de que la persona afectada por la reestructuración sea en el futuro beneficiaria de las distintas ayudas diseñadas para acompañar al desempleo de larga duración de edad madura, parece conveniente dedicar unas páginas a presentar el régimen jurídico de dichas ayudas y analizar la posible compatibilidad o no con la vigencia de una prejubilación programada hasta el acceso a la jubilación (anticipada u ordinaria).

Pese a la innegable motivación asistencial que subyace en todas las ayudas que van a ser analizadas, en la práctica, la mayoría están vinculadas a un requisito de capacidad económica, no solo individual, sino también familiar muy restrictivo, lo que va a dificultar considerablemente el acceso a las mismas por parte de una persona trabajadora madura³⁸¹.

A lo apuntado se suma que se trata de un sistema de prestaciones y subsidios sumamente complejo cuyo símil más adecuado podría ser el de una *matrioshka* o juego de muñecas rusas: tras la prestación contributiva de desempleo (o en sustitución del mismo), la persona trabajadora puede solicitar el subsidio por desempleo, posteriormente las restantes ayudas, cada vez más restringidas, pensadas para determinados colectivos,

³⁸⁰ En este sentido, SSTC 103/1983, 22 de noviembre; 65/1987, 21 de mayo; o 37/1994, 10 de febrero.

³⁸¹ GALA DURÁN, C., "La protección por desempleo de los trabajadores maduros como vía de transición hacia la jubilación", en ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. (dir.), *Trabajadores maduros y Seguridad Social*, cit., pág. 377.

hasta llegar a las personas desempleadas de larga duración, finalizando con quienes pueden beneficiarse del ingreso mínimo vital y las rentas mínimas autonómicas³⁸². El legislador de RDL 28/2018 que, entre otros contenidos, incluye el subsidio extraordinario por desempleo, reconoce esta situación y llega a manifestar la necesidad de que sea acometido un nuevo modelo de desempleo asistencial mucho más simplificado³⁸³. No obstante, esta labor sigue pendiente y sigue resultando de interés analizar las vías de protección que dispensa nuestro sistema.

2.2 Breve referencia al régimen jurídico de la protección por desempleo contributivo adaptada a las particularidades de las personas trabajadoras de mayor edad

Es sabido que la extinción del contrato de trabajo por despido colectivo, representa uno de los supuestos que habilita para acceder a la situación legal de desempleo, de conformidad con lo establecido por el art. 267. a).1º de la LGSS.

En este punto, el factor edad no es tomado en consideración en relación con los requisitos para acceder a la prestación por desempleo³⁸⁴, teniendo en cuenta lo que establece el art. 266 de la LGSS, a saber: la afiliación a la Seguridad Social en situación de alta o de asimilada al alta en los casos en los que proceda, tener cubierto un período mínimo de cotización de al menos 360 días dentro de los seis años anteriores a la situación legal por desempleo o al momento en el que cesó la obligación de cotizar (art. 269.1 de la LGSS), suscribir un compromiso de actividad acreditando tener disponibilidad para buscar activamente empleo y aceptar una colocación adecuada, no haber causado la edad

³⁸² FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B., “Mecanismos de lucha contra la pobreza y la exclusión social en España preexistentes y en su mayoría coexistentes al IMV”, CAVAS MARTÍNEZ, F., GARCÍA ROMERO, B. (dirs. y coords.), *El Ingreso Mínimo Vital. Una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómicas*, BOE, Madrid, 2021, pag.162.

³⁸³ El “Plan de la Recuperación Transformación y Resiliencia”, en su Componente 23 de la Palanca dedicada a la nueva economía de los cuidados y las políticas de empleo, contempla la simplificación y mejora del nivel asistencial de desempleo mediante una nueva prestación, complementaria de la prestación contributiva (inversión C23.R10).

³⁸⁴ MORENO GENÉ, A., “La protección de los trabajadores maduros desde la pérdida “definitiva” del empleo hasta su acceso a la jubilación”, en MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M. (coords.), *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 194.

ordinaria que viene exigida en cada caso para causar derecho a una pensión contributiva de jubilación (salvo si la persona trabajadora no tuviera acreditado el período de cotización exigido o se encuentre en alguno de los supuestos de suspensión de contrato o de reducción de jornada), y estar inscrito como demandante de empleo en el Servicio Público de Empleo que sea competente.

Como cualquier otra prestación, el desempleo es dinámico y, una vez reconocido, puede quedar en suspenso. Del listado de casos que señala el art. 271 de la LGSS, en las prestaciones causadas por extinciones que derivan de despidos colectivos que afectan a trabajadores maduros, la suspensión procede si la persona beneficiaria incurre en una de las sanciones tipificadas en la LISOS que conllevan la suspensión de la prestación. Para que el desempleo sea reanudado, es precisa la comparecencia de la persona solicitante del desempleo acreditando una nueva inscripción como demandante de empleo.

Es frecuente el supuesto en virtud del cual la persona despedida encuentra un trabajo o desarrolla una actividad por cuenta propia que determina su alta en el RETA o en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar. En el primer caso, se acuerda la suspensión si la duración del trabajo es inferior a los doce meses, y en el segundo si la duración del alta como trabajador autónomo menos de sesenta meses. Ahora bien, si la reanudación debe operar con posterioridad a los veinticuatro meses desde el inicio de la suspensión, la persona trabajadora por cuenta propia tendrá que acreditar que el cese de la actividad se debe a la concurrencia causas justificadas (objetivas, de fuerza mayor, pérdida de la licencia administrativa, violencia de género, divorcio o separación matrimonial, cese involuntario en el cargo orgánico de una sociedad y finalización de la prestación de servicios como profesional autónomo económicamente dependiente y su cliente). En todos estos casos, podrá optar entre reanudar la prestación por desempleo o solicitar la prestación por cese de actividad, como cobertura reconocida a favor de las personas profesionales por cuenta propia. Puede ocurrir también que la persona beneficiaria traslade su residencia al extranjero, si declara que es para la búsqueda o la realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, por un período que ha de ser continuado inferior a doce meses, también puede ser aplicable la

suspensión, siempre que el traslado sea previamente comunicado y autorizado por la entidad gestora. También puede suceder así en las estancias en el extranjero, no ya para las razones vinculadas a la actividad laboral anteriormente expuestas, previa comunicación y autorización de la entidad gestora. La salida al extranjero solo una vez al año por una duración inferior a quince días naturales no tendrá, a los efectos de la normativa sobre desempleo, la consideración de traslado. A diferencia de lo que ocurre en la suspensión basada en una sanción que afecta a la persona trabajadora del elenco que tipifica la LISOS, en el resto de casos, la persona solicitante ha de pedir la reanudación, acreditando que ha finalizado la causa de la suspensión, acreditando la concurrencia del resto de requisitos que habilitan de nuevo el acceso a la prestación.

Además de la renuncia voluntaria que puede formular la persona titular del derecho en cualquier momento, dada la vocación de temporalidad de esta prestación y los límites marcados en el art. 271 de la LGSS sobre suspensión, las causas de extinción (art. 272 de la LGSS) son fácilmente previsibles, estando relacionadas con el agotamiento del plazo de duración de la prestación, la imposición de una sanción en virtud de lo establecido por la LISOS que conlleve al extinción, la realización de un trabajo por cuenta ajena con una duración de duración igual o superior a los doce meses o, en el caso del trabajo que determina la cotización en el RETA o en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar, cuando la duración es igual o superior a los sesenta meses y el cambio de residencia de manera definitiva al extranjero. También puede acontecer la extinción si la persona titular del derecho alcanza la edad ordinaria de jubilación, pasa a ser pensionista de jubilación, de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. En estos casos, la norma establece el derecho de la persona beneficiaria a optar por la prestación que resulte más favorable.

El acceso a la prestación siempre debe presentar un carácter involuntario. Por ello, en el concreto ámbito de las prejubilaciones se importante tener presente que se impide el acceso a la protección por desempleo y a la jubilación anticipada por reestructuración a los trabajadores que se benefician, mediante acuerdo con su empleador, de un régimen privado (diferente del procedimiento que deriva de la afectación en un despido colectivo

o de un despido individual por causas objetivas) de prejubilación, sin que exista una causa de extinción ajena a su voluntad³⁸⁵.

Respecto a la compatibilidad con la cantidad o cantidades que pueda abonar la empresa como resarcimiento por el despido, el art. 15.1 a).2 del RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, declara expresamente la compatibilidad de la prestación o el subsidio con la indemnización que proceda por la extinción del contrato de trabajo.

La compatibilidad es posible, tanto si el pago se realiza en un único pago o de manera periódica, como confirma el art. 275.4 de la LGSS, lo que ha permitido el diseño de un auténtico “plan de rentas”.

2.3 Nivel asistencial

En el nivel asistencial, los requisitos se centran en que la persona objeto de protección acredite que se encuentra en una situación de necesidad económica real y de subsistencia. Cuando la ayuda es concedida a una persona de mayor edad, junto a los requisitos generales, como la situación de necesidad, las responsabilidades familiares o no tener derecho a una prestación contributiva, se sumarían los requisitos específicos derivados de la edad de la persona trabajadora³⁸⁶.

2.3.1 El subsidio para mayores de 52 años

La larga travesía que deben recorrer muchas personas maduras afectadas por un despido colectivo, que no pueden transitar hacia otro puesto de trabajo o reciclarse mediante el autoempleo, se inicia con la prestación por desempleo contributiva pero continua con el que se ha dado en llamar como “subsidio de prejubilación”. Tras diversos

³⁸⁵ DESBARATS, I. y ESTEBAN LEGARRETA, R., “Dispositivos de protección social que incentivan la salida o facilitan las salidas anticipadas: una tendencia persistente en Francia y en España a través de medios diferentes”, en AMAUGER-LATTES, M.C. y ESTEBAN LEGARRETA, R. (dirs.), YSÁS MOLINERO, H., *La protección del empleo de los trabajadores de edad. Una perspectiva franco-española*, cit., pág. 233.

³⁸⁶ GARCÍA MUÑOZ, M., “La normativa de Seguridad Social como medida de regulación de la demanda interior de empleo”, en ELORZA GUERRERO, F. y FERNÁNDEZ ROCA, F.J., *El mantenimiento del empleo por los trabajadores de edad avanzada en Andalucía*, Marcial Pons, Madrid, pág. 213.

avatares, dicho subsidio se inserta dentro de las prestaciones no contributivas, estando reconocido a partir de los cincuenta y dos años de edad, si bien requiere de cierto componente contributivo previo, al precisar de al menos seis años de cotizaciones por desempleo en su regulación actual.

El marco cronológico expuesto no se ha mantenido siempre constante. Cuando fue introducido en nuestro sistema, mediante la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, el subsidio estaba destinado a los mayores de cincuenta y cinco años. Posteriormente, el RDL 3/1989, de Medidas Adicionales de Carácter Social, redujo la edad a los cincuenta y dos años. En los últimos años, el RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad elevó la edad a los cincuenta y cinco años, amén de introducir nuevos condicionantes. Finalmente, el RDL 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, ha vuelto a establecer la edad de referencia para este subsidio no contributivo en los cincuenta y dos años, aunque conserva el tratamiento más restrictivo que le había dispensado la reforma de 2012. Confirmada nuevamente por el legislador la edad en los cincuenta y dos años, dicho subsidio permite, al menos en la formulación más general, la transición hacia esta nueva prestación una vez finaliza el desempleo contributivo por alcanzar su duración máxima. Con la cobertura que ofrece, el subsidio procura unos ingresos mínimos a las personas trabajadoras de edad avanzada y permite también que la entidad gestora siga cotizando para la contingencia de jubilación como si la persona siguiera en activo, aunque - obviamente- con una base de cotización muy inferior. De este modo, el subsidio actúa como un “enlace” o “puente” entre una situación de necesidad donde el trabajador reuniría todas las condiciones para poder jubilarse, pero no ha cumplido todavía la edad

necesaria³⁸⁷. Es por ello que se caracteriza por atender a una situación de provisionalidad de la persona trabajadora³⁸⁸.

En el caso objeto de este estudio, tras finalizar su relación laboral y agotar la prestación por desempleo contributivo, es previsible que estas personas cuenten ya con la edad necesaria para poder solicitar esta prestación. No obstante, si la persona trabajadora no ha alcanzado esta edad, pero figura inscrita de manera ininterrumpida como demandante de empleo de los servicios públicos, podrá solicitar el subsidio cuando cumpla esa edad.

Además del requisito de edad, es precisa una cotización por desempleo al menos durante seis años a lo largo de la vida laboral y que la persona no pueda acceder a cualquier prestación contributiva de jubilación la Seguridad Social como consecuencia de la edad. En suma, la vida laboral deberá registrar cuando menos quince años de cotizaciones para causar derecho a la prestación por jubilación (art. 210 de la LGSS).

Para ser beneficiario de dicho subsidio, el art. 274 de la LGSS requiere que la persona permanezca inscrito como demandante de empleo durante el plazo de un mes, sin haber rechazado ninguna oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, encontrándose por debajo de un determinado nivel de rentas de cualquier naturaleza que no han de superar, en cómputo mensual, el 75 por ciento del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias (art. 275 de la LGSS). El mismo precepto establece, en su número 5, que el requisito de carencia de rentas en el límite apuntado, y en su caso la existencia de responsabilidades familiares, en el límite indicado, ha de concurrir en el momento del hecho causante, en el de la solicitud del este tipo de subsidios asistenciales, así como en el momento de que se soliciten prórrogas o reanudaciones y durante toda su percepción.

³⁸⁷ TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El subsidio de prejubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 14 y 15.

³⁸⁸ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Pensión de jubilación derivada de la concesión del Subsidio para mayores de 52 años. Su improcedencia por considerar que no reúne el requisito de carencia exigido”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 1998, pág. 2613.

A tal efecto, la entidad gestora podrá requerir la documentación pertinente para efectuar las comprobaciones. En el caso de que no se reúnan los requisitos, solo es posible obtener el subsidio no contributivo cuando se cumplan de nuevo los mismos. No obstante, si dentro del plazo de un año desde la fecha del hecho causante se acredita que se cumplen los requisitos de carencia de rentas, y en su caso también las responsabilidades familiares, la persona trabajadora podrá obtener el subsidio que corresponda sin que se vea reducida su duración.

Transcurrido un mes, desde que la persona figura inscrita como demandante de empleo, sin haber rechazado ninguna oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, dejando a salvo alguna causa justificada en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, carezcan de rentas, podrá acceder al subsidio que asciende al 80 por ciento del IPREM vigente en cada momento (art. 278 de la LGSS).

Al igual que ocurre con el desempleo en su modalidad contributiva, el plazo de solicitud es de quince días. Si se presenta la solicitud una vez vencido el anterior plazo, el derecho nace a partir del día siguiente al de la solicitud, con la reducción de la prestación en tantos días como medien entre la fecha en la que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho en el plazo correspondiente. La aceptación de un trabajo de duración inferior a doce meses no afectará al subsidio, que quedará en suspenso. También, en estos casos, la persona debe suscribir un compromiso de actividad.

En cuanto al período de percibo de este subsidio, a diferencia de lo que sucede con otras prestaciones que atienden a las necesidades de las personas desempleadas de larga duración, el subsidio para mayores de 52 años no está limitado en el tiempo. El subsidio se extenderá hasta que el trabajador alcance la edad ordinaria exigida para causar derecho a la pensión contributiva de jubilación (art. 277.3 de la LGSS), ordinaria o anticipada cuando se cumplen los requisitos de esta última³⁸⁹. Es decir, a diferencia de lo que ha ocurrido en regulaciones anteriores, ya no se mantiene hasta que la persona trabajadora

³⁸⁹ORDOÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo. Especial atención a la empleabilidad, la protección por desempleo y la jubilación*, cit., pág. 203.

puede acceder a la jubilación anticipada, sino que puede continuar hasta que consolida el derecho para solicitar la jubilación ordinaria³⁹⁰.

La acción protectora de este subsidio, conforme señala el art. 265 de la LGSS, comprende, además del subsidio, el abono de la cotización a la Seguridad Social correspondiente a la contingencia de jubilación durante su percepción, la asistencia sanitaria, así como, en su caso, las prestaciones familiares en las mismas condiciones que las personas trabajadoras incluidas en algún régimen de Seguridad Social. A lo apuntado se suman las acciones específicas de formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional para favorecer la empleabilidad y el empleo estable. Adicionalmente, este colectivo también será objeto de políticas activas de empleo por parte de la Administración Estatal y la Administración Autonómica.

Respecto al requisito apuntado sobre la carencia de rentas, sin que superen el 75 por ciento del SMI, con la exclusión de la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, en el caso de los solicitantes que han sido personas trabajadoras maduras, no computará el importe de las cuotas destinadas a sufragar el convenio especial de Seguridad Social ni el abono de la indemnización legal de despido. El pago puede ser puesto a disposición en un solo pago o de manera periódica.

Prestando atención a la referencia sobre la indemnización, debe tenerse en cuenta que el legislador habla de “indemnización legal”. En consecuencia, el importe abonado que supere los límites establecidos por el Estatuto sí computaría a los efectos del límite de renta. En este punto, cabe preguntarse si en un despido colectivo la indemnización de naturaleza legal es la que corresponde para el despido objetivo basado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. El art. 51.4 del ET y el art. 14 del RD 1483/2012 remiten al art. 53.1 del mismo cuerpo legal en sede de despido por causas objetivas con la conocida indemnización de veinte días de salario por año de servicio, limitada en doce mensualidades. Frente a ello, es posible interpretar que la indemnización

³⁹⁰ BARRIOS BAUDOR, G.L., “Subsidio por desempleo para mayores de 52 años”, en GARCÍA GIL, M.B., *La protección por desempleo: cuestiones cruciales*, Aranzadi- Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pág. 208.

legal es la que regula el art. 56.2 del ET, con el montante de treinta y tres días de salario por año de servicio con el tope de veinticuatro mensualidades. En el caso de que la antigüedad a efectos del cálculo del despido de la persona afectada por el despido colectivo sea anterior al 12 de febrero de 2012, se estará a lo establecido por la Disposición transitoria undécima del ET con el régimen que combina los dos tramos indemnizatorios, el primero, en el período hasta el 12 de febrero de 2012 (tramo de cuarenta y cinco días con el tope de cuarenta y dos mensualidades) y, el segundo, a partir de la entrada en vigor de la reforma que lleva a cabo el RDL 3/2012, sobre la base de los treinta y tres días que han sido mencionados.

La interpretación de que el tope indemnizatorio se encuentra en la indemnización por despido improcedente y no solo en la de despido objetivo procedente, puede fundarse en las siguientes ideas:

- El marco indemnizatorio más elevado en nuestro sistema es el que corresponde al despido improcedente. Sentado lo anterior, los acuerdos que finalizan el período de consultas en los despidos colectivos, además de establecer medidas para evitar o reducir los despidos y atenuar sus consecuencias (arts. 7.1 y 8 del RD 1483/2012) suelen mejorar el importe indemnizatorio que corresponde al despido objetivo, abonando la empresa, en consecuencia, un importe superior a los veinte días de salario por año de servicio.
- Si se establece un paralelismo con la legislación fiscal, la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), establece el carácter de renta exenta de la indemnización a favor de las personas afectadas por el despido objetivo individual o colectivo que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio para el despido improcedente, con el límite de la cantidad de 180.000 euros³⁹¹.

³⁹¹ Entre las rentas que se consideran exentas, el art. 7. e) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de los no Residentes y sobre el Patrimonio, incluye:

- La LGSS hace referencia a “la indemnización legal que en cada caso proceda”, aludiendo entonces a la indemnización que sea acordada tras finalizar el período de consultas o que abone la empresa dentro de su decisión final, si no es posible alcanzar el acuerdo.

Sí son consideradas como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional (dejando a salvo la mención hecha sobre las cuotas del convenio especial de Seguridad Social y las asignaciones por hijos a cargo), las plusvalías o ganancias patrimoniales, como también los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 100 por ciento del tipo de interés legal del dinero vigente, dejando a salvo la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por la persona trabajadora beneficiaria del subsidio y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas. Para el cómputo, se tomará como referencia el importe íntegro o bruto. El rendimiento que procede de actividades empresariales, profesionales, agrícolas, ganaderas o artísticas, se computará por la diferencia entre los ingresos y los gastos necesarios para su obtención.

Para comprobar las rentas y la situación patrimonial de la persona beneficiaria de este subsidio, el art. 276.3 de la LGSS señala que la misma deberá presentar ante la entidad gestora una declaración de sus rentas, así como la documentación acreditativa de la misma. Tal declaración se ha de presentar, dentro de un plazo de quince días, cada vez que transcurran doce meses desde la fecha del nacimiento del derecho o desde la fecha de

“Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en los supuestos de despidos colectivos realizados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o producidos por las causas previstas en la letra c) del artículo 52 del citado Estatuto, siempre que, en ambos casos, se deban a causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, quedará exenta la parte de indemnización percibida que no supere los límites establecidos con carácter obligatorio en el mencionado Estatuto para el despido improcedente.

El importe de la indemnización exenta a que se refiere esta letra tendrá como límite la cantidad de 180.000 euros.”

su última reanudación. La falta de aportación de la declaración en el plazo señalado implicará la interrupción del pago del subsidio y de la cotización. Por su parte, la aportación de la declaración fuera de plazo implicará la reanudación del devengo del derecho con efectos de la fecha en la que se aporte la declaración.

La STC 61/2018, de 7 de junio³⁹², declaró la inconstitucionalidad de la exigencia establecida por el RDL 5/2013 de que, a efectos de la carencia de rentas, constase la de toda la unidad familiar de la persona trabajadora, medida que restringía aún más si cabe los requisitos para acceder al subsidio.

En materia de suspensión y extinción del subsidio (art. 279 de la LGSS), la regulación es similar a la ofrecida para el desempleo dentro de su nivel contributivo. Adicionalmente, la obtención de rentas superiores a los límites marcados para este tipo de subsidios por un tiempo inferior a doce meses, determina su suspensión. La reanudación se efectuará a instancia de la persona trabajadora beneficiaria. La superación del límite temporal conllevará la extinción del derecho al subsidio. En consecuencia, la persona trabajadora solo podrá obtener el reconocimiento de un derecho al subsidio si vuelve a encontrarse de nuevo en alguna de las situaciones que habilitan el acceso al subsidio, cumpliendo con los requisitos que exige la norma³⁹³.

Por lo que hace a la compatibilidad del subsidio con las compensaciones que pueda abonar la empresa, doctrinalmente³⁹⁴, se ha sostenido que las especialidades que rodean al subsidio de personas mayores de cincuenta y dos años, ligado al fenómeno de las prejubilaciones, determina que la existencia de rentas superiores al 75 por ciento del SMI, no deberían suponer un obstáculo para su disfrute, conforme a los siguientes argumentos:

³⁹² Recurso núm. 3688/013.

³⁹³ Vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y ORDÓÑEZ CASADO, M.I., “Cese voluntario y reanudación del subsidio por desempleo para trabajadores de edad madura”, *Temas Laborales*, núm. 137, 2017, sobre la situación paradójica que ocasiona la aceptación de un trabajo por parte de una persona beneficiaria del subsidio y la imposibilidad de recuperarlo si el cese se produce por baja voluntaria.

³⁹⁴ COLLADO GARCÍA, L. y PIQUERAS PIQUERAS, M.C., *El subsidio por desempleo*, Trotta, Madrid, 1997, págs. 100-102.

- Pese a estar encuadrado dentro de los subsidios asistenciales, es evidente que esta prestación participa de un claro carácter contributivo. Se debe recordar que la persona beneficiaria debe reunir todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a la jubilación contributiva, a lo que se suma el requisito de los seis años anteriores cotizados a desempleo. De este modo, asumiendo la naturaleza contributiva del subsidio y la compatibilidad de las prestaciones contributivas con la obtención de rentas, se considera que una interpretación de la prestación en este sentido no resulta forzada.
- No se exige a la persona solicitante que acredite responsabilidades familiares. Por tanto, según esta interpretación, no son tomados en consideración los ingresos de la unidad familiar.
- Puesto que el hecho de contar con la edad de cincuenta y dos años ya habilita para poder solicitar el subsidio, sumando los requisitos de cumplimiento anteriores, no es decisiva la carencia de ingresos.
- Teniendo el subsidio como finalidad el facilitar el acceso a la jubilación de las personas trabajadoras de edad madura, que por sus circunstancias personales presentan mayor dificultad para integrarse en el mercado de trabajo, difícilmente puede encajar con esta finalidad la exigencia de una situación de indigencia económica de la persona solicitante. Desde esta premisa, se estaría expulsando del sistema de Seguridad Social a todos aquellos que, pese a una dilatada vida laboral, percibieran por cualquier vía ingresos superiores al 75 por ciento del SMI, dificultando con ello el acceso posterior a la pensión de jubilación.
- El hecho de que la entidad gestora cotice por la contingencia de jubilación durante el tiempo de percepción de subsidio, la posibilidad de que sea posible suscribir un convenio especial de Seguridad Social y la interpretación jurisprudencial en cuya virtud el subsidio se extingue a partir del momento en que el beneficiario puede acceder a cualquier clase de jubilación anticipada, son circunstancias que demuestran que el subsidio se enmarca dentro de las prejubilaciones programadas.

- Por último, la propia ubicación legal de esta modalidad de subsidio y la distinta regulación que presenta en relación con el subsidio especial para desempleados mayores de cuarenta y cinco años y con el resto de las modalidades de subsidio, permiten sostener una postura acorde con esta tesis, relativa a no tomar en consideración los ingresos de la persona solicitante.

En definitiva, esta prestación parecía estar dotada de un tratamiento diferenciado frente al resto de personas beneficiarias que establece actualmente el art. 274 de la LGSS. No obstante, es importante precisar que esta duda interpretativa queda resuelta con la modificación que lleva a cabo el RDL 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. Esta norma añade un tercer párrafo al número 3 del apartado 1 del artículo 215, en el que se exige, para tener por cumplido el requisito de carencia de rentas a efectos del subsidio, que la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Como señala la Exposición de Motivos, la finalidad de este precepto es homogeneizar la regulación del subsidio para mayores de cincuenta y cinco años en relación con el resto de prestaciones del sistema y reforzar las políticas activas de empleo destinadas a este colectivo. Pese a que, con la modificación operada por el RDL 8/2019, de 8 de marzo, el subsidio vuelve a estar reconocido a los cincuenta y dos años, este requisito relativo a la carencia de rentas se sigue manteniendo en el actual art. 275 de la LGSS³⁹⁵.

Por ello, en la práctica, los Tribunales sí que toman en consideración el límite de rentas, conforme a la noción amplia que ha sido expuesta. Además del riesgo de poder

³⁹⁵CARRERAS ROIG, LL., “La posición de los trabajadores de más edad en el mercado de trabajo español en un contexto de crisis y postcrisis económica”, cit., pág. 64. El autor se muestra muy crítico con la ampliación que se llevó a cabo de la edad de cincuenta y dos a cincuenta y cinco años y la incorporación de los requisitos de renta.

enfrentarse a un procedimiento sancionador, la consecuencia será que la prestación sea considerada como indebidamente percibida³⁹⁶.

Con todo, se ha afirmado la compatibilidad del subsidio de mayores de cincuenta y dos años con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial³⁹⁷. Además, en la práctica se ha seguido un criterio laxo a la hora de permitir la compatibilidad de las rentas acordada con la empresa con el subsidio³⁹⁸.

2.3.2 El subsidio no contributivo por desempleo adaptado a mayores de 45 años

Dentro del subsidio derivado del agotamiento de la prestación por desempleo contributiva, además del supuesto singular por su duración de la prestación no contributiva a favor de los mayores de cincuenta y dos años, la normativa de Seguridad Social contempla los siguientes supuestos que pueden afectar a personas maduras incluidas en un despido colectivo: subsidio para las personas que han agotado la prestación de desempleo y cuentan con responsabilidades familiares; para quienes han agotado la prestación y no cuentan con responsabilidades familiares pero son mayores de cuarenta y cinco años en la fecha de agotamiento de la prestación por desempleo contributivo, con las particularidades que desarrolla el ya citado art. 274 de la LGSS.

En los referidos supuestos, el legislador también tiene en cuenta el factor de la edad en el rango de los cuarenta y cinco años, aunque se trata de una medida de protección

³⁹⁶ STSJ Castilla y León (Valladolid) 27 de octubre de 2014 (recurso 1470/2014). En este caso, la persona beneficiaria disfrutaba de una ayuda de prejubilación derivada de un plan de reconversión. Cuando solicita el subsidio para personas mayores de cincuenta y dos años, no informa del importe de 30.000 euros recibido como premio, que forma parte de la renta que ha de ser tomada en consideración para confirmar que se cumplen todos los requisitos.

³⁹⁷ FERNÁNDEZ GARCÍA, A., “Medidas para fomentar el empleo y el autoempleo de los mayores de 45 años”, en MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M. (coords.), *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, cit., pág. 194.

³⁹⁸ CAMBEIRO RELOVA, L., “Prejubilación en ERE”, en CABEZA PEREIRO, J., AMPARO BALLESTER PASTOR, A., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (dirs.), *La relevancia de la edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social*, cit., pág. 180.

“simbólica”³⁹⁹, por la limitada protección que ofrece a un colectivo tan vulnerable a partir de esa edad.

Así, aunque para estos casos resulta determinante la circunstancia de contar con responsabilidades familiares además de no superar el nivel de renta que marca la norma, se contempla como una de las situaciones que habilita para el acceso al subsidio una vez agotado la prestación por desempleo, ser mayor de cuarenta y cinco años en la fecha del agotamiento [art. 274.1 b) de la LGSS] de manera singularizada, con independencia de tener familiares a cargo.

Asumiendo el régimen jurídico y su dinámica de nacimiento, suspensión y extinción, comunes a este tipo de subsidio que ha sido expuesto anteriormente al hilo del reconocido a las personas mayores de cincuenta y dos años, el subsidio de las personas mayores de cuarenta y cinco años tiene un tratamiento más favorable que el resto de casos, teniendo en cuenta esta distinción:

- En el primer caso, contando con responsabilidades familiares y agotando una prestación de al menos ciento veinte días, el subsidio puede ser prorrogado hasta un máximo de veinticuatro meses.
- Si la prestación agotada es de, al menos ciento ochenta días, el subsidio podrá ser prorrogado hasta un máximo de treinta meses.
- Si la persona mayor de cuarenta y cinco años no tiene responsabilidades familiares, el subsidio tendrá una duración improrrogable de seis meses.

2.3.3 La renta activa de inserción

El Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, regula el programa de renta activa de inserción, basado tanto en la garantía de los ingresos como en el establecimiento de

³⁹⁹ CARRERAS ROIG, LL. “La posición de los trabajadores de más edad en el mercado de trabajo español en un contexto de crisis y postcrisis económica”, MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M. (coords.), *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, cit., pág. 63.

medidas adecuadas para la inserción laboral, fundamentalmente de los colectivos que presentan mayores dificultades, pero no incluye un tratamiento específico -en su formulación más general- para las trabajadoras y los trabajadores maduros⁴⁰⁰. La renta activa de inserción forma parte del régimen público de Seguridad Social, pero diferenciado y singularizado frente a los niveles contributivo y asistencial. Así, subyace en este tipo de programas la formación, perfeccionamiento, orientación, reconversión e inserción profesional de las personas desempleadas⁴⁰¹. Es decir, desde dentro de la acción protectora del desempleo se pretende promover la reinserción profesional⁴⁰². Como se tendrá ocasión de comprobar en el resto de programas, la suscripción de un compromiso de actividad será una condición inexcusable para acceder a las ayudas (art. 3 del RDL 1369/2006). En su configuración inicial, se trataba de una renta prevista para un tiempo concreto. No obstante, la crisis financiera iniciada en 2008 en nuestro país, propició que se convirtiera en una medida de carácter permanente bajo esas circunstancias⁴⁰³.

Sus orígenes se encuentran en el RD 236/2000, de 18 de febrero, por el que se regulaba un programa, para el año 2000, de inserción laboral para los trabajadores desempleados de larga duración, en situación de necesidad, mayores de cuarenta y cinco años. Por vez primera, a nivel nacional, se establecía un programa de inserción laboral que tenía como objetivo la incorporación del colectivo de personas trabajadoras mayores de 45 años desempleadas de larga duración a un programa variado de medidas de política activa de empleo gestionadas por los servicios públicos de empleo. El RD deriva de las directrices incluidas en el primer Plan de Acción para el Empleo del Reino de España

⁴⁰⁰ Vid. MORENO GENÉ, A., “La protección de los trabajadores maduros desde la pérdida “definitiva” del empleo hasta su acceso a la jubilación”, en MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M. (coords.), *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, cit., pág. 330-338.

⁴⁰¹ SELMA PENALVA, A., “Aspectos prácticos, perspectivas de futuro y cuestiones controvertidas de la renta activa de inserción”, *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2016, pág. 6.

⁴⁰² SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y. (dirs.), *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, cit., pág. 236.

⁴⁰³ GONZALEZ ORTEGA, S. (dir.), *Las prestaciones de garantía de rentas de subsistencia en el sistema español de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 123.

para 1999, confeccionado en línea con las directrices de la Comunidad Europea, que establecía entre sus objetivos la mejora de la capacidad de inserción laboral de las personas desempleadas, la combinación de las prestaciones y ayudas a personas desempleadas con medidas de inserción en el trabajo y el uso de medidas activas de empleo frente a lo que suponía la simple asignación de subsidios⁴⁰⁴.

Mediante esta renta, se reconoce al perceptor una suerte de derecho especial de acompañamiento en la búsqueda de empleo y en la mejora de la empleabilidad. Además, se suman elementos adicionales a la hora de incentivar el empleo, como son las subvenciones salariales o las bonificaciones en las cuotas empresariales de Seguridad Social⁴⁰⁵.

Como requisitos para el acceso al programa (art. 2 del RD 1369/2006), la persona beneficiaria debe ser mayor de cuarenta y cinco años, figurar inscrita como demandante de empleo durante 12 o más meses de manera ininterrumpida, no tener derecho a otras prestaciones o subsidios y carecer de rentas superiores en cómputo mensual al 75 por ciento del SMI, excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias. No obstante, el criterio de rentas se flexibiliza cuando la persona solicitante tiene responsabilidades familiares. El programa también da cobertura a otros colectivos de difícil empleabilidad como los discapacitados, los emigrantes retornados, la persona víctima de la violencia de género o los beneficiarios de pensiones de invalidez no contributiva sin dejan de percibirla.

La cuantía de esta renta será igual al 80 por ciento del IPREM durante un período de 11 meses, con la circunstancia de que, durante su percepción, el SEPE ingresará las cotizaciones por jubilación (arts. 4 y 5 del RDL 1369/2020).

⁴⁰⁴ ORDOÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo. Especial atención a la empleabilidad, la protección por desempleo y la jubilación*, cit., pág. 207.

⁴⁰⁵ ESTEBAN LEGARRETA, R., “La renta activa de inserción: una perspectiva en evolución desde el fomento del empleo”, en AA.VV., *Desempleo. XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. cit., pág. 183.

El objeto de estimular el empleo queda evidenciado en el hecho de que la aceptación del trabajo no determina la pérdida del subsidio (art. 6 del RD 1369/2020), sino que las personas beneficiarias conservarán una ayuda equivalente al 25 por ciento de la cuantía durante un período máximo de 180 días.

Según lo previsto en el art. 10 del RD 1369/2020, la renta activa es compatible con las becas y ayudas que puedan ser obtenidas por la asistencia a acciones de formación profesional vinculadas al Plan nacional de formación e inserción profesional. También lo es con el trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial, pero, en este caso, se deducirá del importe de la ayuda la parte proporcional al tiempo trabajado y el período de la renta pendiente de percibir mientras se compatibiliza con el trabajo se ampliará en la misma parte proporcional. En cambio, no es compatible con la obtención de rentas que superen los límites que marca el RD, tampoco con las prestaciones o subsidios, con el trabajo a tiempo completo o con las ayudas sociales que se pudieran reconocer a las víctimas de violencia de género que no puedan participar en programas de empleo.

Si se tiene en cuenta el importe económico moderado que representa esta renta activa, el progresivo retraso de la edad de jubilación y que (como ha sido expuesto) las personas maduras se encuentran especialmente afectadas por el desempleo de larga duración, cabe argumentar que supone un ahorro al Estado frente a otro tipo de ayudas o medidas asistenciales de alcance *más generoso* que podrían ser implementadas⁴⁰⁶.

2.3.4 El programa temporal de protección por desempleo e inserción

En plena incidencia de la crisis económica, el RDL 10/2009, de 13 de agosto, aprueba este programa por el que se establece una prestación por desempleo extraordinaria para quienes hayan extinguido por agotamiento la prestación o subsidio por desempleo. Las personas beneficiarias deben carecer de rentas superiores al 75 por

⁴⁰⁶ SELMA PENALVA, A., “La función social de la Renta Activa de Inserción en el siglo XXI”, en MONEREO PÉREZ, J.L.(dir.), *Medidas de Seguridad Social de fomento del empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema en España e Italia*, Laborum, Murcia, 2016, pág. 102.

ciento del SMI, comprometiéndose a participar en las actuaciones que establezca el SEPE para contribuir a la inserción laboral de la persona trabajadora.

En lo que atañe a este estudio, es interesante destacar que, para ser beneficiario de este programa (art. 2 del RDL 10/2009), no se individualizan los colectivos de personas trabajadoras calificados como especialmente vulnerables frente al desempleo de larga duración, sino que la categoría es general para personas menores de sesenta y cinco años, quienes acreditaban carencia de rentas y que hubieran agotado la protección por desempleo o algún subsidio de desempleo (incluyendo sus prórrogas), excluyendo el subsidio de mayores de 52 años. Para solicitarlo, las personas potencialmente beneficiarias del mismo debían estar inscritas en la oficina de empleo, suscribir el compromiso de actividad y realizar las distintas actuaciones que se determinasen en el SEPE, correspondiente al itinerario activo de inserción laboral en el que participase esa persona⁴⁰⁷.

2.3.5 El programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo

Hasta su sustitución por subsidio extraordinario por desempleo que introduce la Ley 6/2018, de 3 de julio en la DA vigésima séptima de la LGSS, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, el conocido como programa “Prepara” se encontraba regulado en el RDL 1/2011, de 11 de febrero, como desarrollo de los compromisos alcanzados entre los agentes sociales en el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones. El plan estaba pensado para reaccionar frente al desempleo juvenil, al desempleo de larga duración, la recualificación profesional de las personas que habían agotado la protección por desempleo y para llevar a cabo acciones de mejora de la empleabilidad para personas que, por su baja cualificación, encontraban dificultades de inserción laboral. Por ello, el perfil de persona beneficiaria en este caso tenía la condición de desempleada de larga duración (12 meses

⁴⁰⁷ ORDOÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo. Especial atención a la empleabilidad, la protección por desempleo y la jubilación*, cit., pág. 216.

en los últimos 18) o quienes tenían responsabilidades familiares siempre que, dentro del período comprendido entre el día 16 de agosto y el 30 de abril de 2018, hubieran agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo y no tuvieran derecho a cualquiera de los subsidios por desempleo establecidos o hubieran agotado alguno de dichos subsidios, incluidas las prórrogas⁴⁰⁸.

Además de configurar un sistema de reducción de cuotas empresariales a la Seguridad Social y de obtención de beneficios por parte de las empresas como resultado de la transformación en indefinidos de contratos de naturaleza temporal, el RDL incluía una ayuda económica de acompañamiento a favor de las personas inscritas en el programa. Como establecía el art. 2 del RDL 1/2011, el importe de la ayuda ascendía al 75 por ciento del IPREM hasta un máximo de seis meses a cargo del SEPE. Para tener derecho a la ayuda la persona solicitante debía carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 por ciento del SMI, excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias. Como limitación, cuando la persona beneficiaria percibiera salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas de asistencia social abonadas por las Comunidades Autónomas, la suma de las ayudas no podrá superar el 75 por ciento del SMI.

Para mejorar la empleabilidad, la norma contemplaba la realización de itinerarios individuales y personalizados de empleo, combinando actuaciones de orientación y formación para el empleo, incluyendo a las personas mayores de cuarenta y cinco años en situación de desempleo de larga duración en el foco de atención (art. 3. RDL 1/2011). La persona desempleada debía esperar a que el Servicio Público de Empleo activase las acciones de su itinerario para empezar a percibir las ayudas. Por ello, se ha concluido que

⁴⁰⁸ ORDOÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo. Especial atención a la empleabilidad, la protección por desempleo y la jubilación*, cit., pág. 220.

en esta medida se dejaba al margen la situación de necesidad, no pudiendo percibir las ayudas de manera inmediata⁴⁰⁹.

2.3.6 Programa de activación para el empleo

Hasta su sustitución, también por el subsidio extraordinario por desempleo, en el seno de la negociación tripartita entre el Gobierno, la patronal y los sindicatos, el 29 de julio de 2014 se adoptó el Acuerdo de propuestas para la negociación tripartita para fortalecer el crecimiento económico y el empleo, con el objetivo de intensificar los signos de crecimiento y de reactivación que comenzaban a ser detectados tras la crisis económica iniciada a finales de 2007. Entre las propuestas se incluía la necesidad de acometer medidas frente al desempleo de larga duración, dando una respuesta “rica en empleo e inclusiva”, como señalaba la Exposición de Motivos, a las personas que buscaban activamente empleo. En desarrollo de tal previsión, el 15 de diciembre de 2014 el Gobierno y los Interlocutores Sociales firmaron el Acuerdo sobre el Programa Extraordinario de Activación para el Empleo, siguiendo las Recomendaciones específicas dirigidas a nuestro país del Consejo de la Unión Europea de 8 de julio de 2014 relativo al Programa Nacional de Reformas que presentaba nuestro país.

El RDL 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo, desarrollaba las anteriores previsiones a favor de mejorar la empleabilidad de las personas desempleadas de larga duración en un momento en el cual se detectaba un cambio hacia un ciclo económico más favorable, como así sucedió en el período 2015-2020, antes de la incidencia de la pandemia del Covid-19. El Referido Programa comprendía políticas activas de empleo, actuaciones de intermediación laboral gestionadas por los Servicios Públicos de Empleo, así como una ayuda económica de acompañamiento gestionada por el SEPE ligada al cumplimiento de los requisitos y la participación en todas las políticas del programa. En esencia, parte de las mismas premisas que sirvieron de soporte para la Renta Activa de Inserción y el Plan Prepara,

⁴⁰⁹ GONZALEZ ORTEGA, S. (dir.), *Las prestaciones de garantía de rentas de subsistencia en el sistema español de Seguridad Social*, cit., pág. 128.

condicionando la condición de beneficiario al cumplimiento de los mismos requisitos⁴¹⁰. Así, del perfil necesario para acceder (art.2 del RDL 16/2014) el tipo de persona trabajadora madura afectada por un despido colectivo encajaba, al estar pensado para personas que habían agotado los subsidios contributivos y no contributivos, figurando inscritos como demandantes de empleo, cesar involuntariamente en el trabajo y carecer de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75 por ciento del SMI, excluyendo la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias, contando igualmente con responsabilidades familiares.

La ayuda económica de acompañamiento al programa que regulaba el art. 7 del RDL 16/2014, contaba con una duración de seis meses y consistía en una ayuda por importe del 80 por ciento del IPREM. La indicada cantidad era compatible con las ayudas que pudieran ser obtenidas por la asistencia a acciones de formación profesional para el empleo y el trabajo por cuenta ajena, a tiempo completo o parcial, de manera indefinida o temporal, hasta un máximo de cinco meses, siempre que no fuera prestado a ninguna empresa o entidad que forme parte del sector público (art. 8.1. RDL 16/2014). En tal caso, el empresario descontaría la cuantía de la ayuda económica del importe del salario que le corresponda recibir a la persona trabajadora. Junto a este incentivo, el empresario también podía acceder a bonificaciones por realizar estas contrataciones de personas desempleadas de larga duración (art. 8.3 RDL 16/2014).

Este plan contemplaba la colaboración directa de las agencias de colocación. La persona trabajadora podía acreditar que la búsqueda de empleo la realiza a través de este tipo de agencias. Por su parte, los servicios públicos de empleo podían contar con la colaboración de estas agencias⁴¹¹.

⁴¹⁰ ORDOÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo. Especial atención a la empleabilidad, la protección por desempleo y la jubilación*, cit., pág. 222.

⁴¹¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S. (dir.), *Las prestaciones de garantía de rentas de subsistencia en el sistema español de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 130.

2.3.7 El subsidio extraordinario por desempleo

Tal y como se ha indicado anteriormente, este subsidio se encuentra regulado en la DA vigésima séptima de la LGSS, correspondiendo a aquellas personas que hayan agotado el subsidio por desempleo o bien sean parados de larga duración (considerando como tales a quienes permanezcan inscritos como demandantes de empleo durante al menos 360 días en los dieciocho meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del subsidio) habiendo cesado de forma involuntaria en un trabajo por cuenta ajena y no tengan derecho a ninguna prestación o ayuda económica. Como requisitos que debe cumplir la persona solicitante, además de no tener derecho a la protección por desempleo en ninguno de sus niveles, no debe tener cumplida la edad que le permita acceder a la pensión de jubilación en sus modalidades contributiva o no contributiva y carecer de rentas superiores en cómputo mensual al 75 por ciento del SMI, una vez excluida la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias, acreditando tener responsabilidades familiares.

Como suele ser un elemento común en este tipo de subsidios, su concesión está ligada a la firma de un compromiso de actividad una vez inscrito como demandante de empleo para su búsqueda activa, participando en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales. Transcurrido el plazo de espera de un mes desde el agotamiento del anterior subsidio cumpliendo estos requisitos, será posible solicitar la ayuda en los quince días siguientes.

El SEPE será el encargado del pago de esta ayuda que asciende al 80 por ciento del IPREM vigente en cada momento, con una duración máxima de 180 días que no será posible percibir en más de una ocasión.

En el presente caso, centrandó la figura en el objeto de este estudio, teniendo en cuenta la duración continuada del subsidio a favor de mayores de cincuenta y dos años, parece poco probable que una persona desempleada de larga duración calificada como “madura” resulte beneficiaria de esta prestación, salvo cuando se encuentre en la franja de edad entre los cuarenta y cinco y cincuenta y dos años, una vez agotadas todas las

prestaciones contributivas, no contributivas y las ayudas de los programas de activación para el empleo.

2.3.8 El ingreso mínimo vital, como mejora centralizada del programa de rentas mínimas de las Comunidades Autónomas

El ingreso mínimo vital consiste en una prestación económica de periodicidad mensual que es abonado para la cobertura de las necesidades básicas, que abona la diferencia entre el conjunto de ingresos durante el año anterior había percibido el hogar unipersonal o la unidad de convivencia y la renta garantizada que introduce esta nueva prestación no contributiva en nuestro sistema de Seguridad Social mediante el RDL 20/2020, de 29 de mayo.

Con el ingreso mínimo vital se aspira a reducir la pobreza, sobre todo es su nivel más extremo, y la redistribución de la riqueza al asegurar un determinado nivel de renta, y ello con independencia del lugar de residencia de las personas beneficiarias. De este modo, es regulada una prestación que sirve de “suelo” sobre el que se asienten los distintos programas de rentas mínimas de inserción que tienen las diferentes Comunidades Autónomas dentro de las competencias que tienen reconocidas en este ámbito, también denominadas “salario social”⁴¹².

A diferencia de lo que ocurre con la noción de subsidio más tradicional en nuestro sistema, el ingreso mínimo vital no es un fin en sí mismo, sino que aspira a que, mediante la satisfacción de unas condiciones materiales mínimas, sea lograda la participación plena de las personas beneficiarias en la vida social y económica. Por ello, se parte de la premisa de que la ausencia estructural de recursos no hace posible el acceso a oportunidades en el ámbito laboral, educativo o social. Además, las entidades locales o las comunidades autónomas, deben permitir unos itinerarios de inclusión flexibles y adaptados a cada situación de las personas beneficiarias del ingreso. El mismo tiene carácter universalizante y se contrapone, por este motivo, a la concepción de prestación pública

⁴¹² ORDOÑEZ CASADO, M. I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo. Especial atención a la empleabilidad, la protección por desempleo y la jubilación*, cit., pág. 226.

basada en una situación de “vulnerabilidad” o que debe partir de “situaciones de necesidad”⁴¹³.

El INSS es el órgano competente para el reconocimiento y control de la prestación, sin perjuicio de la posibilidad de articular determinados mecanismos de colaboración con otras administraciones (art. 22 del RDL 20/2020), debiendo seguir el titular del derecho el procedimiento para la tramitación de prestaciones configurado con sede general en el art. 129 de la LGSS, sin perjuicio de las particularidades que establece para esta previsión el Capítulo IV del RDL 20/2020.

Tres hitos influyen decisivamente en el surgimiento de esta prestación. En primer lugar, la iniciativa legislativa popular presentada por los sindicatos UGT y CCOO sobre el establecimiento de una prestación de ingresos mínimos en el ámbito de la Seguridad Social⁴¹⁴. En segundo lugar, el estudio “Los programas de rentas mínimas en España”⁴¹⁵ de la Autoridad Independiente de Responsabilidad fiscal, que entre otras conclusiones criticaba la ausencia de un programa centralizado sobre rentas mínimas en nuestro país, al igual que destacaba la necesidad de que se evitase el efecto pernicioso de “aletargamiento” que en muchas ocasiones pueden generar este tipo de ayudas basadas en el subsidio. Por ello, se recomendaba buscar una fórmula que incentivase la incorporación al mercado laboral. En tercer lugar, las consecuencias de la crisis sanitaria del Covid-19. Pese a que la tramitación de la iniciativa legislativa popular se encontraba ya muy avanzada, el efecto de la pandemia en la paralización de la actividad productiva, y su consecuente efecto en las rentas de la ciudadanía, determinó su aprobación mediante RDL en el contexto del estado de alarma. La imperiosa necesidad de poner en marcha la prestación ante las circunstancias sociales concurrentes probablemente sea la responsable

⁴¹³ RUIZ-RIO ARIAS, M.D., “Primeras reflexiones sobre el ingreso mínimo vital y obligación de alimentos entre parientes. Aspectos civiles y procesales”, *La Ley*, núm. 9664, 2020, pág. 1.

⁴¹⁴ Números de expediente 120/000035 de la X Legislatura, 120/000003 de la XI Legislatura y 120/000002 de la XII Legislatura.

⁴¹⁵ https://www.airef.es/wp-content/uploads/RENTA_MINIMA/20190626-ESTUDIO-Rentas-minimas.pdf (última vez consultado: 22 de octubre de 2021).

de que la norma que regula este ingreso haya incurrido en no pocos defectos técnicos: una regulación independiente (“extrasistemática”) cuando podía tener acomodo en la LGSS, problemas aplicativos por no contar con reglamento de desarrollo tras su aprobación, modificaciones sobrevenidas al poco tiempo de ser publicado, fruto de lo anterior, la regulación adolece de una notable complejidad técnica, conduciendo a innumerables problemas aplicativos, lo que ha derivado en un “atasco” de expedientes⁴¹⁶.

El ingreso mínimo vital toma como referencia la renta garantizada del hogar familiar o lo que denomina como “unidad de convivencia” a la hora de reconocer el derecho a la prestación y establecer el importe, incrementándose en función del número de miembros. La vinculación entre los integrantes que conviven juntos puede deberse a la consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, pero también la prestación está pensada para personas que compartan vivienda por situación de necesidad (arts. 4 a 7 del RDL 20/2020). Teniendo en cuenta la vulnerabilidad económica, está pensado especialmente para los hogares monoparentales estableciendo un complemento accesorio por este motivo. La esfera protectora del ingreso también está especialmente prevista para la infancia, al establecer escalas de equivalencia para los menores superiores a las utilizadas habitualmente en este tipo de prestaciones.

La vulnerabilidad a estos efectos, queda reconocida cuando el promedio mensual del conjunto de ingresos de la unidad de convivencia correspondientes al ejercicio anterior, sea al menos de diez euros inferior al nivel de renta garantizada, en función de las características de la persona beneficiaria individual o la unidad de convivencia, requiriéndose además que su patrimonio, excluida la vivienda habitual. No computarán como ingresos los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social que concedan las comunidades autónomas (art. 8 del RDL 20/2020). En

⁴¹⁶ Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F. y SEMPERE NAVARRO, A. V., “El ingreso mínimo vital en el marco de las políticas públicas de protección social: consideraciones generales”, en CAVAS MARTÍNEZ, F., GARCÍA ROMERO, B. (dirs. y coords.), *El Ingreso Mínimo Vital. Una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómicas*, cit., págs. 44 a 46.

todo caso, la norma detalla la forma de computar los ingresos y el patrimonio del titular (art. 18 del RDL 20/2020) y la acreditación de los requisitos (art. 19 del RDL 20/2020).

Tal vez lo más llamativo de este subsidio, que lo convierte en una prestación basada en un modelo con un enfoque muy distinto al tradicional en nuestro sistema asistencial sea la compatibilidad con el empleo, de modo que la percepción de esta prestación no desincentiva la participación en el mercado laboral por cuenta propia o ajena (art. 8.4 del RDL 20/2020). Al hilo de lo indicado en el informe de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, se considera que la posibilidad de percibir el ingreso con otras rentas va a estimular la incorporación activa del beneficiario al mundo laboral. De este modo, se pretende alcanzar un doble objetivo:

- Por un lado, evitar que la actividad productiva de la persona beneficiaria se desarrolle dentro de la economía sumergida, si bien la norma prefiere hablar de “economía informal”. El modelo tradicional de subsidios no contributivos, al no permitir dicha compatibilidad y estar basado en una cuantía fija condicionada a que la persona fuera desempleada, indirectamente propiciaba el recurso a este tipo de prácticas. Frente a ello, el ingreso mínimo vital puede ser modulado en función de la renta que sirva de referencia y de las personas que quedan englobadas dentro de su acción protectora. Sumado a lo anterior, no debe ser ignorado el hecho cierto de que la precariedad laboral, los salarios bajos, la temporalidad o la parcialidad son factores que van irreversiblemente asociados a determinados puestos de trabajo, que se nutren de colectivos especialmente vulnerables como son las personas inmigrantes, los jóvenes sin cualificación que buscan su primer empleo o los desempleados de larga duración. Estas circunstancias tampoco incentivaban la reincorporación de la persona beneficiada por las rentas subsidiadas mientras conservase el derecho a su percepción.
- En segundo lugar, el ingreso mínimo vital es una prestación no contributiva de un espectro muy amplio, no solo vinculado al colectivo que busca un empleo. Por su configuración, no incluye dentro de su acción protectora la cotización para las

prestaciones futuras del beneficiario como jubilación, incapacidad, muerte o supervivencia. Por ello, con la compatibilidad, es posible continuar la carrera de cotización del beneficiario.

Acercas del carácter de subsidio “de nueva generación”, es interesante destacar que la propia Exposición de Motivos de la norma lo califica como un seguro colectivo frente a un entorno caracterizado por la incertidumbre, asumiendo que será un elemento cada vez más presente en nuestra sociedad al que la ciudadanía tendrá que enfrentarse en el futuro próximo. Algunos indicadores de este nuevo horizonte son:

- Carreras laborales inciertas, frente al modelo rígido que ha presidido nuestro mercado laboral hasta ahora, basado en largas trayectorias prestando servicios para un mismo empleador. De hecho, era comúnmente aceptada en nuestra sociedad la idea de que la evolución natural de un contrato de trabajo era que culminase en la extinción por jubilación, dejando atrás más de treinta años de antigüedad en una misma compañía. En el nuevo modelo, el fenómeno de las transiciones laborales en la vida laboral de cualquier persona hacia nuevos nichos de empleo o de fórmulas de vinculación para prestar el trabajo se habrá normalizado definitivamente.
- Nuevas vulnerabilidades: la pandemia del Covid-19 ha puesto de manifiesto las amenazas a las que se enfrenta la ciudadanía a escala global y la necesidad de acometer medidas drásticas que afectan a pautas de funcionamiento más esenciales de la sociedad y a nuestra forma de interactuar. Medidas como el confinamiento o las restricciones de contacto social que han sido adoptadas, habrían sido más propias de una novela distópica que de un diario oficial. Partiendo de lo anterior, tanto las consecuencias de estas vulnerabilidades como su impacto en la estructura socioeconómica tienen un claro efecto en el empleo y sus condiciones.
- Las transformaciones asociadas a la robotización del trabajo: que amenaza a un considerable número de puestos de trabajo fundamentalmente de baja

cualificación o que reporta poco valor añadido. Son precisamente estos los puestos que ocupan los colectivos de menor empleabilidad, como las personas mayores desempleadas de larga duración.

- En una escala más general el cambio climático también incide en el tejido productivo y en el empleo. Así puede suceder en sectores estrechamente vinculados a las características climatológicas, ya sea en el nivel productivo o de servicios donde se ubican, o como consecuencia de la irrupción de fenómenos climatológicos extremos que puedan tener repercusión en centros de trabajo hasta el punto de afectar a su producción.

Todos estos elementos, en definitiva, potencian la volatilidad de los ingresos y empleos y obligan a dotar a los sistemas de previsión social necesariamente de un nuevo enfoque en el que, al hilo de la incertidumbre, una persona pueda atravesar etapas de vulnerabilidad económica en las diversas transiciones por las que deba transitar a lo largo de su vida laboral. Es por ello, que el derecho a esta prestación económica se mantiene mientras concurren los presupuestos que habilitan para su concesión (art. 12 del RDL 20/2020), que puede ser modificada o actualizada (art. 13 del RDL 20/2020), así como quedar en suspenso (art. 14 del RDL 20/2020) en función del devenir que experimente la persona o grupo de personas que resultan beneficiarios. La extinción puede llegar, además de por la renuncia o el fallecimiento de la persona titular del derecho, por la pérdida definitiva de alguno de los requisitos, la resolución de un procedimiento sancionador, la salida del territorio nacional sin realizar los trámites oportunos previos, la suspensión del derecho durante un año, el incumplimiento reiterado de las condiciones asociadas a la compatibilidad del ingreso con las rentas o la actividad económica que sí permite su abono combinado, así como cualquier otra que pueda quedar determinada reglamentariamente (art. 15 del RDL 20/2020).

La cuantía, según señala el art. 10 del RDL 20/2020, vendrá determinada por la diferencia entre la cuantía de la renta garantizada y el conjunto de todas las rentas e ingresos de la persona beneficiaria o de los miembros que componen la unidad de

convivencia. Si solo consta como beneficiaria una sola persona individual, el importe ascenderá al 100 por ciento del importe anual de las pensiones no contributivas fijado anualmente en la Ley de Presupuestos. Cuando el ingreso sea destinado a una unidad de convivencia, el importe se incrementará en un 30 por ciento por cada miembro adicional a partir del segundo hasta un máximo del 220 por ciento. Como se ha apuntado anteriormente, es posible sumar un complemento de monoparentalidad del 22 por ciento.

A los fines de esta tesis, interesa analizar si las personas trabajadoras maduras pueden ser beneficiarias de esta prestación. Como se ha señalado, el ingreso mínimo vital cuenta con un ámbito subjetivo muy amplio de potenciales beneficiarios, bien como titulares o como integrantes de la unidad de convivencia, donde se concede una especial atención a las familias monoparentales y a las personas que no ostenten la mayoría de edad. La edad establecida para ser titular, según señala el art. 5.2 del RDL 20/2020 es la de veintitrés años, salvo en el caso de ser mayor de edad o menor emancipado en caso de tener hijos o menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente. Se exceptúa el requisito de contar con veintitrés años si la persona no se integra en ninguna unidad de convivencia, si la persona titular es víctima de violencia de género o víctima de trata de seres humanos y explotación sexual, el requisito será entonces contar con la mayoría de edad.

Para determinar la renta y el patrimonio de la persona madura, conviene tener presente que el art. 18.1 d) del RDL 20/2020 apunta que computará como ingreso el importe de las pensiones y prestaciones, contributivas o no contributivas, públicas o privadas [art. 18.1 d) del RDL 20/2020]. En consecuencia, la prestación por desempleo contributiva y la no contributiva (en este punto, destaca sobre todo el subsidio a favor de mayores de cincuenta y dos años) sumarán a los efectos de determinar si una persona carece o no de las rentas suficientes. Es importante advertir que el legislador está hablando de cantidades de abono periódico de carácter público o privado. Por ello, también deberían ser traídas a colación las cantidades que pueda pagar una empresa o una entidad aseguradora como resultado de un acuerdo de prejubilación. Sería deseable que se arbitrara de manera expresa algún régimen de compatibilidad de este ingreso con los ingresos o rentas propias

similar al que existe en el ámbito de las pensiones no contributivas de jubilación o invalidez⁴¹⁷.

Frente al criterio anterior, quedarán exceptuados del cómputo de rentas “los salarios sociales, rentas mínimas de inserción o ayudas análogas de asistencia social concedidas por las comunidades autónomas” [art. 18.1. e).1º del RDL 20/2020]. Resulta evidente que con esta mención la norma está aludiendo a los programas de rentas mínimas que ofrecen las distintas comunidades.

En segundo lugar, entre los ingresos que no computan como renta se encuentran “las prestaciones y ayudas económicas públicas finalistas que hayan sido concedidas para cubrir una necesidad específica de cualquiera de las personas integrantes de una unidad de convivencia, tales como becas o ayudas para el estudio, ayudas por vivienda, ayudas de emergencia, y otras similares” [art. 18.1.e) 2º del RDL 20/2020]. Dentro de este bloque, es factible argumentar que podrían tener cabida las ayudas concedidas por los planes de reconversión de determinadas empresas o sectores, siempre que las mismas así lo confirmasen en su normativa reguladora, como ha sido tradicional en los distintos Reales Decretos de programas de reconversión. Como parte de este tipo de medidas, se incluye la concesión de ayudas a las personas afectadas por reestructuraciones laborales y despidos colectivos. El colectivo más afectado por estos procesos es el de las personas trabajadoras maduras. Adviértase que, en este caso, el RDL 20/2020 no alude exclusivamente a salarios sociales o rentas en el ámbito donde la Comunidad Autónoma es competente, sino que se refiere a la naturaleza pública de la ayuda, lo que puede corresponder a cualquier administración.

En tercer lugar, las rentas exentas reguladas en los párrafos b), c), i), n), q), r), s) e y) del artículo 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF, abarcando las ayudas a favor de las personas afectadas por el virus de la inmunodeficiencia humana, las

⁴¹⁷ GARCÍA ROMERO, B., “Régimen jurídico del ingreso mínimo vital (XI): compatibilidades e incompatibilidades del IMV con otras prestaciones sociales y con el trabajo”, en CAVAS MARTÍNEZ, F., GARCÍA ROMERO, B. (dirs. y coords.), *El Ingreso Mínimo Vital. Una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómicas*, cit., pág. 379.

pensiones a favor de las víctimas de la Guerra Civil Española, las prestaciones por acogimiento de persona en situación de dependencia, la prestación por desempleo en su modalidad de pago único cumpliendo los requisitos que condicionan su abono, las indemnizaciones satisfechas por las Administraciones Públicas por daños personales como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, las prestaciones por entierro o sepelio, las ayudas a personas afectadas por hemofilia u otras coagulopatías congénitas como resultado del tratamiento recibido en el sistema sanitario y las prestaciones económicas en concepto de renta mínima de inserción, por carencia de recursos, así como por la condición de víctima de delitos violentos, la explotación sexual o relacionados con la violencia de género. En consecuencia, como puede constatarse de la enumeración, dentro de la selección no se incluye la indemnización por despido, que está recogida en el apartado e) de dicha norma. Por ello, considerando que el titular del derecho sea una persona afectada por un despido colectivo, la indemnización que pueda corresponder computaría a efectos de su renta, si fue abonada el año anterior a la presentación de la solicitud (art. 18.2 del RDL 20/2020), o si se abona de manera periódica en una prejubilación programada. Es decir, el abono fraccionado de la indemnización estaría perjudicando al titular del derecho a diferencia de la percepción del importe en pago único, en la fecha efectiva de la extinción del contrato.

Como otro punto destacado, la citada norma también incluye su propio régimen de infracciones y sanciones en un capítulo específico⁴¹⁸.

Finalmente, por lo que toca en este punto al ingreso mínimo vital, puesto que ya se ha sostenido que el mismo representa un ingreso “de nueva generación”, en páginas precedentes ya se ha adelantado la posible coexistencia con el pago de una renta fruto del plan de prejubilación. Al permitir su compatibilidad con el trabajo o con la percepción de

⁴¹⁸ No obstante, es cuestionable si -por razones de sistemática- no habría sido más conveniente añadir todo este contenido dentro de la LISOS, ya que el propio RDL se remite a esta norma y al RD 928/1998 para señalar cuál es el procedimiento sancionador que resulta aplicable. En apoyo a esta argumentación, se debe recordar que el elenco de infracciones y sanciones de la LISOS no es privativo de las empresas o los empleadores, sino que también la persona física beneficiaria de prestaciones puede ser sujeto infractor.

otro tipo de renta periódica, en este caso la compatibilidad sí que puede tener encaje⁴¹⁹. Ahora bien, se estará al caso concreto de la persona afectada por la reestructuración que aspire a ser beneficiaria. Es decir, la persona puede percibir una ayuda o renta fruto del proceso de reestructuración y si (y solo si) la cuantía de esa cantidad periódica lo permite, en atención a las circunstancias personales y familiares, podrá encontrarse también dentro de la normativa que establece la regulación del ingreso mínimo vital.

⁴¹⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V. y GARCÍA GIL, M.B. (dirs.), *Ingreso mínimo vital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.Ebook.

CONCLUSIONES

1. *Personas trabajadoras maduras y discriminación por razón de edad*

Resulta un hecho innegable que la población en edad madura representa un grupo especialmente vulnerable. A la merma de capacidades que puedan sufrir, se suma la circunstancia de que constituye un colectivo que, en demasiados casos, adolece de baja cualificación al no haber contado con las oportunidades formativas que ahora pueden disfrutar las personas jóvenes, lo que afecta a su reciclaje dentro de la empresa o a su empleabilidad. Los factores familiares (cuidado de hijos en una paternidad cada vez más tardía o la atención de las personas mayores dependientes) también fuerzan el arraigo de estas personas en una determinada región, imposibilitando su movilidad hacia otros nichos de empleo geográficamente fuera de su entorno habitual. Por si lo anterior no fuera suficiente, cuando todavía este grupo de personas no se ha repuesto de la crisis financiera que asoló a nuestro país hace más de diez años, se añaden ahora otras importantes amenazas, como la crisis que ha ocasionado la pandemia del Covid-19 o el fenómeno que ha sido denominado de manera eufemística, o la “cuarta revolución industrial”, que implica la integración de las nuevas tecnologías no solo en el proceso productivo (como hasta ahora), sino que directamente cubren las funciones desempeñadas por la persona trabajadora, sustituyéndola. Nuevamente, la difícil empleabilidad de estas personas las coloca en la peor posición frente a los cambios que trae este nuevo modelo de relaciones laborales.

Ante esta realidad, el factor de proximidad a la edad de jubilación, así como la posibilidad de poder disfrutar de determinadas medidas de previsión social, en un momento de crecimiento demográfico del país que garantizaba el sostenimiento del sistema de Seguridad Social, motivó que el Tribunal Constitucional no considerara contrario al art. 14 de la CE la extinción del contrato de trabajo a partir de una determinada edad o que, entre las personas afectadas por un despido colectivo, la mayoría fuera trabajadoras y trabajadores maduros. En otras palabras, los mayores debían “sacrificarse” y “ceder el sitio” a los más jóvenes, pareciendo lo natural. De esta forma, la protección judicial frente

a la discriminación por razón de la edad en el caso de que las personas perjudicadas fueran mayores ha sido mucho más débil que en otros supuestos de discriminación.

La circunstancia expuesta también tiene su reflejo en la doctrina del TJUE. Puede sostenerse sin temor a equivocación que las numerosas resoluciones que han analizado este fenómeno desde todos los ángulos posibles revelan que la edad se sitúa como causa de discriminación de mucho menor rango que otras circunstancias personales dignas de tutela legal y judicial.

En efecto, las medidas adoptadas por los gobiernos o los particulares (en este caso empresas) pueden encontrar acomodo dentro de las excepciones que señala en su art.6 de la Directiva 2000/78, representando “la puerta de atrás” por la que dejan de ser aplicables las reglas generales.

2. La aportación al Tesoro Público

La aportación al Tesoro Público representa una obligación complementaria a las medidas sociales que las empresas deben adoptar en caso de despido colectivo, que adolece de una “farragosa y atormentada regulación”⁴²⁰. Su ámbito de impacto es muy limitado, teniendo en cuenta –por un lado- que el número de empresas o grupos de empresas en nuestro país con más de 100 trabajadores es reducido. Junto a lo anterior, es preciso tener en cuenta los reducidos recursos con los que cuenta el SEPE para realizar un seguimiento del ámbito de incidencia de los despidos colectivos cuando no se efectúa la comunicación por parte de la empresa obligada y debe actuar de oficio. La limitación de recursos es tan acusada, que muchos procedimientos corren el riesgo de quedar prescritos al cierre de cada ejercicio anual.

Hay indicios muy claros que revelan que la aportación al Tesoro Público se inspira en el modelo seguido por otros países para penalizar el despido de determinados colectivos vulnerables. En concreto, la influencia de la “Contribución Delalande” se antoja muy

⁴²⁰ En palabras de la STS 31 de octubre de 2017 (recurso 235/2016).

clara. En este caso, la introducción de la DA decimosexta en el Estatuto de los Trabajadores fue una medida de urgencia para reaccionar frente al mastodóntico despido que se propuso implementar Telefónica en 2015. Este planteamiento tan concreto ha lastrado el desarrollo de esta figura durante los años siguientes, con las deficiencias que se han ido apuntando. Hoy por hoy, sigue siendo una institución muy compleja con demasiadas zonas grises.

Seguido de lo anterior, no existe un tipo sancionador derivado del incumplimiento de la obligación de llevar a cabo la aportación al Tesoro Público. Solo se encuentra el tipo del art. 8.18 LISOS, pero está referido a nla ausencia de la necesaria comunicación a la Autoridad Laboral. Igualmente, ante el impago de la liquidación, resulta aplicable el procedimiento de apremio previsto en la normativa general sobre recaudación.

Los peligros que se ciernen sobre el sistema de pensiones español no han hecho sino agudizarse desde que fueron publicadas las normas para la racionalización de nuestro sistema durante la década pasada. Es decir, el riesgo de colapso hoy día es mucho mayor que cuando fueron realizadas las primeras previsiones. Por ello, el importe recaudado debería ser destinado en su integridad en dotar de fondos al SEPE, incluyendo la reposición de las prestaciones abonadas y la realización de programas de activación que contribuyan a la empleabilidad de los trabajadores de edad madura. En este sentido, tal vez sería más conveniente hablar de una aportación, no al Tesoro Público, sino al SEPE. Este cambio, no solo afectaría a su denominación sino a su propia naturaleza, que dejaría de ser un tributo extrafiscal, lo que también afectaría al procedimiento de recaudación, que podría pasar a estar regulado por el RGRSS.

3. El convenio especial de Seguridad Social

En el Capítulo dedicado al estudio de esta obligación empresarial se ha expuesto cómo el convenio especial de la Seguridad Social previsto en el art. 51.10 del ET encaja con dificultad en el propio concepto de Convenio especial y con las restantes modalidades de convenio reguladas en la Orden TAS/2865/2003. Ante todo, resulta diferenciador frente al resto de figuras de la misma naturaleza el hecho de que empresario y persona

trabajadora compartan su coste en momentos distintos. Respecto a esta circunstancia, pese a la existencia de unas dudas iniciales por parte de la TGSS, actualmente parece claro que no es preciso que la concurrencia de causa económica en el despido colectivo se manifieste sola para que la aportación de la empresa quede limitada a la edad de sesenta y un años de la persona trabajadora y no a los 63, como es la regla general. Si además de la causa económica concurrían causas productivas, organizativas o técnicas, la Administración Laboral interpretaba que la vigencia no quedaba limitada. Dicha conclusión carecía de sentido, teniendo en cuenta que no era esa la finalidad perseguida por el legislador y que cada causa tiene entidad propia cuando es alegada en un despido colectivo.

Al igual que ocurre en el caso de la aportación al Tesoro, las obligaciones empresariales en materia de Convenio especial a favor de las personas de edad madura han ido integrándose en el régimen jurídico del despido colectivo de manera aluvional, fruto de diferentes disposiciones legales que han compuesto el mosaico actual, por lo que, nuevamente, se afirma la necesidad de armonización de su regulación. En este nuevo marco normativo, la obligación de suscribir el convenio debería comprender a las personas de cincuenta o más años y no a partir de cincuenta y cinco, como ocurre en la regulación vigente. De este modo, la medida se sumaría a la aportación al Tesoro Público. Si la persona resulta beneficiaria en toda su duración del desempleo contributivo, realmente la aportación de la empresa se adelantaría de los cincuenta y cinco a los cincuenta y dos, cuando el SEPE dejara de cotizar por la persona trabajadora.

Con el mismo ánimo de simplificar la compleja regulación aplicable en la actualidad y dotar de una regulación mucho más coherente todos los procesos que pueden quedar enlazados mientras se tramita un despido colectivo, se considera que la excepción que establece el Estatuto de los Trabajadores sobre la exoneración de la obligación de suscribir un convenio si la empresa se encuentra incurso en un procedimiento concursal, ha de ser interpretada de manera más amplia, dando cabida también a las figuras del derecho preconcursal que regula con entidad propia la LC. Ya se ha indicado que la situación objetiva es la misma: la insolvencia de la empresa. Por ello, cuando dicha insolvencia no resulta culpable y deriva de las propias incertidumbres del entorno

empresarial, no debería ser incrementada la masa del concurso con unos costes que solo van a comprometer, más si cabe, la viabilidad de la compañía y la posibilidad de superar con ciertas garantías de éxito la situación concursal.

4. *Prioridad de permanencia y plan de recolocación*

Pese a la habilitación que concede el ET en materia de medidas sociales y prioridades de permanencia en caso de reestructuración, un acercamiento a la negociación colectiva revela que los interlocutores sociales no han aprovechado la oportunidad que se ha concedido a la negociación colectiva. Los convenios colectivos han centrado su atención en la posibilidad de adaptar las condiciones laborales de la persona por razones de edad y en el mantenimiento de determinados incentivos para adelantar la jubilación voluntaria del trabajador. Dichos incentivos no dejan de suscitar dudas, toda vez que su aplicación podría ser considerada hasta cierto punto discriminatoria, para las personas de edad y para otros colectivos que deben abandonar la empresa también por el acceso a una prestación, no disfrutando de las mismas medidas sociales (por ejemplo, incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, en comparación con las ayudas reconocidas para la persona trabajadora que decide adelantar su edad de jubilación, cuando sus cotizaciones y circunstancias personales habilitan pedir la jubilación anticipada). La misma crítica cabe dirigir a las medidas negociadas durante los períodos de consultas entre la representación de la empresa, por un lado, y la de las personas trabajadoras, por el otro, puesto que las medidas sociales se basan, en demasiadas ocasiones, únicamente en la mejora del importe indemnizatorio. Frente a ello, otras medidas sociales, como la recolocación en otras empresas con las que existan vínculos, o la modificación de las condiciones laborales en pos de fórmulas de trabajo más flexibles, son sistemáticamente ignoradas.

Habida cuenta que las personas trabajadoras de edad madura afectadas por un despido colectivo pueden sufrir con mayor rigor las consecuencias del desempleo de larga duración, cobra sentido que las medidas de prioridad de permanencia incluyeran expresamente esta situación, avanzando un paso más en lo que señala el legislador, cuando habla de “edad” como uno de los factores que habilitan para establecer la prioridad de permanencia a favor de determinados colectivos vulnerables, pero sin entrar

en mayores precisiones. Como se ha expuesto, la baja cualificación es otro detonante del apartamiento de la vida laboral activa por la difícil empleabilidad que esta situación conlleva, que se suma a todas las consecuencias de la edad madura. Por ello, las prioridades de permanencia también podrían distinguir esta circunstancia de manera que, complementando a la referencia expresa a la edad, se incluyera el factor de la baja cualificación profesional y la posibilidad de acometer un plan formativo específico adaptado a las circunstancias de estas personas.

Seguido de lo anterior, se detecta en la práctica que los planes de recolocación son asumidos por las empresas que acometen los despidos colectivos y encomendados a empresas especializadas. No obstante, en no pocas ocasiones se trata de programas genéricos que no tienen en cuenta el perfil de cada persona y el sector donde han prestado sus servicios y en el que desean continuar o quieren abandonar. En definitiva, es lícito exigir que el obligado plan de recolocación cumpla con exigencias como las apuntadas para que cumpla debidamente su cometido.

5. El fenómeno de las prejubilaciones en los despidos colectivos

No cabe hablar de un mismo plan de prejubilación en cada reestructuración de empresas. En esta tesis, la atención ha sido puesta en la modalidad que complementa las obligaciones citadas con la posibilidad de obtener una renta (en las condiciones que haya sido negociada con los representantes de las personas trabajadoras durante el período de consultas), que va a garantizar a la persona trabajadora un tránsito mucho más beneficioso hacia la jubilación. Ahora bien, una apreciación que no ha de escapar a lo expuesto en estas conclusiones se basa en el hecho de que el plan de prejubilación representa, en la práctica, un fracaso de las obligaciones que han sido expuestas en los Capítulos anteriores: la regulación de la aportación al Tesoro no consigue el efecto desincentivador que sobre todo busca, igualmente ocurre con la suscripción del convenio especial de Seguridad Social y, en el caso del plan de recolocación, deja en evidencia que solo representa una mera obligación formal que no ha aplicado las herramientas correctas para hacer posible una rápida transición laboral.

6. *Propuesta para un tratamiento uniforme de la “edad madura” y para la necesaria incorporación de la perspectiva de género en las medidas sustantivas de protección de este colectivo.*

Las estadísticas ponen al descubierto que, en demasiadas ocasiones, el despido puede ser definitivo y no formar parte de una breve transición laboral hacia otra posición. Se trata del fenómeno conocido como “desempleo de larga duración”, que conlleva el agotamiento de las prestaciones contributivas y el recurso a los subsidios, donde la edad habilitará el acceso al subsidio para personas mayores de cincuenta y dos años. Ahora bien, esta circunstancia puede producirse antes de los cincuenta años, siendo constatada ya a partir de los cuarenta y cinco años, lo que ha motivado el desarrollo de políticas activas y pasivas de empleo por parte de los poderes públicos que se inician a partir de esta edad. Por ello, el reconocimiento de la persona madura, como integrante de un colectivo vulnerable merecedor de protección a efectos de programas o subsidios *de facto*, comienza antes de los cincuenta años.

En consecuencia, existe una discordancia entre la noción de trabajador vulnerable por razones de edad, que puede ser considerado parado de larga duración (cuarenta y cinco años), y el colectivo al que se refieren las medidas proteccionistas que han sido analizadas. Tal y como se ha podido comprobar, esta situación ha dado lugar a que los trabajadores entre cuarenta y cinco y cincuenta años hayan sufrido especialmente las consecuencias de los despidos colectivos. Ante esta situación, se propone la armonización del criterio de la edad a la hora de establecer mecanismos que desincentiven el despido de estos trabajadores y contribuyan al sostenimiento del sistema, en el caso de que finalmente se extingan los contratos. En consecuencia, la edad de referencia debería ser la misma para todas las obligaciones.

Además, las cifras también revelan que las personas de edad madura de género femenino están más expuestas al desempleo de larga duración. En efecto, en este caso se agudizan aún más las circunstancias que afectan a su empleabilidad: pocas oportunidades para

poder formarse durante la juventud, cuidado de personas dependientes (inicialmente hijos y, posteriormente, personas mayores), escasas oportunidades de poder desarrollar una carrera profesional dentro de la empresa o en la Administración, estando siempre supeditado el puesto a la conciliación con la vida familiar, dada la pervivencia de determinados roles propios de otros modelos históricos no igualitarios que, afortunadamente, están siendo superados en los hogares de hoy día, basados en la corresponsabilidad y la implicación de ambos progenitores en las tareas de cuidado y en las labores domésticas . Por tanto, la revisión y armonización de la edad por las razones que han sido expuestas debería sumar la perspectiva de género, de modo que la edad de relevancia o el alcance de las obligaciones que ha de asumir la empresa, pueda variar necesariamente en función de si la persona afectada es hombre o mujer.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *Derecho Social de la Unión Europea*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019.
- AA.VV., *Desempleo. XIV Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2004.
- AA.VV., *Jornadas doctorales de la Universidad de Murcia*, Editum, Murcia, 2019.
- AA.VV., *La responsabilidad del empresario. Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2012.
- AA.VV., *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, Madrid, 2016.
- AA.VV., *Los Nuevos Marcos de Relaciones Laborales en el renovado Estado de las Autonomías. XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- AA.VV., *Los períodos de consultas. XXVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2014.
- AA.VV., *Reestructuraciones Empresariales. Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021.
- AA.VV., *Reestructuraciones Empresariales. XXXI Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2021.

- ALAMEDA CASTILLO, M.T., “En torno a los conceptos de flexibilidad y seguridad: de la contraposición al encuentro”, en ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.), *Aportaciones al debate comunitario sobre “flexiseguridad”, Especial Monográfico, Relaciones Laborales*, núm. 15-16.
- ALMARCHA BARBADO, A. (dir), *Envejecimiento laboral y prejubilación: dilemas y problemas socioeconómicos*, Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións, La Coruña, 2010.
- ÁLVAREZ CORTES, J.C. (dir.), *Los trabajadores maduros en el contexto de la relación laboral*, Laborum. Murcia, 2017.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. (dir.), *Trabajadores maduros y Seguridad Social*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y ORDÓÑEZ CASADO, M.I., “Cese voluntario y reanudación del subsidio por desempleo para trabajadores de edad madura”, *Temas Laborales*, núm. 137, 2017.
- AMAUGER-LATTES, M.C., ESTEBAN LEGARRETA, R. (Dir.), YSÀS MOLINERO, H. (coord.), *La protección del empleo de los trabajadores de edad. Una perspectiva franco-española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- APARICIO TOVAR, J. y OLMO GASCÓN, A.M., *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2007.
- ARAGÓN GÓMEZ, C., “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, *Información Laboral*, 77, 2015.
- ARAGÓN GÓMEZ; C., “Del ERTE al despido. Cuidado con la aportación al Tesoro por la extinción del contrato de los trabajadores maduros”, *El Foro de Labos*, 19 de enero de 2021 (forodelabos.blogspot.com [última consulta: 27 de noviembre de 2021]).

- ARIAS DOMÍNGUEZ, A. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.M. (coords.), *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *Tres años de reforma del despido colectivo. ¿Ha conseguido su propósito el legislador?*, Dyckinson, Madrid, 2015.
- ARRIETA IDIAQUEZ, F.J., “Consecuencias del envejecimiento sobre la economía y el mercado laboral”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 183, 2016.
- ARUFE VARELA, A., *Los convenios especiales de beneficiarios con la Administración de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 2003.
- BALLESTER PASTOR, M.A. (coord.), *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- BARCELÓ FERNÁNDEZ, J., “La edad de jubilación como política de empleo y como posible medida discriminatoria”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014.
- BARRIOS BAUDOR, G.L. y CID BABARRO, C., “El procedimiento judicial de impugnación de los despidos colectivos: una visión práctica”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 405, 2016.
- BARRIOS BAUDOR, G.L., “Impugnación de prestaciones de la Seguridad Social y de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social no prestacionales en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 103, 2013.
- BARROS GARCÍA, M., “Algunas cuestiones controvertidas en relación con la aportación al Tesoro Público derivadas de despidos colectivos”, en *Trabajo y Derecho*, 63, 2020.
- BASEIRÍA MARTÍ, J., “La legislación antidiscriminatoria por razón de edad avanzada en Estados Unidos”, *Temas Laborales*, núm. 123, 2014.

- BEHAGHEL, L., CRÉPON, B. y SÉDILLOT, B., “Contribution Delalande et transitions sur le marché du travail”, *Économie et Statistique*, núm. 372, 2004.
- BENAVENTE TORRES, I., “Cinco causas de discriminación en la Unión Europea y su incidencia en el ordenamiento español”. *Trabajo y Derecho*, ° 55-56, 2019.
- BLASCO LAHOZ, J.F. y LÓPEZ GANDÍA, J., *Curso de Seguridad Social*, 12ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- BLASCO JOVER, C., “Reforma de la representación sindical en Francia y Democracia Social”, *Aranzadi Social*, núm. 11, 2014.
- BLASCO RASERO, C., “La protección de los prejubilados”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015.
- BORRAJO DACRUZ, E. (dir.), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, 2004.
- CABANILLAS BERMÚDEZ, J.M. *El Pacto de Toledo: análisis descriptivo del Sistema Nacional de Seguridad Social en España*, Tecnos, Madrid, 2019.
- CABEZA PEREIRO, J., “La aportación económica al Tesoro Público en el caso de despidos colectivos de empresas con beneficios”, *Justicia Laboral*, 50, 2012.
- CABEZA PEREIRO, J., AMPARO BALLESTER PASTOR, A., FERNÁNDEZ PRIETO, M. (dirs.), *La relevancia de la edad en la Relación Laboral y de Seguridad Social*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.
- CALVO GALLEGO, F.J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. (Dirs.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CARDONA RUBERT, B. y CABEZA PEREIRO, J., “La discriminación por edad sobre mujeres mayores”, *Trabajo y Derecho*, 59, 2019.

- CASAS BAAMONDE, M. E. y ÁNGEL QUIROGA, M., “Supuesta discriminación por razón de edad: jubilación forzosa de pilotos de aeronaves a los 60 años”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 8/2019.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., GARCÍA ROMERO, B. (dirs. y coords.), *El Ingreso Mínimo Vital. Una perspectiva global: regulación estatal, derecho comparado y conexión con rentas mínimas autonómicas*, BOE, Madrid, 2021.
- CES, *Informe sobre la situación sociolaboral de personas de 45 a 64 años*, Madrid, 2014.
- CHARRO BAENA, P. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Decálogo jurisprudencial básico sobre igualdad y no discriminación en la relación laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. extra 3, 2007.
- CHECA GONZÁLEZ, C., “Los impuestos con fines no fiscales: notas sobre las causas que los justifican y sobre su admisibilidad constitucional”, *Universidad de Extremadura. Anuario de Derecho*, Cáceres, 1983.
- COLLADO GARCÍA, L. y PIQUERAS PIQUERAS, M.C., *El subsidio por desempleo*, Trotta, Madrid, 1997.
- COMISIÓN EUROPEA, *Ayuda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles*, Bruselas, 2012.
- CUBERO TRUYO, A. (dir.), *Los tributos asistemáticos del ordenamiento vigente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- DEL REY GUANTER, S., “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, 2014.
- DELTEIL, V. y REDOR, D., *Contribution Delalande: quels dispositifs similaires ou alternatifs en Europe du Nord? Rapport final*, 2004. (<https://dares.travail->

emploi.gouv.fr/publications/contribution-delalande-quels-dispositifs-similaires-ou-alternatifs-en-europe-du [última consulta: 27 de noviembre de 2021]).

DONCEL NÚÑEZ, S.L., “La recaudación de los ingresos no tributarios ni aduaneros procedentes del extranjero. Una nueva regulación”, *Revista Española de Control Externo*, vol. XXI, 61, 2019.

DUARTE MOLINA, H., *Formularios en expedientes de regulación de empleo*, Laborum, Murcia, 2013.

ELORZA GUERRERO, F. y FERNÁNDEZ ROCA, F.J. (coords.), *El mantenimiento del empleo por los trabajadores de edad avanzada en Andalucía*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

ELORZA GUERRERO, F., “Ley y negociación colectiva sobre jubilación en España”, *Derecho PUCP, Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 75, 2015.

ESCUDEO PRIETO, A. (dir.) y ALONSO BRAVO, M. (coord.), *Los nuevos perfiles del Estado social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*, Reus Editorial, 2017.

ESCUDEO PRIETO, A., “Prioridad de permanencia en la empresa de los trabajadores de edad avanzada. Una propuesta legislativa abierta a la negociación colectiva”. *Revista Lefebvre-El Derecho*, 1, 2018.

ESCUDEO RODRÍGUEZ, R. (coord.), *La negociación colectiva en los expedientes de regulación de empleo*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2012.

ESTEBAN LEGARRETA, R., “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 finalidades”, *Proceedings of the 1st international virtual SBRLab Conference : finding solutions for a post-crisis society*. 2015 (<https://docplayer.es/98862550-Finding-solutions-for-a-post-crisis-society.html>) [última consulta: 30 de noviembre de 2021]).

- ESTEBAN LEGARRETA, R., “La obligación de realizar aportaciones al Tesoro Público en despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años. Un análisis crítico tras cuatro años de vigencia”, *Trabajo y Derecho*, 12, 2015.
- FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a.B., “El uso de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales: propuestas y soluciones ante nuevos retos y viejos conflictos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 57, 2020.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “La selección de los trabajadores afectados por un expediente de regulación de empleo y la prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores”, *La Ley*, núm. 7414, 2010.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J. “La modificación del convenio especial suscrito en determinados expedientes de regulación de empleo, como medida de mantenimiento del empleo”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2009.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Nuevas ayudas extraordinarias a trabajadores afectados por procesos de reestructuración de empresas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 3, 2014.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Pensión de jubilación derivada de la concesión del Subsidio para mayores de 52 años. Su improcedencia por considerar que no reúne el requisito de carencia exigido”, *Aranzadi Social*, núm. 2, 1998.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *El convenio especial. Una respuesta al futuro de las prestaciones de la Seguridad Social*, Lex Nova, Valladolid, 2013.
- FERRANDO GARCÍA, F.M^a., “El reforzamiento del poder de dirección tras la reforma laboral de 2012”, *Revista de Derecho Social*, núm. 61, 2013.

- FERRANDO GARCÍA, F.M^a., “La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 428, 2018.
- FOLGOSO OLMO, A., “Inexistencia de causa de discriminación en la exclusión de trabajadores mayores de 50 años en el ámbito de aplicación de un despido colectivo. Comentario a la Sentencia del TS 872/2017, de 14 de noviembre”, *CEF Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 425-426, 2018.
- GALA DURÁN, C., “Comentario de la STS 30 de enero de 2006 (Recurso núm. 5320/2004): Acuerdos de prejubilación, “involuntariedad” en el cese y determinación de los coeficientes reductores aplicables en el caso de la jubilación anticipada”, *IUSLabor*, núm. 3/2006 (<https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/57958> [última consulta: 27 de noviembre de 2021]).
- GÁLLEGO LANAU, M., “El artículo 5 bis de la Ley Concursal y modificaciones estructurales societarias”, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n °22/2015.
- GARCÍA COBOS, S., “Procedimiento para la tramitación de los despidos colectivos”, *Cívitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 76, 1996.
- GARCÍA GIL, M.B., *La protección por desempleo: cuestiones cruciales*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.
- GARCÍA MUÑOZ, M., “El acogimiento voluntario a un plan de prejubilación autorizado por la autoridad laboral: ¿extinción por despido colectivo o por mutuo acuerdo de las partes?”, *Temas Laborales*, núm. 84, 2006.
- GARCÍA MURCIA, J., “Las prestaciones de prejubilación en el contexto del despido colectivo y sus problemas de aseguramiento”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 9, 2021 (www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2021-00000001442 [última consulta: 27 de noviembre de 2021]).

- GARCÍA ROMERO, M^a.B., “Las empresas de trabajo temporal como agencias globales de empleo”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2014.
- GARCÍA-PERROTE, I., “Comentario de la SAN de junio de 2015 sobre la finalidad de la aportación al Tesoro Público”, *Trabajo y Derecho*, 10, 2015.
- GINÈS I FABRELLAS, A., “Criterios de selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14/2010.
- GODINO REYES, A., “Aportación al Tesoro Público derivada de la tramitación del expediente de regulación de empleo en empresas con beneficios. Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de febrero de 2020”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm., 57, 2020.
- GODINO REYES, M., “El despido colectivo. Balance de la Jurisprudencia del TS (2013-2019)”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 143, 2019.
- GOERLICH PESET, J. M^a., “Digitalización, robotización y protección social”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 23, 2018.
- GÓMEZ ORTEGA, J.M. (dir.), *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos*, Laborum, Murcia, 2017.
- GONZALEZ ORTEGA, S. (dir.), *Las prestaciones de garantía de rentas de subsistencia en el sistema español de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. y BARCELÓ COBEDO, S., *Introducción al Derecho de la Seguridad Social*, 14^a edición, Tirant lo Blanch, 2020.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., “Los trabajadores de edad avanzada en el sistema de relaciones laborales: aspectos normativos y factores humanos”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, 41, 2015.

- GONZALO GONZÁLEZ, B., “Las funciones de la iniciativa privada de la Seguridad Social española: antecedentes, situación actual y previsiones”, *Civitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 50, 1991.
- GRANADOS ROMERA, M.I., “Trabajadores de edad avanzada y protección por desempleo ante una política de envejecimiento activo”, *CEF Revista Trabajo y Seguridad Social*, 441, 2019.
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “Las medidas de mantenimiento del empleo de los trabajadores/as de edad en la negociación colectiva (2012-2014)”, *comunicación presentada al XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2015 (<https://ddd.uab.cat/record/154772> [última consulta: 27 de noviembre de 2021]).
- GUTIÉRREZ COLOMINAS, D., “La facultad empresarial de selección de trabajadores afectados por un despido colectivo. Especial consideración a la prioridad de permanencia de las personas con discapacidad”, *comunicación dirigida al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2014. (<https://core.ac.uk/download/pdf/78539683.pdf>, [última consulta: 27 de noviembre de 2021]).
- KAHALE CARRILLO, D.T. (dir.), *El impacto de la industria 4.0 en el trabajo: una visión interdisciplinar*, Aranzadi- Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020.
- KAHALE CARRILLO, D.T., “La obligación de efectuar aportaciones económicas al Tesoro Público en los despidos colectivos que afecten a trabajadores mayores de cincuenta años en empresas con beneficios”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 104, 2013.
- LASAOSA IRIGOYEN, E., “La representación de los trabajadores en la empresa en Francia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 43, 2003.
- LÓPEZ CASTILLO, A. (dir.), *La carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.), *Tratado de jubilación. Homenaje al profesor D. Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007,
- LÓPEZ CUMBRE, L., *La prejubilación*, Civitas, Madrid, 1998.
- LÓPEZ GANDÍA, J., *La nueva regulación del convenio especial de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- LUJÁN ALCARAZ, J., “Flexiguridad”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2007.
- MADRID YAGÜE, P. (2004) “Análisis de la nueva regulación del convenio especial en el sistema de la Seguridad Social Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre”, *Aranzadi Social*, 1, 2004.
- MARÍN ALONSO, I., ELORZA GUERRERO, F., “Informalidad en el trabajo y exclusión social de los trabajadores de edad”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, núm. 3, 2017.
- MARÍN ALONSO, I., IGARTUA MIRÓ, M.T. (dirs.), SOLÍS PRIETO, C., (coord.), *Nuevas Tecnologías y Trabajo sostenible*, Laborum, Murcia, 2020.
- MARÍN CORREA, J.M., “La prejubilación: puntos críticos (1)”, *Actualidad Laboral*, núm. 34, ref. XXXII, Tomo 3, La Ley, 2003.
- MARTÍN LÓPEZ, J. y MARTÍNEZ GINER, L.A., *Manual de Derecho Tributario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MARTÍN QUERALT, J., *Curso de derecho financiero y tributario*, Tecnos, Madrid, 2019.
- MARTÍNEZ BARROSO, M^a. R., “Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 430, 2019.

- MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R., “El impacto de las jubilaciones anticipadas en el sistema de pensiones”, *Temas Laborales*, núm. 103, 2010.
- MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R., “La contrarreforma del subsidio de prejubilación. Una necesaria lectura de género”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 435, 2019.
- MARTÍNEZ BARROSO, M^a.R., *Influencia de la edad en las relaciones laborales: acceso al empleo y protección social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “El efecto directo horizontal de la Directiva 2000/78 (STJUE de 19 de abril de 2016, asunto C-441/2014: DI –Ajos A/S– vs Sucesores de Karsten Eigil Rasmussen)”, *La Ley*, 38,2016.
- MERCADER UGUINA, J. R. (dir.), “Principio de igualdad, trabajadores maduros y condiciones de trabajo (en especial acceso al empleo y extinción)”, Madrid. *Estudios de I+D+I*, 46, 2009.
- MERCADER UGUINA, J.R. (dir.), PUEBLA PINILLA A. (coord.), GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.(coord.), *Ley Reguladora de la Jurisdicción Social comentada y con jurisprudencia*, La Ley, Madrid, 2015.
- MERCADER UGUINA, J.R. (dir.), *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- MERCADER UGUINA, J.R., “El impacto de la robótica y el futuro del trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 67, núm. 269, 2007.
- MIRANDA BOTO, J.M. (dir.), *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca, Madrid, 2018.
- MOLERO MARAÑÓN, M. L., “El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011”, *Relaciones Laborales*, núm. 23/24, 2011.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Envejecimiento activo “versus” “prohibición de despido por razón de edad: ¿Quién debe pagar los costos sociales?” *Revista CEF*, 389-390, 2015.

- MONEREO PÉREZ J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J.A., *Guía de negociación colectiva. Los planes y fondos de pensiones*. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N. (dirs.), *Comentario al texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Comares, Granada, 2003.
- MONEREO PÉREZ, J.L. (dir.), *Ley de la Jurisdicción Social. Estudio técnico- jurídico y sistemático de la Ley 36/2011, de 10 de octubre*, Comares, Granada, 2013.
- MONEREO PÉREZ, J.L.(dir.), *Medidas de Seguridad Social de fomento del empleo y su incidencia en la sostenibilidad del sistema en España e Italia*, Laborum, Murcia, 2016.
- MONEREO PÉREZ, J.L., LÓPEZ CUMBRE, L. (dirs.), MALDONADO MOLINA, J.A., (coord.), FERNÁNDEZ RAMÍREZ, M. (coord.), *La pensión de jubilación estudio analítico y crítico tras los últimos procesos de reforma*. Comares, Granada, 2015.
- MONERO PÉREZ, J.L., *La protección sociolaboral multinivel de los trabajadores de edad avanzada*, Bomarzo, Albacete, 2019.
- MONTOYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J. (dirs), *Comentarios a la reforma laboral de 2012*. Civitas, Madrid, 2012.
- MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A. M. (coords.), *Los trabajadores maduros: entre el trabajo y la jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MORENO ROMERO, F., *Trabajadores de mayor edad en la política institucional de la Unión Europea. Equilibrio entre políticas de empleo, pensiones y sistema productivo*, Comares, Granada, 2016.
- MOTILLA, A., “La protección de la libertad religiosa y la lucha contra la discriminación por razón de religión o convicciones en los organismos internacionales”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXX, 2014.

- NAVARRO NIETO, F. ,“Los despidos colectivos: novedades normativas y balance jurisprudencial”, *Aranzadi Social*, 7, 2013.
- OEDC, *Ageing and Employment Policies*; Paris, 2005.
- ÓRDOÑEZ CASADO, M.I., *Los trabajadores maduros ante el reto del envejecimiento activo. Especial atención a la empleabilidad, la protección por desempleo y la jubilación*, Laborum, Murcia, 2019.
- PEÑA MONCHO, J. y CAMARGO RODRÍGUEZ, A. (coord.), “Comparative Labor Law Dossier Dismissal due to Business Reasons”, *IUSLabor*, núm. 1, 2018.
- PÉREZ CAPITÁN, L., “La prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en los ERE y en las extinciones ex artículo 52.1 c ET. Un comentario a la luz de la Sentencia de 9 junio del 2009 (AS 2009, 1787) de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Aragón”, *Aranzadi Social*, núm. 52, 2009.
- PÉREZ DÍAZ, J., ABELLÁN GARCÍA, A., ACEITUNO NIETO, P., RAMIRO FARIÑAS, D., “Un perfil de las personas mayores en España, 2020. Indicadores estadísticos básicos”. Madrid, *Informes Envejecimiento en red*, núm. 25, 2020.
- POQUET CATALÁ, R., “Criterios de selección, prioridad de permanencia, prohibición de discriminación y trabajadoras embarazadas”, *Información Laboral*, 10,2018.
- PUEBLA AGRAMUNT, N., “Tributos con fines no fiscales”, *Revista de Centro de Estudios Financieros*, 183, 1998.
- PULGAR EZQUERRA, J. (dir.), GUTIÉRREZ GILSANZ, A., ARIAS VARONA, F.J., MEGÍAS LÓPEZ, J. (coord..), *Comentario a la Ley Concursal*, Madrid, 2016.
- RANSÉS PÉREZ-BOGA, J., “Aspectos fiscales de la prejubilación”, en Almarcha Barbado, A.: *Envejecimiento laboral y prejubilación: dilemas y problemas socioeconómicos*, Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións, La Coruña, 2010.

- REQUENA CASANOVA, M., “Discriminación por razón de edad en la Unión Europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la jurisprudencia”, *Revista General de Derecho Europeo*, 31, 2013.
- RIVAS BAÑÓ, A., “La prohibición de discriminación por orientación sexual en la Directiva 2000/78”, *Temas Laborales*, núm, 58, 2001.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y GÓMEZ GARCÍA, F.X., “La edad como factor de vulnerabilidad social: algunos factores merecedores de preocupación”, *Derecho de las relaciones laborales*, 5, 2018.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., MARTÍNEZ BARROSO, M.R. (dirs.) y ÁLVAREZ CUESTA, H., *La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (dir.) y CASTELLANO BURGUILLO, E. (coord.), *Transiciones laborales y reformas del mercado de trabajo: su influencia sobre el empleo y de jóvenes y mayores*. Bomarzo, Albacete, 2014.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “El procedimiento de despido colectivo en la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, núm. 7/8, 2013.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “El nuevo régimen de las agencias privadas de recolocación”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2011.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La selección de trabajadores afectados por un despido colectivo y su control (I)”, *Relaciones Laborales*, Tomo 1, 1989.
- ROJO TORRECILLA, E., “UE. Pilotos de aeronaves y extinción forzosa de la relación laboral al cumplir 60 años. ¿Discriminación por razón de edad o protección de la seguridad nacional? Notas a la sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2019 (asunto C-396/18)”, (en:<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/11/ue-pilotos-de-aeronaves-y-extincion.html>[última consulta: 27 de noviembre de 2021])

- ROQUETA BUI, R., *La selección de los trabajadores afectados por los despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ROSA MORENO, J., “El control judicial de los actos administrativos de naturaleza laboral. Algunas cuestiones interpretativas sobre el agotamiento de la vía administrativa previa”, *Revista Vlex de Derecho Administrativo*, 1, 2020.
- RUIZ-RIO ARIAS, M.D., “Primeras reflexiones sobre el ingreso mínimo vital y obligación de alimentos entre parientes. Aspectos civiles y procesales”, *La Ley* núm. 9664, 2020.
- SÁEZ LARA, C., NAVARRO NIETO, F., GÓMEZ CABALLERO (coords.), *Los desafíos del Derecho del Trabajo ante el cambio social y económico. Libro en Homenaje a Federico Durán López*, Iustel, Madrid, 2021.
- SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *El nuevo reglamento de los despidos colectivos. Estudio del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. “La nueva regulación del convenio especial y la Cláusula Telefónica”, *Aranzadi Social*, 9/2013.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M^a. Y y GRAU RUÍZ, M^a. A., “El impacto de la robótica, en especial la robótica inclusiva, en el trabajo: aspectos jurídico-laborales y fiscales”, *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, núm. 50, 2019.
- SANGUINETI RAYMOND, W. ,“La edad, ¿cenicienta de las discriminaciones?”, *Trabajo y Derecho*,59, 2019.
- SELMA PENALVA, A., “Aspectos prácticos, perspectivas de futuro y cuestiones controvertidas de la renta activa de inserción”, *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2016.

- SEMPERE NAVARRO, A.V (dir.), FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. (dir.), *Reforma y modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. (coord.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y GARCÍA GIL, M. B. (dirs.), *Ingreso mínimo vital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y. (dirs.), *Empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada. Análisis comparado de la situación actual y propuestas de futuro*, CES, Madrid, 2009.
- SEMPERE NAVARRO, A.V. y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “Contenido sociolaboral de las leyes 61 y 62/2003”, *Aranzadi Social*, 18, 2003.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “La fijación de las indemnizaciones en los expedientes de regulación de empleo”, *Cívitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 19, 1984.
- SERRANO GARCÍA, J. M^a, “Primeras reflexiones en torno al plan social en el RD 801/2011, de 10 de junio”, *Relaciones Laborales*, núm. 15/16, 2011.
- SOBRINO GONZÁLEZ, G.M., “Las empresas de *outplacement* y la intermediación laboral”, *Relaciones Laborales*, núm. 7, 2006.
- SOLÁ I MONELLS, X., “La utilización de la edad como criterio de selección en los despidos colectivos: el obligado replanteamiento de una práctica habitual avalada por la jurisprudencia interna”, *Documentación Laboral*, vol. IV, 112, 2017.

- SUSO ARAICO, A., “La relación con el empleo de los trabajadores mayores”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 24, 2, 2006.
- TORMOS PÉREZ, J.A., “La garantía de prioridad de permanencia de los representantes de los trabajadores en el despido colectivo”, *Labos*, vol. 1, núm. 3, 2020.
- TORMOS PÉREZ, J.A., *Los criterios de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo*, Tesis doctoral, Valencia, 2020.
- (<https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/72789/Tesi%20TORMOS%20PEREZ%20Roderic.pdf?sequence=1> [última consulta: 22 de noviembre de 2021]).
- TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El subsidio de prejubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., “La edad avanzada en relación al empleo, la jubilación y la seguridad social: envejecimiento activo, política de Reinserción y derecho antidiscriminatorio” *Aranzadi Doctrinal*, 4, 2015.
- TUDELA CAMBRONERO, G., *Las garantías de los representantes de los trabajadores en la empresa*, Tecnos, Madrid, 1988.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “La designación de los trabajadores afectados por despidos económicos: el laberinto de la desregulación”, *Relaciones Laborales*, núm. 11, 1999.
- VALVERDE ASECIO, A.J., “La calificación y efectos del pacto de prejubilación en supuestos de regulación de empleo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo), de 16 de julio de 2008”, *Temas Laborales*, núm. 99, 2009.
- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, I., “Informe de la Inspección de Trabajo en los casos de extinción de la relación laboral por causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor (art. 51,6 del Estatuto de los Trabajadores)”, *Cívitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 4, 1980.

VICENTE PALACIO, A., “Tránsitos y conexiones entre el empleo y la Seguridad Social. Especial referencia al subsidio de desempleo para mayores de 55 años”, *Revista iberoamericana de relaciones laborales*, núm. 30, 2014.

VIVERO SERRANO, J.B., “La designación de los trabajadores objeto del despido colectivo”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 7, 2013.