

# LA APORTACIÓN ECONÓMICA AL TESORO PÚBLICO EN LOS DESPIDOS COLECTIVOS QUE AFECTEN A PERSONAS TRABAJADORAS DE CINCUENTA O MÁS AÑOS DE EDAD. PROBLEMAS SUSCITADOS EN LA PRAXIS

*The financial contribution to the Public Treasury in collective redundancies affecting employees aged 50 or over. Problems encountered in practice*

ANA CASTRO FRANCO\*

Universidad de León, España

## RESUMEN

En atención a un supuesto concreto, como es el despido colectivo anunciado en el año 2010 por la compañía Telefónica, que afectaba en mayor proporción a las personas trabajadoras a partir de cincuenta años, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, incorporó una previsión destinada a paliar los elevados costes para el Estado de una reestructuración de tal dimensión. A fin de evitar esta «socialización», la DA 16.<sup>a</sup> establecía la obligación, a cargo de la empresa que percibiera beneficios y efectuara el reajuste incluyendo a personas trabajadoras de 50 o más años, de realizar una aportación al Tesoro Público por el importe de las prestaciones y subsidios de desempleo que generarán, incluidas las cotizaciones realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal. A partir de entonces, las importantes reformas acometidas han ampliado su ámbito, al pasar de ser aplicable a empresas con más de quinientas personas a cuantas proporcionen empleo a más de cien. Decisión que obedece a una doble finalidad: de un lado, desincentivar el despido de las personas mayores lastradas en no pocas ocasiones por la discriminación por razón de edad; de otro, amortiguar el impacto de abonar las prestaciones a favor de personas lamentablemente signadas por un alto índice de desempleo de larga duración. En último extremo, la compleja regulación de esta figura dificulta su aplicación en la práctica, tanto por parte de las empresas a la hora de realizar la aportación, como de la entidad gestora encargada de su reclamación.

Palabras clave: despido colectivo, Tesoro Público, trabajadores de edad avanzada, desempleo, empresas con beneficios.

\* **Correspondencia a:** Ana Castro Franco. Universidad de León (España). – [acasf@unileon.es](mailto:acasf@unileon.es) – <https://orcid.org/0000-0002-6834-3064>

**Cómo citar:** Castro Franco, Ana (2024). «La aportación económica al Tesoro Público en los despidos colectivos que afectan a personas trabajadoras de cincuenta o más años de edad. Problemas suscitados en la praxis»; *Lan Harremanak*, 51, 308-340. (<https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.26325>).

Recibido: 16 mayo, 2024; aceptado: 05 junio, 2024.

ISSN 1575-7048 — eISSN 2444-5819 / © UPV/EHU Press



Esta obra está bajo una licencia  
Creative Commons Atribución 4.0 Internacional

## ABSTRACT

*In response to a specific case, such as the collective redundancy announced in 2010 by the Telefónica company, which affected a greater proportion of workers aged fifty and over, Law 27/2011 of 1 August, on the updating, adaptation and modernisation of the Social Security system, incorporated a provision to react to the high costs for the State of a restructuring of this scale. In order to avoid the socialisation of redundancy costs, the 16th DA established the obligation, for the company receiving profits and making the readjustment including senior workers, to make a contribution to the Public Treasury for the amount of unemployment benefits and subsidies for this group, including the contributions made by the State Public Employment Service. Since then, major reforms have broadened its scope from being applicable to companies with more than 500 employees to those employing more than 100. It serves a dual purpose: on the one hand, to discourage the dismissal of older people, who are often discriminated against on the grounds of age, and on the other, to cushion the impact of paying benefits to people who are unfortunately affected by a high rate of long-term unemployment. The complex regulation of this figure makes it difficult to apply in practice, both on the part of the companies when making the contribution and on the part of the management entity in charge of claiming it.*

*Keywords: collective redundancy, Public Treasury, elderly workers, unemployment, companies with profits.*

## 1. Naturaleza y finalidad de la aportación al Tesoro Público

El art. 51.11 ET establece el deber empresarial de efectuar una aportación económica al Tesoro Público con la finalidad de disuadir a las empresas de su propósito de proyectar despidos colectivos que afecten a personas trabajadoras de 50 o más años de edad. A pesar de haberse convertido en una fuerza laboral dominante, la población activa de mayor edad continúa desplazada del mercado laboral, disparándose su desempleo de larga duración, según datos del primer trimestre de 2023, hasta el 58%, frente al 42% general (Fundación Adecco, 2023:4). El mantenimiento en el empleo del colectivo sénior se ha convertido recientemente en un objetivo esencial no solo de las políticas del mercado laboral, sino también de los presupuestos de protección social. La lucha contra las barreras de la edad está justificada por razones relacionadas con el pragmatismo, las tasas de dependencia, la competitividad y las buenas prácticas en materia de recursos humanos, así como la justicia y la equidad. Promover un envejecimiento activo que reconozca al talento de las personas de más edad como fuerza laboral de alto valor, cuya profesionalidad y experiencia difícilmente pueden ser reemplazadas, requiere seguir trabajando para regular los supuestos de jubilación anticipada, como recurso típico en los procesos de reestructuración empresarial.

A su vez, la obligación a cargo de la empresa se inserta en un contexto signado por el déficit estructural del sistema de pensiones en España, a fin de aminsonar los costes asociados a las prestaciones y cotizaciones que conlleva la expulsión prematura del mercado laboral de las personas de edad madura. Sin duda, el recurso a las prejubilaciones ha servido en numerosas ocasiones como mecanismo de regulación de empleo, bajo la idea de que el acceso a la protección de las personas cesadas disminuye el desembolso final de las extinciones contractuales (Desdentado Bonete y Durán Heras, 2002:48). Las propuestas de bajas incentivadas y planes de prejubilación durante el periodo de consultas han per-

mitido socializar el coste del despido, negociando con importes como el cobro de la prestación por desempleo, el acceso a la jubilación anticipada u ordinaria, o los complementos a cargo de la empresa. Por ello, la limitación implementada en grandes empresas que gozan de beneficios parece concordar con una gestión socialmente responsable de la reestructuración (Martínez Barroso, 2019:37).

Las aportaciones al Tesoro se aproximan a la noción de «tributo no fiscal», como obligación económica impuesta por el Estado que no se agota en una función recaudadora. Los ingresos no fiscales aparecen definidos como cantidades pecuniarias derivadas de recursos cuya titularidad corresponde a las Administraciones Públicas, con independencia de su naturaleza pública o privada, sin encaje en el concepto de impuestos, tasas y contribuciones especiales. El tributo cumple un papel al servicio del programa y los principios constitucionales, cuya relevancia no se predica tanto en la cuantía recaudada, como en la satisfacción de criterios de política jurídica. Las aportaciones tendrán la consideración de derechos de naturaleza pública no tributarios de la Administración General del Estado, siendo aplicable el título I, capítulo II, de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. Ciertamente su finalidad esencial consiste en la obtención de ingresos para el sostenimiento de los gastos públicos, pero también pueden asumir la función de instrumentos de la política social o económica y atender a los principios contenidos en la Constitución Española que sirven para dar coherencia a las instituciones jurídicas. La obligación de aportar al Tesoro tiene su encaje en los tributos de carácter extrafiscal, sin renunciar a la finalidad recaudatoria, respaldando la apuesta de quien legisla por desincentivar la desvinculación de las personas de edad madura de las empresas. Impugnada la resolución que establece la liquidación, los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza de esta figura, confirmando su carácter de derecho no tributario de la Administración General del Estado (Cegarra Cervantes, 2021:125).

La exclusión de las empresas con pérdidas queda justificada en aras de no hacer aún más gravosa su complicada situación [STS 31 de octubre de 2017 (rec. 235/2016)], pues el efecto disuasorio de expulsar del mercado de trabajo a un colectivo especialmente vulnerable no opera en términos absolutos. La obligación a cargo del empleador, establecida actualmente en el art. 51.11 ET, surge en un marco en el que las personas trabajadoras de mayor edad están más amenazadas por su pérdida de empleabilidad y los problemas de viabilidad del sistema de pensiones. De este modo, existen indicadores del carácter extrafiscal, como la aplicación de un canon sobre el número de rescisiones que realice la empresa y que una parte de lo recaudado sea destinada a las actividades formativas, tan necesarias para las personas desempleadas de larga duración de 50 o más años; no obstante, el importe restante representado por las prestaciones, subsidios y cotizaciones en favor de las personas trabajadoras afectadas por las extinciones se acerca a una finalidad fiscal.

La aportación no queda incorporada al patrimonio del sistema, ni se recauda por la Tesorería General de la Seguridad Social, ni conforma una contribución económica a la Seguridad Social, aun cuando la finalidad última consista en compensar el desequilibrio económico para el Estado ante los gastos derivados del pago de prestaciones sustitutivas del salario y la reducción de ingresos como consecuencia de la extinción de la obligación de cotizar. La amalgama de elementos coexistentes dificulta su inclusión en alguna de las categorías financieras y tributarias tradicionales, revelando las disfunciones del actual modelo de clasificación de las partidas de financiación del gasto público. No hay una regulación idónea ni consenso, ni jurisprudencial ni científico, satisfactorio que permita extraer cuáles son las características a partir de las cuales diferenciar una prestación patrimonial de carácter público de naturaleza tributaria de una que no revista tal naturaleza (Porcel de Soto, 2018:487)

Según apuntan algunos autores, el carácter híbrido de las aportaciones impuestas a las empresas con beneficios que despiden a personas sénior puede ser comparada con el recargo de prestaciones del art. 164 del 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 (Esteban Legarreta, 2015:85). Este deber empresarial, presente en el ordenamiento desde la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, aparecía caracterizado por la ambivalencia de compartir elementos con las prestaciones de Seguridad Social, al resarcir a la persona trabajadora y castigar a la empresa si el accidente debía su causa al incumplimiento de las medidas sobre seguridad y salud en el trabajo o por carecer de los equipos de protección necesarios.

## 2. Evolución normativa de la DA 16.<sup>a</sup>

La penalización económica objeto de estudio es fruto de la enmienda n.º 389, publicada en el Boletín Oficial del Congreso, de 17 de junio de 2011, a propuesta del Partido Socialista. Según su motivación, los despidos colectivos pueden producir impactos sociales y económicos no deseados: por un lado, la expulsión prematura e injusta del mercado de trabajo de las personas trabajadoras de más edad, afectadas estructuralmente por una tasa de actividad por debajo de los países europeos y que tienen problemas para poder volver a incorporarse al empleo; por otro, una importante partida a abonar por el sistema de protección por desempleo, difícil de asumir socialmente cuando las empresas que realizan estos procesos de reestructuración tienen necesidad de ponerlos en práctica aun habiendo obtenido beneficios, tanto más en una coyuntura económica de recesión. La conexión de esta propuesta con las prejubilaciones en ciertas empresas era muy obvia desde el principio (Cabeza Pereiro, 2012:17); en este sentido, la conocida como «enmienda Telefónica» constituye una reacción del ordenamiento ante el anuncio de esta empresa en 2011 de prescindir de 6.500 personas empleadas.

La DA 16.<sup>a</sup> de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, incorpora como novedad el deber para las empresas de realizar una aportación al Tesoro Público en caso de despido colectivo que afecte a personas de 50 o más años de edad. Esta previsión suponía encarecer las prejubilaciones, al obligar a las compañías con beneficios, y que emplearan a más de 500 personas, a aportar de manera total o parcial las prestaciones por desempleo del colectivo de mayor edad afectado por la extinción. La redacción primigenia, aprobada el 1 de agosto de 2011, era aplicable a los despidos colectivos iniciados a partir del 27 de abril de 2011, con las consiguientes dudas suscitadas sobre su constitucionalidad al tener eficacia retroactiva.

Los aspectos más destacables para activar la obligación pueden sintetizarse en la concurrencia de un despido colectivo realizado por empresas de más de quinientas personas o que formen parte de grupos de empresas que proporcionen empleo a ese número; la afectación de, al menos, cien trabajadores y trabajadoras en un periodo de tres años, con independencia del número de personas con 50 o más años de edad afectadas; la obtención de beneficios en los dos ejercicios económicos previos a la autorización del expediente de regulación de empleo, cuando el resultado sea positivo en los términos contenidos por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad; la imposibilidad de acudir a la recolocación de las personas afectadas de 50 o más años en la misma empresa, en otra del grupo del que forme parte, o en cualquier entidad distinta, en los meses inmediatamente siguientes a la fecha de extinción; en fin, la toma en consideración del importe de las prestaciones y subsidios por desempleo de las personas sénior afectadas para calcular la aportación económica, comprendidas las cotizaciones sufragadas por el Servicio Público de Empleo Estatal. El importe concreto se habría de determinar según una escala en función del número de personas trabajadoras de la empresa, del número de aquellas de 50 o más años de edad afectadas por el despido colectivo y de los beneficios de la entidad.

En los años posteriores a la reforma, la salida del mercado de trabajo continuo produciéndose frecuentemente con anterioridad a la edad ordinaria de jubilación. Entre otras razones, por la remisión de la norma a un futuro desarrollo reglamentario en lo atinente a la determinación del importe de la aportación, así como del procedimiento, forma y momento de realizarla, que no vio la luz hasta un año más tarde, a través del Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, sobre las aportaciones económicas a realizar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años. La disposición sufrió importantes reformas en un breve intervalo de tiempo, complicando su comprensión y aplicación práctica, sin llegar a iniciarse la gestión de los primeros expedientes hasta el año 2013 (Gimeno Díaz de Atauri, 2014:319).

En la segunda redacción, la DF 4.<sup>a</sup> del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, suprimió la exigencia de que el despido colectivo afectara, al menos, a cien personas trabajadoras en un marco de tres años. La decisión extintiva debía alcanzar a personas de 50 o más años en empresas con más de 500 personas trabajadoras, si hubieran obtenido beneficios en los dos ejercicios previos al inicio del procedimiento de despido colectivo. Desaparece así la remisión expresa al Plan General de Contabilidad en cuanto hacía a la definición de beneficios. Asimismo, ya no toma como referente temporal la fecha de la autorización administrativa del expediente de regulación de empleo, habida cuenta de la supresión de tal exigencia, sino la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo. Cuando la decisión extintiva comportara la cesación de la actividad empresarial en territorio español, cabía adoptar medidas tendentes a asegurar el cobro de la deuda asociada a las aportaciones económicas.

Después de la reforma, resulta irrelevante si las personas de mayor edad han sido recolocadas en los seis meses siguientes a la extinción de su contrato de trabajo, pues este elemento pasa, de configurar el supuesto de hecho, a delimitar la cuantía final a ingresar (Aragón Gómez, 2016:903). Por otra parte, la nueva redacción regula el procedimiento para la determinación del importe de la aportación, identificando los conceptos que integran la base de cálculo y el tipo aplicable sobre aquella en función de distintas variables, quedando circunscrita la remisión reglamentaria a la liquidación y pago. El cálculo de la cuantía abarca los costes asumidos por el SEPE en relación no solo a personas de 50 o más años afectadas por el despido colectivo, sino también a las empleadas de esa edad cuyos contratos de trabajo se extinguen en virtud de otros motivos no inherentes a la persona trabajadora distintos de los contemplados en el art. 49.1.c) ET, siempre y cuando las extinciones se hubieran producido en los tres años anteriores o posteriores al comienzo del despido. No parece lógico computar a estas personas en el cálculo de la aportación económica al Tesoro, pero no a efectos de determinar el supuesto de hecho que origina el deber de abonarla (Cabeza Pereiro, 2012:21).

El 50% de las cantidades recaudadas en el ejercicio anterior deben consignarse en el presupuesto inicial del SEPE en orden a financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo sénior en situación legal de desempleo. Esta mejora difiere sustancialmente de la versión originaria del precepto, pues aquello solo indicaba que los ingresos obtenidos podrían estar destinados, total o parcialmente, a los fines reseñados. Los cambios introducidos por la DF 4.<sup>a</sup> entraron en vigor el 12 de febrero de 2012, aun cuando aquellas empresas que hubieran efectuado despidos colectivos autorizados por la autoridad laboral antes de tal fecha, debían realizar la aportación económica cuando la extinción afectará, al menos, a 100 personas trabajadoras. El procedimiento para su liquidación y pago seguía pendiente de un ulterior desarrollo reglamentario, restando eficacia práctica a la DA 16.<sup>a</sup> de la Ley 27/2011.

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral modifica de nuevo el precepto de referencia, a través de su DF 4.<sup>a</sup>, con dos novedades trascendentes. En primer lugar, reduce de 500 a 100 el número de personas trabajadoras que ha de emplear la empresa, o el grupo de empresas del que forme parte, impulsora del despido colectivo que afecte a personas de 50 o más años. Segunda, procede la aportación al Tesoro si las entidades aplican medidas temporales de regulación de empleo y estas tienen por destinatarias a personas de 50 o más años como antesala a la definitiva extinción de sus contratos de trabajo, con independencia de cuál sea la causa, siempre y cuando no haya transcurrido más de un año desde la finalización de la situación legal de desempleo derivada de la aplicación de las medidas de carácter temporal. En el cálculo de la aportación se integrará el importe de las prestaciones y cotizaciones satisfechas 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.

El art. 10 del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, con el propósito de desincentivar la discriminación de las personas trabajadoras de más edad en el marco de medidas extintivas de regulación de empleo, así como de racionalizar las obligaciones de las empresas, incide una vez más en el texto de la DA 16.<sup>a</sup> La cuarta redacción, aplicable a los procedimientos de despido colectivo iniciados a partir del 1 de enero de 2013, matiza que el requisito de obtención de beneficios no concurre únicamente si el cierre de cuentas es positivo en los dos años anteriores a la extinción, sino también en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha data. El concepto de empresa comprende, también, a los entes, organismos y entidades que formen parte del sector público siempre y cuando tengan la consideración de Administración Pública, según el art. 3.2 del ya derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en la actualidad, art. 3.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014).

La reforma operada añade un requisito adicional en orden a penalizar a cuantas empresas discriminen al colectivo sénior en el procedimiento de extinción colectiva utilizando la edad como criterio preferente de selección de las personas objeto de despido. A tal efecto, condiciona la obligación económica a que el porcentaje de personas trabajadoras despedidas de 50 o más años de edad so-

bre el total de extinciones sea superior al porcentaje que las personas trabajadoras de esa edad representa sobre el total de la plantilla de la empresa. En paralelo, deberán computarse las extinciones de personas trabajadoras de 50 o más años por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona trabajadora distintos de los previstos en el art. 49.1.c) ET, producidas en los tres años anteriores, con el límite del 27 de abril 2011, o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo.

Según la redacción dispuesta por la Ley 3/2012, la aportación económica habría de ser exigida a las empresas que hubieran adoptado medidas temporales de regulación de empleo que afecten a personas de 50 o más años de edad cuando su contrato se extinga finalmente en el transcurso de un año, siendo intrascendente la causa de extinción. El Real Decreto-ley 5/2013 acota el alcance de la medida, pues la finalización contractual ha de derivar de un despido colectivo u otro motivo no inherente a la persona trabajadora distinto de los dispuestos en el art. 49.1.c) ET.

Para lograr un adecuado acomodo a la nueva configuración del supuesto de hecho, se contabilizan los costes sufragados por el SEPE con respecto a las resoluciones a iniciativa de la empresa en los tres años anteriores al comienzo del procedimiento del despido colectivo y en el año posterior. En comparación con la redacción anterior, el periodo de referencia en estos supuestos pasa, de los tres años anteriores y posteriores al inicio del despido colectivo, a los tres años anteriores y el año posterior al inicio del procedimiento. Por último, en el supuesto de sucesión empresarial, la nueva empleadora quedará subrogada en las obligaciones contenidas en la DA 16.<sup>a</sup> de la Ley 27/2011 (Aragón Gómez, 2016:906).

El art. 5 del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores corrige el apartado 1 de la DA 16.<sup>a</sup>, al remitir al concepto de grupo de empresas contenido en el art. 42.1 del Código Comercio; no obstante, prevé que, para la determinación del resultado del ejercicio, solo se tendrán en cuenta los resultados obtenidos en España por las entidades que lo integren.

Por consiguiente, la DA 16.<sup>a</sup> es el resultado de cuatro modificaciones del texto original en un periodo inferior a tres años, lo cual ha llevado a una redacción farragosa que no permite una fácil interpretación de su contenido [STS 31 de octubre de 2017 (rec. 235/2016)], aunque sí llevan a conseguir un alcance significativo y ampliar el ámbito de aplicación del precepto, extendiendo la obligación a un mayor número de supuestos (Del Rey Guanter, 2015:509). Han sido diversos los reproches de inconstitucionalidad de la norma, pues el precepto podría ser contrario a los principios de seguridad y de interdicción de la arbitrariedad, al resultar aplicable a procedimientos de despidos colectivos iniciados con anterioridad a su entrada en vigor. Idéntico reparo surge en torno al

literal introducido por el Real Decreto-ley 3/2013, cuando a efectos del cálculo computan las extinciones contractuales de las personas trabajadoras de 50 o más años acaecidas en los tres años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo. La rectificación operada por Real Decreto-ley 5/2013, en virtud de la cual el requisito de obtención de beneficios concurre no solo cuando se obtienen en los dos años anteriores al inicio del despido colectivo, sino también en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo señalado por el texto legal, ha recibido la misma objeción de retroactividad.

De comenzar a desgranar en mayor profundidad cada una de las tachas reseñadas, el apartado 4 de la DA 16.<sup>a</sup> consagra su aplicación a los expedientes de regulación de empleo iniciados a partir del 27 abril de 2017, pero la Ley 11/2017 fue publicada el 2 de agosto de 2011. La norma impone la obligación de aportación al Tesoro Público con eficacia retroactiva, pues incide en despidos que afecten a personas trabajadoras de mayor edad anteriores a su promulgación y publicación, poniendo en riesgo los principios contenidos en el art. 9.3 CE. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid planteó cuestión de inconstitucionalidad, mediante auto de 15 de noviembre de 2016 [ATSJ de Madrid, 15 de noviembre de 2016 (núm. 184/2016)], resuelta con inadmisión a trámite por no reunir los presupuestos materiales necesarios y carecer de relevancia constitucional, no en vano el órgano remitente omite cualquier justificación acerca de que la resolución del proceso dependía directamente de la norma. Alegada la prescripción y la inaplicabilidad de la obligación de aportación económica al Tesoro Público en el escrito de demanda que inicia el proceso origen de la cuestión de inconstitucionalidad, la inexistencia de un razonamiento a partir del cual entender que no existe tal prescripción o tal inaplicabilidad conduce a concluir que no se ha satisfecho el juicio de relevancia exigido por el art. 35 LOTC.

Más tarde, se reproduce en casación para unificación de doctrina la posibilidad de plantear cuestión de inconstitucionalidad. En esta ocasión, el Tribunal Supremo no aprecia motivos para dudar de la constitucionalidad de una norma legal enmarcada dentro cuanto permite el art. 2.3 del Código Civil, al establecer que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario, sin exceder los límites que en esta materia impone el art. 9.3 CE [STS 23 de abril de 2018 (rec. 84/2017)]. Tras repasar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al principio de seguridad jurídica y su corolario, el principio de confianza legítima, afirma que la observancia a la DA 16.<sup>a</sup> en despidos colectivos anteriores a su publicación no conforma un supuesto de retroactividad auténtica, o de grado máximo, que pudiera comprometer la afectación a derechos económicos ya adquiridos y consolidados, sino que conformaría un supuesto de retroactividad impropia, o de grado medio, en la cual la valoración de los intereses generales en juego justificaría perfectamente una medida de esta naturaleza, por cuanto reserva su aplicación a las grandes empresas o grupos de em-

presas bajo los condicionantes siguientes: que hubieran tenido beneficios en ejercicios económicos anteriores propios o del grupo al que pertenecen; con importante número de personas trabajadoras afectadas por el despido colectivo; y, por último, los importantes efectos en las prestaciones de desempleo y el sostenimiento del sistema dentro del contexto de la grave crisis económica que el país atravesaba en aquellas fechas y la sustancial incidencia que el elevado número de despidos colectivos que venían produciéndose.

Los destinatarios del precepto son operadores económicos prudentes y diligentes, por cuanto afecta a empresas de notable envergadura que proyectan despidos colectivos de gran dimensión. El proyecto de Ley 27/2011 fue presentado en el Congreso de los Diputados el 25 de marzo de 2011, publicado en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados el 1 de abril, mientras que en ese mismo periódico oficial del día 27 de abril de 2011 aparece la ampliación del plazo de enmiendas. Ello supone la adecuada publicidad de la tramitación de una norma que elimina cualquier atisbo de imprevisibilidad para cuantas empresas, a partir de aquel momento, pudieran iniciar la tramitación de un despido colectivo y aun cuando no se pueda suponer que este sea el motivo —nada dice la norma—, por el cual quien legisla ha retrotraído a esa fecha su aplicación a los despidos colectivos tramitados a partir de la misma, esa circunstancia resulta determinante para desterrar cualquier argumento de imprevisibilidad que pudiera comprometer el juicio de constitucionalidad que conduciría a plantear la necesidad de elevar la cuestión de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, la DA 16.<sup>a</sup> encuadra en el cómputo a cuantas personas ven extinguidos sus vínculos contractuales por determinadas causas dentro de los tres años previos al inicio del despido colectivo, quienes habrán de ser tomadas en consideración para calcular el importe de las aportaciones al Tesoro Público. La Audiencia Nacional descarta categóricamente su inconstitucionalidad indicando que si la ley dispone su aplicación retroactiva a las extinciones producidas con anterioridad al inicio del periodo de consultas del despido colectivo, así como las producidas en los tres años posteriores, su aplicación se ajusta a lo dispuesto en el art. 9.3 CE, en relación con el art. 2.3 CC, «por lo que se ha de descartar que las resoluciones recurridas vulneren la seguridad jurídica de la empresa demandante, así como el principio de irretroactividad de las normas, por cuanto el 3-05-2012, al inicio del periodo de consultas, GRUPORAGA, SA sabía que la DA 16.<sup>a</sup> de la Ley 27/2011 era aplicable a los despidos colectivos iniciados a partir del 27-04-2011, conociendo, por consiguiente, que debía tener en cuenta las extinciones anteriores al inicio del periodo de consultas, caso de que las mismas se hubieran producido por causa no imputable a los trabajadores» [SAN 5 de junio de 2015 (rec. 77/2015)].

Por último, el art. 10 del Real Decreto-ley 5/2013 dota de un nuevo significado al requisito de obtención de beneficios. Hasta ese momento la DA 16.<sup>a</sup> re-

quería que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen y la razonabilidad de la decisión extintiva, las empresas o el grupo de empresas del cual forme parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a la autorización del expediente de regulación de empleo. Una vez incorporada la modificación, el periodo de referencia no queda circunscrito a la obtención de beneficios en los dos años anteriores al inicio del procedimiento, sino que también se cumple cuando las entidades concernidas obtengan beneficios en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del lapso temporal situado entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio del procedimiento extintivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha data.

Asimismo, el nuevo apartado 14 del precepto prevé la aplicación de las reglas contenidas en esta disposición a los procedimientos formalizados a partir del 1 de enero de 2013, mientras el Real Decreto-ley 5/2013 fue publicado en el *BOE* el 16 de marzo de 2013. La aportación al Tesoro constituye una obligación para las empresas que hubieran obtenido beneficios en los ejercicios anteriores al comienzo del despido, pero también a las que los perciban en ejercicios futuros. Esta modificación opera, por tanto, sobre los despidos colectivos iniciados una vez publicada la reforma y sobre cuantos hubieran tenido lugar a partir del 1 de enero de 2013. Si bien la nueva condición se refiere a la obtención de beneficios en el futuro, proyecta su eficacia sobre hechos acontecidos en el pasado y cuyos efectos se agotaron entonces bajo la vigencia de la norma existente en ese momento. De este modo, despliega una retroactividad de grado máximo, pues las empresas se verán obligadas a efectuar unas aportaciones al Tesoro vinculadas a un despido colectivo efectuado antes de la entrada en vigor de la nueva regulación (Barros García, 2018:83).

### 3. Configuración actual de la obligación

La obligación jurídica de ingresar la aportación surge a partir de la adopción de un despido colectivo en virtud del art. 51 ET, sin que tenga cabida la resolución disciplinaria u objetiva. Es más, en caso de despido «de hecho» la consecuencia será la nulidad de las decisiones extintivas realizadas durante los periodos sucesivos de noventa días y la readmisión de las personas afectadas, sin suponer ningún coste para el sistema público de protección por desempleo [STS 18 de noviembre de 2014 (rec. 65/2014)]. La prestación percibida por la persona readmitida se calificará como indebida, de forma que la empresa descontará el importe y devolverá al SEPE el montante que resulte antes de pagar los salarios de tramitación. Si quien proporciona empleo no readmite a la persona trabajadora, tampoco genera coste alguno para el sistema, pues al mantener el derecho a percibir el salario, el trabajador continuará en alta y cotizando a

la Seguridad Social. Únicamente de quedar acreditada la imposibilidad de proceder a la readmisión se originaría el deber de ingresar la aportación, pues se ha producido efectivamente la extinción contractual.

Condicionar la aportación a los despidos colectivos acaecidos en empresas de más de 100 personas trabajadoras deviene ilógico de todo punto, no en vano en el tejido productivo español predominan las pequeñas o medianas empresas. La falta de consonancia con el contexto empresarial, tiene como consecuencia clara que la DA 16.<sup>a</sup> no será de aplicación a un elevado número de destinatarios. Puede ser esta la razón por la que el precepto no ha conseguido evitar el aumento de las pensiones de jubilación anticipada. Sin embargo, la norma alude también a las entidades que formen parte de grupos de empresas que empleen a más de 100 personas. La disposición toma la referencia del concepto mercantil del art. 42.1 CCo, bastando con que la sociedad ostente, directa o indirectamente, el control sobre las otras, sin requerir de otros elementos adicionales a partir de los cuales poner de manifiesto la presencia de un grupo patológico, a saber el funcionamiento unitario, manifestado en la prestación indistinta de trabajo (simultánea o sucesivamente) en favor de varias de las empresas del grupo, la confusión patrimonial, la unidad de caja, la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica (con creación de la empresa «aparente») o el uso abusivo —anormal— de la dirección unitaria, con perjuicio para los derechos del personal [STS 2 de junio de 2014 (rec. 546/2013)]. El apartado 1 de la DA 16.<sup>a</sup> no excluye del cómputo de la plantilla a las personas que trabajen fuera de España, debiendo considerar que, ante un grupo de empresas con encaje en el concepto en él establecido, estos trabajadores y trabajadoras deberán ser tenidas en cuenta a estos efectos.

El ingreso de las aportaciones está condicionado a que el porcentaje de personas despedidas de 50 o más años de edad, sobre el total de las afectadas por el despido colectivo sea superior al porcentaje de aquellas de 50 o más años sobre el total de trabajadores y trabajadoras de la empresa. La exigencia, introducida por el Real Decreto-ley 5/2013, pretende establecer una obligación solo para las empresas que utilicen la edad como criterio preferente en la selección de personas afectadas por el despido. Superada esta proporción, la norma parece presumir que la decisión extintiva será discriminatoria y merecedora de especial reproche. Ahora bien, las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón de edad deberían llevar aparejada una sanción económica por la comisión de una infracción muy grave en virtud del art. 8.12 del 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, así como la nulidad de la medida. La técnica jurídica ha merecido la crítica de un sector doctrinal por ilógica y contradictoria, por cuanto considera lícita la discriminación con la mera imposición de una contribución económica (Del Rey Guanter, 2014:4-5). Parece acertada la tesis

de quienes sostienen que de este requisito no cabe presumir de manera automática el carácter discriminatorio de la decisión, en la medida en que la DA 16.<sup>a</sup> no penaliza un comportamiento antijurídico de la empresa, sino una conducta antisocial (Aragón Gómez, 2016:906).

En el cálculo del porcentaje de personas trabajadoras afectadas de 50 o más años sobre el total de personas despedidas, procederá computar a aquellas cuyos vínculos contractuales hayan finalizado por iniciativa empresarial en virtud de otros motivos no inherentes a la persona trabajadora, distintos de los contemplados en el art. 49.1.c) ET, siempre y cuando se hayan producido en los tres años anteriores, con el límite del 27 de abril de 2011, o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo. El literal del precepto aparece en íntima conexión con el art. 51.1 ET, ordenado a evitar el fraude consistente en efectuar extinciones de contratos al amparo de lo dispuesto en el art. 52.c) ET en un número inferior a los umbrales señalados y sin que concurran causas nuevas capaces de justificar tal actuación en periodos sucesivos de noventa días. El periodo de 90 días podrá ser anterior o posterior al despido individual o plural, tomando en consideración aquel durante el cual se haya producido el mayor número de despidos y extinciones contractuales computables a estos efectos. Pero en todo lo demás debe mantenerse la doctrina que exige la necesidad de que tales periodos sean sucesivos, consecutivos, sin remontar el cómputo a fechas tan alejadas en el tiempo a la del despido individual que lleguen a quedar fuera de cualquiera de los ciclos sucesivos de 90 días sin solución de continuidad en periodos anteriores o posteriores al mismo [STS 21 de julio de 2021 (recud. 2128/2018)]. El periodo de cuatro años tomado en consideración por la DA 16.<sup>a</sup> contrasta claramente con la dicción literal del último párrafo del art. 51.1 ET, por ser a todas luces excesivo. Tres años en la vida de una empresa es un lapso temporal desmesurado, motivo por el cual, probablemente, con un arco temporal de dos años hubiera sido suficiente (Arias Domínguez, 2014:187).

De atender a la interpretación de los Tribunales —perfectamente aplicable a la DA 16.<sup>a</sup>—, son extinciones computables por iniciativa de la empresa, en virtud de otros motivos no inherentes a la persona trabajadora distintos de los previstos en el art. 49.1.c) ET, las siguientes: la finalización *ante tempus* de contratos temporales [STS 3 de julio de 2012 (rec. 1657/2011)]; la terminación ante la supuesta expiración del tiempo convenido o la realización de obra o servicio determinado, cuando el contrato temporal estuviera celebrado en fraude de ley; el desistimiento durante el periodo de prueba si la iniciativa fuera empresarial; la falta de llamamiento de personas trabajadoras fijas-discontinuas; la extinción de la personalidad jurídica de la empleadora; la rescisión por voluntad de la persona trabajadora en razón de incumplimientos graves y culpables imputables a la empresa; la jubilación forzosa de la persona trabajadora; los despidos disciplinarios u objetivos con base en motivos inherentes a la persona trabajadora

que hayan merecido la calificación de improcedencia o nulidad [STS 18 de noviembre de 2014 (rec. 65/2014)]; los despidos individuales o plurales por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, o debidos a la falta de consignación presupuestaria en caso de programas públicos no estructurales; e, incluso, las extinciones por voluntad de la persona empleada frente a la decisión de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Criterio respetuoso con la doctrina *Pujante Rivera*, de conformidad con la cual la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en cuanto hace a los despidos colectivos, debe ser interpretada en el sentido de que cuando la empresa proceda, unilateralmente y en perjuicio del trabajador o trabajadora, a una modificación sustancial de elementos esenciales del contrato de trabajo por motivos no inherentes a su persona queda comprendido en el concepto de despido [STJUE 11 de noviembre de 2015 (C-422/14), asunto *Pujante Rivera*].

Para determinar el porcentaje de personas trabajadoras despedidas de 50 o más años, procederá partir de la plantilla de la empresa en la fecha de inicio del despido colectivo. Con mayor detalle, el art. 2 del Real Decreto 1484/2012 entiende por personas trabajadoras de 50 o más años: en primer lugar, a todas aquellas afectadas por el despido colectivo que hubieran cumplido dicha edad a la fecha de extinción de sus contratos, 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; en segundo término, a quienes hubieran alcanzado tal a la fecha de la extinción de sus contratos por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo, en virtud de otros motivos no inherentes a la persona trabajadora distintos de los previstos en el artículo 49.1.c) ET, cuando dichas extinciones se produjeran en los tres años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo; por último, a las personas que hubiera cumplido o cumplan dicha edad dentro del periodo previsto para la aplicación de las medidas temporales de regulación de empleo.

Nada esclarece el precepto con respecto a las personas vinculadas a la empresa mediante un contrato de duración determinada, debiendo entender que computan íntegramente (Cabeza Pereiro, 2012:24), conforme han señalado los tribunales de justicia. No parece óptima la opción escogida por quien legisla de computar la plantilla en la fecha del inicio del despido colectivo, en lugar de calcular el promedio durante un periodo de tiempo concreto, para así evitar la adopción de estrategias empresariales encaminadas a eludir la obligación.

La redacción vigente no aclara si el despido incluye a personas de edad madura, en contraposición al literal primigenio de la DA 16.<sup>a</sup>, que requería de manera expresa la afectación de personas de 50 o más años. A partir de la modificación operada por el art. 10 del Real Decreto-ley 5/2013, el *quid* de la cuestión pareciera estar situado en que el número de personas de mayor edad sobre el to-

tal de personas trabajadoras afectadas por la terminación de su contrato, ya sea a consecuencia de un despido colectivo ya sea por decisiones unilaterales por parte de la empresa por causas no inherentes a la persona trabajadora, supere el porcentaje de personas de 50 o más años sobre el total de personas trabajadoras de la empresa. Voces autorizadas de la doctrina argumentan que el despido colectivo debe afectar a personas de 50 o más años de edad (Del Rey Guanter, 2015: 513).

A la hora de concretar el porcentaje de trabajadores y trabajadoras despedidos de 50 o más años sobre el total de personas afectadas, la norma parte de la plantilla de la empresa en el momento de inicio del despido colectivo. La referencia al cómputo de quienes han visto extinguido su contrato por iniciativa de la empleadora en los últimos tres años no deja claro si el porcentaje se ha de precisar sobre el total de personas despedidas en dicho periodo o sobre el total de personas seleccionadas en el procedimiento de regulación de empleo. Será necesario incluir tanto a las personas afectadas por el despido como a aquellas cuya relación laboral hubiera finalizado en los términos dispuestos en el apartado 1.b) de la DA 16.<sup>a</sup>

De continuar el análisis, la aportación al Tesoro requiere que el despido colectivo sea efectuado en una empresa con beneficios. Una entidad ha tenido beneficios cuando el resultado del ejercicio, tal y como se define en los modelos de cuentas anuales de pérdidas y ganancias, tanto normal como abreviada, recogidos en el Real Decreto 1514/2007 sea positivo; con la especialidad contenida para la determinación del resultado del ejercicio en caso de grupo (se valoran los resultados obtenidos en territorio español por cuantas lo integren). Cabe la posibilidad de que el empleador en concreto esté igualmente obligado a realizar la aportación cuando aisladamente considerado pudiera estar en pérdidas y no tenga beneficios en el periodo de referencia, pero sí los hubiera obtenido, sin embargo, el grupo en su conjunto. La norma no contempla la compensación de resultados o pérdidas, sino que basta con que haya beneficios o en la solicitante o en el grupo al que esta pertenezca [SSTS 17 de noviembre 2016 (rec. 51/2016); 31 de octubre de 2017 (rec. 235/2016); o 23 de abril de 2018 (rec. 84/2017)].

Tras las reformas acometidas por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, el concepto de situación económica negativa abarca los supuestos de pérdidas previstas o una disminución persistente de ingresos, mientras la finalidad del despido ya no debe garantizar la viabilidad futura de quien proporciona empleo; únicamente contribuir a prevenir la evolución negativa o mejorar su situación. La exigencia precisa de cierta continuidad, pues la entidad ha de tener beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en que inicia el procedimiento de despido colectivo o, en al menos, dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo previsto en la norma. Tener en cuenta los beneficios futuros resulta poco conve-

niente cuando sean tan irrisorios que no cubran el coste de las aportaciones económicas a realizar. De entrada, parece imposible conocer el coste definitivo del despido colectivo, habida cuenta de las eventuales circunstancias concurrentes al tiempo de ejecutar la decisión extintiva (De la Puebla Pinilla, 2013:150). Esta medida tiende a amilanar cualquier conducta de la empresa ordenada a la utilización del despido colectivo como mecanismo para aumentar los beneficios.

Los datos estadísticos muestran la relativa importancia que ha tenido esta medida habida cuenta de que según el Informe Anual del Servicio Público de Empleo Estatal, desde la implantación del procedimiento en 2013 hasta el año 2022 han sido 93 las empresas que han sido objeto de reclamación de aportación económica, correspondientes a las prestaciones abonadas a 27.241 personas trabajadoras, por valor de 983 millones de euros de los cuales se ingresaron 814 millones de euros (SEPE, 2022: 132-133).

#### 4. Cálculo de la contribución

El importe anual de la aportación al Tesoro Público se determina mediante la aplicación del tipo porcentual, definido en una escala legalmente prevista, sobre la cuantía de los importes satisfechos por el Servicio Público de Empleo Estatal por los conceptos establecidos en la ley; a saber, prestaciones y subsidios de desempleo, así como cotizaciones a la Seguridad Social a las personas de 50 o más años afectadas por los despidos. La cuantía se tomará en su importe bruto, pues sobre la prestación contributiva por desempleo procederá aplicar los descuentos correspondientes tanto por IRPF, al tener la consideración de rendimiento íntegro de trabajo *ex art.* 17.1.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, como por la cotización de la persona trabajadora, según el art. 273.1 LGSS.

La base de cálculo de la contribución viene integrada, en primer lugar, por la cuantía total efectivamente abonada por el SEPE en concepto de prestaciones por desempleo de nivel contributivo de las personas de 50 o más años despedidas, generadas total o parcialmente en virtud de las cotizaciones acreditadas en la empresa que promovió la extinción, incluyendo el total de prestaciones percibidas, aun cuando correspondan, en parte, a periodos de cotizaciones cubiertos con otra empresas, así como las prestaciones recibidas si el trabajador o trabajadora una vez interrumpe el percibo de la prestación por comenzar una actividad laboral para otra empleadora y cesar en esa actividad, reanuda la percepción de las prestaciones por desempleo generadas para la empresa que promovió el despido (Barros García, 2018:88). En este sentido, la aportación aparece referida a las prestaciones de desempleo originadas en virtud de las cotizaciones acredita-

das en la promotora del despido, lo cual se produce tanto cuando tales prestaciones son percibidas de una sola vez y sin solución de continuidad, como si lo son en varios periodos de tiempo separados por concurrir causa legal que permite la suspensión y reanudación de las prestaciones por desempleo y la persona trabajadora opta por esta última alternativa cuando ha prestado servicios en una tercera empresa en periodos de tiempo muy cortos que causarían derecho a prestaciones por desempleo menos favorables [STS 9 de mayo de 2018 (rec. 110/2017)].

En segundo término, por la cuantía total efectivamente abonada por el SEPE en atención a las cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo por los trabajadores y trabajadoras afectados, durante su periodo de percepción.

En tercer y último concepto, por un canon fijo por cada persona trabajadora que haya agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo y comience a percibir algún subsidio de los establecidos en el art. 215.1.1). a) y b), y 215.1.3) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (subsidio por desempleo del nivel asistencial en la actualidad previsto por el art. 274 LGSS). Este canon se calculará mediante la totalización durante un periodo de seis años de la suma del coste anual del subsidio por desempleo, más el de la cotización por jubilación por cuenta de la entidad gestora en el año del agotamiento. Igualmente, se hará efectivo el canon fijo por cada persona trabajadora que, no teniendo derecho al cobro de la prestación por desempleo contributiva, acceda directamente al subsidio por desempleo como consecuencia de la situación legal motivada por el despido. En la prestación contributiva, la cuantía a computar en la base equiva al importe abonado por el SEPE, mientras, en el caso del subsidio resulta indiferente su duración efectiva.

En cualquier caso, son imputables a la empresa los costes correspondientes a un periodo de seis años. El subsidio por desempleo previsto en el art. 274.4 LGSS para mayores de 52 años se puede prolongar hasta que la persona beneficiara alcance la edad de acceso a la pensión contributiva de jubilación. Pero si no acreditara todavía 52 años de edad, la horquilla oscilaría entre un mínimo de seis meses y un máximo de treinta. Para quienes obtengan el subsidio por desempleo por no acreditar el periodo de carencia necesario para causar la prestación contributiva la duración no podrá exceder de 21 meses. Sería deseable establecer un canon en función de la duración máxima del subsidio, prescindiendo de la referencia a los seis años. El presupuesto para activar una obligación respecto a esta partida es que la persona afectada por la extinción del contrato de trabajo acceda a la protección de nivel asistencial, ya sea por haber agotado la prestación por desempleo contributiva, ya sea por acceder directamente al subsidio (Aragón Gómez, 2016:915-916). Además, la entidad gestora

cotizará por la contingencia de jubilación durante la precepción del subsidio por desempleo para personas trabajadoras mayores de cincuenta y dos años, tomando como base de cotización el 125% del tope mínimo de cotización vigente en cada momento.

También se incluirán, a los efectos del cálculo de la aportación económica, los importes abonados por el SEPE por los referidos conceptos de las personas de 50 o más años cuyos contratos se hayan extinguido a iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona empleada distintos de los previstos en el art. 49.1.c) ET en los tres años anteriores o en el año posterior al comienzo del procedimiento. No obstante, a petición de la empleadora se excluirán del cálculo de la aportación económica los importes de prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores y trabajadoras de 50 o más años de edad afectados que hubieran sido recolocados en la misma empresa, en otra empresa del grupo o en cualquier otra, en los seis meses posteriores a la extinción. La empresa habrá de acreditar estos extremos, debiendo entender realizada la recolocación a tal fin únicamente cuando esta se haya producido en los seis meses siguientes a la fecha de la extinción a través de un nuevo contrato de 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 en supuestos de extinción por despido disciplinario declarado procedente, dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente, total, absoluta o gran invalidez.

De observar lo previsto en el art. 51.10 ET, el plan de recolocación externa a través de las empresas autorizadas es exigible a cuantas efectúen un despido colectivo que afecte a más de cincuenta personas trabajadores, con el objetivo de garantizar a los afectados y afectadas, con especial extensión e intensidad a los de mayor edad, una atención continuada por un periodo mínimo de seis meses. Por su parte, la versión original de la DA 16.<sup>a</sup> imponía la obligación de aportar al Tesoro a las empresas con beneficios y más de 500 personas empleadas que hubieran adoptado una medida extintiva que perjudicara a más de 100 trabajadores y trabajadoras, incluidas las personas de 50 o más años de edad. En esa etapa inicial, era común implantar el plan de recolocación externa durante un mínimo de seis meses, debiendo conocer la evolución profesional de las seleccionadas por el despido colectivo en ese periodo. Hoy en día, la decisión empresarial de reajuste ha de afectar especialmente a personas de edad madura, de manera que algunas empresas quedarán comprendidas en el ámbito de aplicación del precepto sin tener el deber de elaborar el plan de recolocación externa.

Surge la duda de cómo pueden demostrar los requisitos contemplados por la norma cuando la recolocación no ha tenido lugar en la misma empresa o en otra del grupo. En este sentido, si le corresponde a la Administración Pública conocer de la recolocación (por cuanto la persona trabajadora que ha encon-

trado un nuevo empleo estará dada de alta en la Seguridad Social, constando la fecha de ingreso, el tipo de contrato y la jornada, entre otros datos), no se entiende por qué la empresa carga con la responsabilidad de demostrar dichos elementos.

El tipo aplicable será el fijado por la escala del apartado 4 de la DA 16.<sup>a</sup> en función del número de personas trabajadoras de la empresa, el número de personas de 50 o más años de edad afectadas por el despido y del porcentaje de los beneficios de la empresa sobre los ingresos. Las variables a considerar serán: en primer lugar, el porcentaje de personas afectadas de 50 o más años en relación con el número de personas despedidas en tres niveles de menos del 15%, entre el 15% y el 35% y más del 35%; segundo, el porcentaje de beneficios sobre los ingresos, a saber, superior al 10% y menor del 10%, en cada uno de los niveles reseñados; en fin, el número de personas trabajadoras en la empresa, dependiendo de si comprende a más de 2.000, entre 1.000 y 2.000 o entre 101 y 999.

El porcentaje de trabajadores y trabajadoras despedidos de dicha edad 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 extinción hasta el año en el cual se efectúa el cálculo. Los beneficios de la empresa o grupo de empresas habrán de ser cuantificados, o bien en función del porcentaje medio de los mismos respecto de los ingresos obtenidos en los dos ejercicios inmediatamente anteriores al inicio del procedimiento de despido colectivo, en el supuesto del apartado 1.c.)1.<sup>a</sup> del precepto, o bien respecto de los ingresos generados en los dos primeros ejercicios consecutivos en que la empresa haya alcanzado beneficios dentro del periodo indicado en el apartado 1.c.)2.<sup>a</sup> El número de personas trabajadoras de la empresa o grupo se calculará en función de quienes se encuentren en alta al inicio del procedimiento de despido colectivo, con independencia de que trabajen a jornada completa o a tiempo parcial. Cuando existan personas afectadas por medidas de regulación temporal de empleo computables a los efectos del cálculo de la aportación al Tesoro, serán incluidas para determinar el porcentaje de trabajadores y trabajadoras despedidos de 50 o más años sobre el total de las afectadas.

## 5. Liquidación y pago de las aportaciones

El procedimiento para la liquidación y pago de las aportaciones está regulado en el Capítulo III del Real Decreto 1484/2012. Según la DA 16.<sup>a</sup> la empresa deberá remitir a la autoridad laboral un certificado firmado por persona con poder suficiente en el cual conste la concurrencia de los requisitos previstos por la norma para activar la obligación, en el plazo de tres meses desde la fina-

lización del año siguiente al inicio del procedimiento de despido colectivo si la empresa ha tenido beneficios en los dos ejercicios económicos previos. En cambio, cuando la obtención de beneficios se produzca en, al menos, dos ejercicios económicos consecutivos, la certificación habrá de presentarse antes de que concluya el ejercicio posterior a aquel en el cual concurra ya el requisito mencionado en el apartado 1, letra c).2.<sup>a</sup> de la DA 16.<sup>a</sup>

La disposición final tercera del RD-ley 2/2024, de 21 de mayo, por el que se adoptan medidas urgentes para la simplificación y mejora del nivel asistencial de la protección por desempleo, y para completar la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, viene a modificar la redacción del apartado 7 de la DA 16.<sup>a</sup> y, con entrada en vigor el 1 de noviembre de 2024, incorpora las siguientes alteraciones de interés: en primer término, modifica el órgano receptor de la certificación pues esta deberá ser enviada al Servicio Público de Empleo Estatal y además deberá realizarse por medios telemáticos a través del servicio «Certific@2» de la sede electrónica de la entidad gestora; en segundo lugar, en consonancia con la previsión anterior, esta última deberá remitir el certificado recibido a la autoridad laboral competente en el procedimiento de despido colectivo; en fin, además de la información recogida en el art. 5 del Real Decreto 1484/2012 es menester remitir una relación de personas trabajadoras afectadas que deberá contener, al menos, como datos el nombre, apellidos y NIF de todas las afectadas por el despido colectivo, con indicación de su fecha de nacimiento y la identificación de cuantas personas empleadas hayan visto extinguidos sus contratos en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de comunicación del inicio del periodo de consultas por iniciativa empresarial o del grupo, en virtud de motivos no inherentes a la voluntad del trabajador y distintos a los recogidos en el art. 49.1.c) ET.

La inobservancia de esta obligación en tiempo y forma, así como presentar información que resulte falsa o inexacta, están tipificadas como infracciones muy graves en el art. 8.18 LISOS (tanto en la versión actual como aquella que entrara en vigor con fecha 1 de noviembre de 2024 tras la redacción dada por la disposición final segunda del RD-ley 2/2024, de 21 de mayo, y que únicamente adapta la redacción al nuevo ente receptor de la documentación). La multa puede comprender, 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 a 225.018 euros. La consecuencia meramente económica contrasta con la elevada cuantía que representa la aportación anual al Tesoro, pues queda en entredicho su capacidad disuasoria, no en vano una empresa podría asumir el riesgo de la penalización frente al abono de la aportación. Con todo, la imposición de la sanción no imposibilita la liquidación de la aportación al Tesoro Público.

En todo caso, el SEPE podrá iniciar el procedimiento realizando sus propias comprobaciones mediante mecanismos de cooperación y colaboración administrativa, aun cuando la autoridad laboral no haya emitido la certificación indicada. La norma admite la actuación de oficio en orden a garantizar la plena ejecutividad de la DA 16.<sup>a</sup>, sin perjuicio de que la empresa considere que no ha de realizar la aportación, omita de forma deliberada este requisito o la autoridad incumpla su deber de dar traslado del certificado. La entidad está dotada de un amplio margen de autonomía, sin condicionantes derivados de la existencia de la comunicación previa para iniciar los trámites pertinentes que determinen la procedencia de la aportación. Esta posibilidad quedará limitada parcialmente a partir del 1 de noviembre de 2024 en tanto la comunicación ya no tendrá que ser realizada en primera instancia a la autoridad laboral si no al Servicio Público de Empleo Estatal que será el encargado de tramitar el procedimiento desde sus inicios.

Por otra parte, es menester tener en cuenta como las extinciones de los puestos de trabajo, dentro de los umbrales establecidos por el art. 51 ET, pero eludiendo el procedimiento, configuran el llamado despido colectivo «de facto», constitutivo de una infracción muy grave *ex* art. 8.3 LISOS. Advertida esta situación, procede la aportación al Tesoro por parte de la empresa, con la consiguiente dificultad de iniciar de oficio y culminar con éxito el procedimiento (Esteban Legarreta, 2015:76).

Varios factores hacen presumir las complicaciones de dicha posibilidad, comenzando por el art. 8.3, pues impone una multa a la empresa, pero no implica una obligación de hacer. La decisión extintiva realizada sin seguir el procedimiento no conlleva necesariamente la nulidad de los despidos o la denegación de la prestación por desempleo de las personas afectadas. En la misma línea, el incumplimiento de medidas como el plan de recolocación, la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social o la aportación al Tesoro cuentan con sanciones propias con un esquema similar limitado a sancionar la omisión de la empresa. La complejidad del proceso deriva en buena parte de la concurrencia y colaboración de varias administraciones, incluso en una etapa temprana anterior a la recaudación. En un primer momento concurren la autoridad laboral, el SEPE, la Inspección de Trabajo y la Administración de Justicia, en caso de impugnación de las extinciones, tanto en la apreciación de las causas y el seguimiento de las personas trabajadoras. No obstante, la tarea torna mucho más ardua en un despido colectivo «de hecho», debido a la dificultad de hacer acopio de los datos necesarios a partir del impulso de oficio de la Administración. En realidad, la limitación de recursos pone sobre el tapete los impedimentos a la hora de recaudar de modo eficiente el importe de la aportación tanto en los procedimientos reglados, en general, como, en particular, en los eventuales subterfugios tendentes a evitar la calificación de despido colectivo (Cegarra Cervantes, 2021:181).

### 5.1. La propuesta de liquidación

El SEPE es competente para formular propuesta de liquidación, sin perjuicio de las alegaciones que la empresa pueda presentar en un plazo de 15 días. En los despidos colectivos proyectados por un grupo de empresas, la entidad notifica la propuesta de liquidación a cada una de cuantas solicitan la aplicación del art. 51 ET, pero también a la sociedad principal o holding del grupo que consolida las cuentas.

La propuesta ha de contener los datos siguientes: la identificación de la empresa, como razón o denominación social, número de identificación fiscal, código o códigos de cuenta de cotización a la Seguridad Social, domicilio y actividad; la relación de los hechos y preceptos que actúan como detonante de la obligación empresarial de abonar el pago de la aportación económica; la relación nominal de las personas de 50 o más años que hubieran percibido prestaciones por desempleo de nivel contributivo dentro del periodo referido a la liquidación; los importes brutos, desglosados por meses, por los conceptos dispuestos en el art. 3.2 a) y b) y 3.3) del Real Decreto 1484/2012 satisfechos por el SEPE dentro del periodo liquidable por cada una de las personas de 50 o más años afectadas; el periodo de la liquidación, que comprenderá el año natural inmediatamente anterior a aquel en que se realiza la propuesta de liquidación, salvo si, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 2.3, 3.1 y 6.2, comprende los años naturales inmediatamente anteriores; la relación nominal de personas trabajadoras de 50 o más años de la empresa tenidas en cuenta en el cálculo del canon, así como su importe; el tipo aplicable conforme a la escala fijada en los apartados 4 y 5 DA 16.<sup>a</sup>; y, en fin, el importe total de la deuda a ingresar en el Tesoro Público.

El apartado 9 de la DA 16.<sup>a</sup> y el art. 8 del Real Decreto 1484/2012 contemplan la posibilidad de aplicar medidas cautelares, dada la nada desdeñable cuantía que puede representar la aportación. Cuando la reestructuración suponga el cese total de la actividad de la empresa en España, el SEPE estará facultado para emplear medidas cautelares en orden a asegurar el cobro de la deuda, aun cuando el importe no haya sido cuantificado ni liquidado con carácter previo. La entidad gestora comunicará al órgano competente una estimación de las aportaciones económicas a cargo de la empresa, en atención a los datos compilados atinentes a la determinación del montante a satisfacer. En la praxis, implementar este tipo de medidas presenta cierta dificultad, pues a falta de un procedimiento de recaudación de la aportación propio, opera el general previsto por el Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, que aprueba el Reglamento General de Recaudación. La norma no fija el plazo en el cual el SEPE debe solicitar las medidas cautelares, sino que únicamente hace referencia a «el plazo más breve posible». La eventual recolocación de las personas trabajadoras constituye un obstáculo en la estimación del importe de las aportaciones, en especial si quien

proporciona empleo no realiza la comunicación y debe de actuar de oficio la entidad gestora. Por si fuera poco, ante una aportación calculada año a año resultará considerablemente espinoso realizar requerimientos en años posteriores a cuantas empresas cesan su actividad en el territorio español cuando se produzca el cierre definitivo.

La complicación derivada de mantener las comunicaciones y adoptar medidas de tutela justifica la cautela del art. 11 del Real Decreto 1484/2012, consistente en la posibilidad otorgada al SEPE de revisar de oficio la cuantía de las aportaciones liquidadas con anterioridad en caso de error, falta de información o indebida exclusión para su cálculo de los importes satisfechos por esta entidad. La regularización se llevará a cabo en la siguiente propuesta de liquidación anual a emitir, o mediante nueva propuesta de cuantía de las aportaciones de los años anteriores, previa revisión al alza o a la baja, según corresponda. El plazo máximo para revisar la cuantía de las aportaciones será de cuatro años desde la fecha de notificación de la resolución anual correspondiente.

En igual línea, el art. 12 del texto legal prevé la devolución de las cantidades indebidas, previa resolución del SEPE, de oficio o a instancia de parte. Dichos importes podrán ser objeto de compensación con las deudas de las empresas obligadas aún pendientes de pago por el mismo concepto, a realizar en la siguiente propuesta de liquidación anual. El derecho a la devolución integrará, además del importe ingresado, el resultante de aplicar sobre este el interés legal del dinero fijado en la Ley de Presupuestos vigente en cada periodo desde la fecha del ingreso indebido en el Tesoro Público hasta la data de propuesta del pago de la devolución.

## 5.2. La gestión recaudatoria

La recaudación de las aportaciones económicas al Tesoro corresponderá a las Delegaciones de Economía y Hacienda en periodo voluntario y a la Agencia Estatal de Administración Tributaria en periodo ejecutivo, conforme a lo establecido en el art. 3.1, b) del Real Decreto 939/2005. El procedimiento de recaudación se inició a partir del año 2013, una vez trazada la trayectoria de las personas afectadas por los despidos colectivos en 2011 amparados por el ámbito de aplicación de la DA 16.<sup>a</sup> El Reglamento General de Recaudación tiene, desde el punto de vista material, un ámbito de aplicación más amplio que el contenido en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, pues no se circunscribe al cobro de las deudas y sanciones tributarias, sino también al de los demás recursos de naturaleza pública.

La norma reglamentaria desentraña las previsiones contenidas en la Ley 58/2003 y la Ley 47/2003, mientras la Orden PRE/1064/2016, de 29 de junio, desarrolla parcialmente el Reglamento General de Recaudación. Así pues, será competente para la recaudación la Delegación de Economía y Hacienda en

cuyo ámbito territorial de competencia resida la empresa deudora. Corresponde al órgano gestor notificar a la entidad la resolución de liquidación del derecho y requerirle la realización del pago en el plazo de ingreso correspondiente, a cuyo efecto adjuntará el documento de ingreso. En concreto, el órgano gestor es el SEPE y el plazo de ingreso será de 30 días, en aplicación de la Resolución de 12 de abril de 2004, del Servicio Público de Empleo Estatal, 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.

La recaudación tributaria consiste en el ejercicio de las funciones administrativas conducentes al cobro de las deudas de esta naturaleza y podrá realizarse en periodo voluntario, mediante el pago o cumplimiento de la empresa en los plazos previstos en el art. 62 de la Ley 58/2003, o en periodo ejecutivo mediante el pago o cumplimiento espontáneo o, en su defecto, a través del procedimiento administrativo de apremio.

La recaudación en periodo voluntario concluirá el día del vencimiento de los correspondientes plazos de ingreso, si bien en el caso de deudas a ingresar mediante autoliquidación presentada fuera de plazo sin realizar el ingreso (o sin presentar solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación), finalizará el mismo día de la presentación de la autoliquidación. Los ingresos se realizarán en las entidades autorizadas para colaborar en la recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria —entidades colaboradoras— en los términos del art. 17 del Reglamento General de Recaudación. El «Modelo 069» será el utilizado para proceder al pago, debiendo ser expedido por el órgano gestor del recurso. El pago se podrá hacer mediante cheque, tarjeta de crédito y débito, transferencia bancaria, domiciliación bancaria o cualesquiera otros validados por el Ministerio de Hacienda.

La Administración podrá, a solicitud de la empresa, aplazar o fraccionar el pago de las deudas según lo dispuesto en los arts. 65 y 82 de la Ley 58/2003. La alternativa requiere el compromiso de aval solidario de la entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o de certificado de seguro de caución. La garantía cubrirá el importe de la deuda en periodo voluntario, de los intereses de demora que genere el aplazamiento y un 25% de la suma de ambas partidas.

El periodo ejecutivo se inicia el día siguiente al del vencimiento del plazo establecido para el pago de las deudas liquidadas. Las solicitudes de aplazamiento, fraccionamiento o compensación en periodo voluntario impedirán el inicio del periodo ejecutivo durante la tramitación de los expedientes. Sin embargo, dichas solicitudes, así como las de suspensión y pago en especie, no impedirán el inicio del periodo ejecutivo cuando anteriormente se hubiera denegado, respecto de la misma deuda tributaria, otra solicitud previa en periodo voluntario habiéndose abierto otro plazo de ingreso sin proceder al mismo. De igual

manera, la interposición de un recurso o reclamación en tiempo y forma contra una sanción paraliza el comienzo del periodo ejecutivo hasta que alcance firmeza en vía administrativa y haya finalizado el plazo para el ingreso voluntario del pago. La declaración de concurso no suspenderá el plazo voluntario de pago de cuantas deudas tengan la calificación de concursal de acuerdo con el texto refundido de la Ley Concursal aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, sin perjuicio de que las actuaciones del periodo ejecutivo se rijan por lo dispuesto en dicho cuerpo legal.

Los funcionarios que desarrollen funciones de recaudación podrán comprobar e investigar la existencia y situación de los bienes o derechos de las personas obligadas, tendrán facultades de inspección de los tributos y, en su caso, adoptarán medidas cautelares. Toda empresa deudora deberá poner en conocimiento de la Administración, cuando esta así lo requiera, una relación de los bienes y derechos integrados en su patrimonio en cuantía suficiente para cubrir el importe de la deuda tributaria. En la fase ejecutiva, también será posible solicitar el aplazamiento y fraccionamiento del pago, ofreciendo una garantía que ha de cubrir el importe aplazado, incluyendo el recargo del periodo ejecutivo correspondiente, los intereses de demora generados, más un 5% de la suma de las dos.

El inicio del periodo ejecutivo determinará la exigencia de los intereses de demora y, eventualmente, de las costas del procedimiento de apremio. El interés de demora es una prestación accesoria exigible a las personas obligadas, calculada sobre el importe no ingresado en plazo o sobre la cuantía de la devolución cobrada improcedentemente y equivalente al interés legal del dinero incrementado en un 25%. En los supuestos de aplazamiento, 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 se verá equiparado al interés legal.

Por otra parte, existen tres tipos de recargos del periodo ejecutivo: el ejecutivo, el de apremio reducido y el de apremio ordinario. Son incompatibles entre sí y se calculan sobre la totalidad de la deuda no ingresada en periodo voluntario. El ejecutivo será del 5% y se aplicará una vez satisfecha la totalidad de la deuda no ingresada en periodo voluntario antes de la notificación de la providencia de apremio. El de apremio reducido será del 10% si se satisface 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 la Ley 58/2003 para las deudas apremiadas. Por último, el recargo de apremio ordinario será del 20% cuando no concurren las circunstancias anteriores resultando compatible con los intereses de demora.

A este respecto, cabe señalar como el pago en periodo voluntario deberá hacerse en los siguientes plazos: si la notificación de la liquidación se realiza entre los días 1 y 15 de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta

el día 20 del mes posterior o, si este no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente; en cambio, si la notificación de la liquidación se realiza entre los días 16 y último de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día 5 del segundo mes posterior o, si no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.

La providencia de apremio es el acto en virtud del cual la entidad ordena la ejecución contra el patrimonio de la empresa obligada al pago, siendo competente para entender y resolver todas sus incidencias la Administración Tributaria. El procedimiento de apremio se iniciará mediante providencia notificada a la obligada identificando la deuda pendiente, constituyendo título suficiente para iniciar el procedimiento teniendo la misma fuerza ejecutiva que la sentencia judicial para proceder contra los bienes y derechos de los obligados u obligadas. Frente a ella solo serán admisibles como motivos de oposición la extinción total de la deuda o prescripción del derecho a exigir el pago; la solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación en periodo voluntario y otras causas de suspensión del procedimiento de recaudación; la falta de notificación de la liquidación; la anulación de la liquidación; o el error u omisión en el contenido que impida la identificación de la deudora o de la deuda apremiada. Si la empresa obligada no efectuara el pago dentro del plazo fijado, se procederá al embargo de sus bienes.

Cuando la deuda tributaria esté garantizada, se procederá, en primer lugar, a ejecutar la garantía a través del procedimiento administrativo de apremio. No obstante, la Administración Tributaria podrá optar por el embargo y enajenación de otros bienes o derechos antes de la ejecución de la garantía cuando no sea proporcionada a la deuda garantizada o la empresa así lo solicite, señalando bienes suficientes al efecto. Con respeto siempre al principio de proporcionalidad, se procederá al embargo de los bienes y derechos en cuantía suficiente para cubrir el importe de la deuda no ingresada, los intereses devengados (o a devengar hasta la fecha del ingreso en el Tesoro), los recargos del periodo ejecutivo y las costas del procedimiento de apremio.

A falta de acuerdo en contrario, se embargarán los bienes teniendo en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de esta para la empresa; sin embargo, si dichos criterios fueran de imposible o muy difícil aplicación, el orden de embargo será el siguiente: dinero efectivo o en cuentas abiertas en entidades de crédito; créditos, efectos, valores y derechos realizables en el acto o a corto plazo; sueldos, salarios y pensiones; bienes inmuebles; intereses, rentas y frutos de toda especie; establecimientos mercantiles o industriales; metales preciosos, piedras finas, joyería, orfebrería y antigüedades; bienes muebles y semovientes; créditos, efectos, valores y derechos realizables a largo plazo.

Cada actuación de embargo quedará documentada a través de una diligencia, siendo admisibles los motivos de oposición consistentes en la extinción

de la deuda o prescripción del derecho a exigir el pago, la falta de notificación de la providencia, el incumplimiento de las normas reguladoras del embargo y la suspensión del procedimiento de recaudación. La enajenación de los bienes embargados se realizará mediante subasta, concurso o adjudicación directa. La Administración Tributaria no podrá proceder a la enajenación hasta que el acto de liquidación de la deuda tributaria ejecutada sea firme, salvo en los supuestos de fuerza mayor, o si se tratará de bienes percederos, aquellos en los que exista un riesgo de pérdida inminente de valor o cuando la empresa solicite de forma expresa su enajenación. En cualquier momento previo a la adjudicación, liberará los bienes embargados si la obligada extingue la deuda tributaria y las costas del procedimiento de apremio.

Las cantidades recaudadas por cuenta del SEPE serán transferidas a sus cuentas oficiales, a excepción de los recargos del periodo ejecutivo y de las costas. En caso de convenio, se transferirán las cantidades recaudadas minoradas en los términos establecidos en dicho convenio.

Habida cuenta de la naturaleza de la obligación y su finalidad, las normas a aplicar en materia de recaudación son la Ley 58/2003 y el Real Decreto 939/2005. Ahora bien, la aportación económica al Tesoro se nutre tanto de un canon en consideración a los beneficios obtenidos por la empresa y el número de personas trabajadoras, como de las prestaciones por desempleo, los subsidios y las cotizaciones. Algunos autores han planteado una alternativa capaz de acercar la gestión de la recaudación a un ámbito ligado en mayor medida con la Seguridad Social, en orden a reducir la complejidad del procedimiento, desde los requisitos que activan la aplicación de la DA 16.<sup>a</sup>, hasta las liquidaciones anuales practicadas por la entidad gestora (Cegarra Cervantes, 2021:194). De este modo, parece más adecuado tomar como norma de referencia el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

Los contornos del objeto de la gestión recaudatoria en virtud de su art. 1 son suficientemente amplios para entender posible esta alternativa; en concreto, el apartado o) del precepto hace mención 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, a los que sean de aplicación las reglas del derecho privado. El organismo competente sería la Tesorería General de la Seguridad Social en atención al ámbito del despido colectivo. De hecho, el art. 3.1. b) del Real Decreto 939/2005 permite atribuir la gestión a otros órganos de la Administración General del Estado o a sus organismos autónomos, en tanto el art. 5 del Real Decreto 1415/2004 hace posible establecer conciertos de colaboración.

Si bien la aportación tiene una naturaleza híbrida, no sería la primera ocasión en la que la Seguridad Social ampara una institución de esta clase. Baste con re-

cordar el recargo de prestaciones que trae causa de prestaciones, pero también presenta una vertiente sancionadora. El punto discordante aparece situado en que la recaudación no solo está destinada a la persona trabajadora, pues ni siquiera toda la cuantía es abonada a las cuentas de la Seguridad Social al objeto de favorecer la empleabilidad de las maduras ni contribuir al sostenimiento del sistema. Cualquier reforma debería partir de una nueva concepción del destino de las cantidades recaudadas, quedando circunscritas a los recursos de la Seguridad Social.

## 6. Plazo de prescripción

De recordar que las aportaciones económicas al Tesoro Público tienen la consideración de derechos de naturaleza pública no tributarios de la Administración General del Estado, el dato resultará determinante para la fijación en cuatro años del plazo de prescripción del derecho de la Hacienda Pública a reconocer o liquidar créditos a su favor, en virtud del art. 15.1 de la Ley 47/2003 General Presupuestaria. Por ende, la obligación de pago de la aportación económica por despidos colectivos que afecten a personas de 50 o más años en empresas o grupos de empresa con beneficios queda sujeta al plazo general de prescripción de cuatro años, en consonancia con la doctrina judicial [STS 23 de abril de 2018 (rec. 84/2017)].

A este respecto, en relación con el *dies a quo* para iniciar el cómputo recientemente el Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto señalando que «el plazo de prescripción debe computarse desde el momento en el que la Hacienda pública puede ejercitar el derecho a liquidar su crédito, que no desde la fecha en la que la Autoridad laboral decida finalmente remitir al SEPE el certificado de la empresa. Aceptar ese postulado es tanto como dejar en manos de la Autoridad laboral la posibilidad de fijar unilateralmente el dies a quo para el cómputo del plazo de prescripción, frente a las disposiciones legales que de forma expresa lo establecen en el momento en el que puede ejercitar el derecho y emitir la resolución de liquidación el crédito» y aun cuando ninguna de las normas legales «fijan un plazo máximo para que la Autoridad laboral remita el certificado de empresa al SEPE, pero eso no supone que dicha Autoridad pueda cumplir libérrimamente con esa obligación para postergar la remisión de dicho certificado como le venga en gana, pese a no concurrir circunstancia alguna que pudiese justificar el transcurso de un periodo de tiempo en sí mismo superior al plazo máximo de prescripción de 4 años del que dispone para efectuar la obligada liquidación anual de la aportación empresarial» [STS 19 de septiembre de 2023 (rec. 37/2023)].

Asimismo, cabe señalar que interrumpe la prescripción «cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento y liquidación de todos o parte de los elementos de la obligación tributaria que proceda, aunque la acción se dirija inicialmente a una obligación tributaria

distinta como consecuencia de la incorrecta declaración del obligado tributario», de manera que «la eventual necesidad de acudir a estos mecanismos para complementar la información facilitada por la empresa pudiere justificar, en su caso, que el SEPE emita la propuesta de liquidación una vez superado el plazo de 4 años del que dispone para ello [debiendo] otorgar el efecto interruptivo de la prescripción al requerimiento efectuado por la Administración» [STS 20 de marzo de 2024 (rec. 113/2022)].

Por otra parte, y si bien las liquidaciones que ha de girar el SEPE comprenderán el año natural inmediatamente anterior a aquel en que se realiza la propuesta de liquidación *ex* art. 7 del Real Decreto 1484/2012, el citado precepto no incorpora un plazo especial de prescripción de un año (Barros García, 2018:90). Una disposición de rango reglamentario no puede interpretarse como una norma prevalente sobre las disposiciones de la Ley General Presupuestaria, lo que en sí mismo sería inviable por resultar *ultra vires*, al contravenir una norma de superior rango jerárquico. Asimismo, la referencia al año anterior no opera como un plazo de prescripción; antes bien, sino que impone al SEPE el deber de liquidar y calcular anualmente las aportaciones que haya de hacer la empresa. De este modo, la liquidación efectivamente se ha de realizar de forma anual para facilitar el mejor funcionamiento de la empresa mediante el control de sus gastos en cada ejercicio [STS 31 de diciembre de 2017 (rec. 235/2016)].

## 7. Especialidades en caso de sucesión de empresa

En el supuesto de cambio de titularidad de la empresa, la nueva empleadora quedará subrogada en las obligaciones establecidas por la DA 16.<sup>a</sup> Ante las dudas interpretativas en torno al alcance de la subrogación, la autoridad laboral distingue entre dos supuestos [Consulta de la Dirección General de Empleo de 9 de mayo de 2016]: de un lado, si el despido colectivo ha sido efectuado por la empresa cumpliendo los requisitos que originan el compromiso de aportar al Tesoro con carácter previo a la adquisición, la adquirente se subrogará en el deber de pago y en las demás impositions previstas en el precepto de referencia; de otro, cuando en el momento de adquisición la empresa no reuniera los requisitos para quedar sujeta al pago, no habrá subrogación, sin posibilidad de tomar en consideración a la adquirente a efectos del cumplimiento de dichos requisitos.

## 8. Impugnación de la liquidación

El procedimiento de liquidación de las aportaciones al Tesoro Público parte de la propuesta efectuada por el SEPE, la cual puede ser objeto de alegaciones en los términos contemplados por el art. 6 del Real Decreto 1484/2012. Es esta

fase la empresa debe exponer todos los argumentos en los que sustenta su oposición a la liquidación practicada, tanto de fondo como de la propia tramitación del expediente. Si las alegaciones son desestimadas total o parcialmente, el SEPE emitirá resolución donde conste la liquidación definitiva. La empresa cuenta con un plazo de un mes para interponer recurso de alzada, que ha de ajustarse a las previsiones contenidas en los arts. 115 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La suspensión del acto administrativo exige el abono cautelar de la cantidad o la solicitud y la posterior constitución de aval bancario destinado a garantizar el importe.

Una vez transcurrido el plazo de tres meses desde la presentación del recurso, se entenderá desestimado por silencio administrativo, lo cual habilita a interponer recurso potestativo de reposición. En este sentido, conviene tener presente que cuantos actos administrativos pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado. El plazo para la interposición será de un mes, si el acto fuera expreso; en caso contrario, será posible interponerlo en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que se produzca el acto presunto. El plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de un mes. Contra la decisión no cabrá interponerse de nuevo el recurso, procediendo acudir a la vía judicial en el plazo de dos meses, por remisión a cuanto dispone el art. 69.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Será competente la jurisdicción social, pues dentro de las materias señaladas en el art. 2 LRJS, es factible enmarcar la habilitación competencial en los apartados n) y s).

La letra n) reserva a los órganos jurisdiccionales del orden social la impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral recaídas en los procedimientos previstos en el apartado 5 del artículo 47, en el artículo 47 bis) y en el apartado 7 del artículo 51 ET, así como las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical y, respecto de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional. La liquidación deriva de un acto administrativo en materia laboral, de forma que la impugnación podría encontrar fundamento en esta previsión.

Por su parte, la letra s) alude a 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 relativas a las prestaciones, incluyendo las recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en esta materia, a excepción de

los actos administrativos de Seguridad Social referentes a la inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de personas trabajadoras, 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. De observar el tipo de liquidación de estas resoluciones basadas en el desempleo, las cotizaciones y el canon aplicable, el encuadramiento en el apartado s) también parece posible (Cegarra Cervantes, 2022:61-62).

La competencia corresponde, en única instancia, a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia en cuya circunscripción tenga su sede el organismo autor del acto impugnado. Estarán legitimadas para promover el proceso, las personas destinatarias del acto o resolución impugnada o quienes ostenten derechos o intereses legítimos en su revocación o anulación, en este caso la empresa obligada al pago. La legitimación pasiva corresponde al SEPE y al órgano ministerial. Tendrán la consideración de parte interesada las personas de mayor edad afectadas, sus causahabientes, o terceros que puedan alcanzar responsabilidades. En la demanda deberá acreditarse el agotamiento de la vía administrativa.

La reclamación judicial frente a la resolución desestimatoria de la impugnación que efectúa la empresa de la liquidación de las aportaciones al Tesoro Público será tramitada de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 151 LRJS, situado en la Sección 2.<sup>a</sup>, Título VII, dedicado al «procedimiento de oficio y del de impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social no prestacionales». Su inicio tendrá lugar 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.

## 9. Reflexión final

La configuración jurídica de la aportación económica al Tesoro Público presenta especial complejidad como consecuencia de las sucesivas reformas sufridas por la DA 16.<sup>a</sup> de la Ley 27/2011 en un breve plazo de tiempo, con cierta rapidez e incluso precipitación. La finalidad de la norma viene dada por la protección de las personas mayores de 50 años de edad, por cuanto, en un contexto económico adverso, el desempleo de larga duración lastra a un colectivo especialmente vulnerable, así como por el sostenimiento del sistema público de pensiones. Para ello, blinda a este grupo de su inclusión en los despidos colectivo, pero también de otras extinciones contractuales producidas por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona trabajadora, salvo en los supuestos del art. 49.1.c) ET.

Los Tribunales han descartado que la redacción primigenia, así como las posteriores modificaciones, vulneren la seguridad jurídica o el principio de irretroactividad, o que sean injustas o desproporcionadas. El motivo radica en reconocer que persiguen un objetivo socialmente loable y procuran evitar que el impacto de la crisis económica se proyecte sobre las personas de mayor edad, cuando la empresa o grupo en el que se integra tiene beneficios en un periodo relevante.

Ahora bien, la medida no conlleva un aseguramiento absoluto del personal de edad madura, pues la obligación de abonar las aportaciones al Tesoro solo se impone a cuantas empresas tengan beneficios y cuenten con un volumen relevante de personas trabajadoras. En este sentido, la previsión afecta a un número reducido de empresas, habida cuenta de las características del tejido empresarial español. Sería deseable disminuir el umbral de la plantilla computable para activar la obligación legal, incrementar hasta el año el plazo de recolocación a efectos de la exoneración de la aportación, reforzar las facultades de comprobación y control de la Administración, destinar los ingresos a acciones formativas o políticas de empleo dirigidas al colectivo sénior y/o como recursos del Fondo que contribuya al sostenimiento del sistema de pensiones de la Seguridad Social y, en definitiva, simplificar la liquidación y recaudación de las aportaciones.

Nada obsta a promover despidos cuando concurren causas para ello, dada la posibilidad de implementar tal decisión extintiva excluyendo a dicho colectivo del procedimiento. La DA 16.<sup>a</sup> tampoco impide adoptar otras medidas de flexibilidad interna como la reducción de jornada, la suspensión de contratos, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo o la inaplicación del convenio colectivo.

## 10. Bibliografía

- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, «La obligación de ingresar la aportación al Tesoro Público en caso de despidos colectivos que afecten a trabajadores maduros», en GODINO REYES, Martín (dir.), *Tratado de despido*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, *Tres años de reforma del despido colectivo. ¿Ha conseguido su propósito el legislador?*, Madrid: Dykinson, 2014.
- BARROS GARCÍA, Mario, «La aportación económica al Tesoro por despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años», *Actualidad Jurídica Uriá Menéndez*, núm. 49, 2018.
- CABEZA PEREIRO, Jaime, «La aportación económica al Tesoro Público en el caso de despidos colectivos de empresas con beneficios», *Revista Justicia Laboral*, núm. 50, 2012.
- CEGARRA CERVANTES, Felipe, «Las obligaciones empresariales para la protección de las personas trabajadoras maduras en los despidos colectivos», Tesis doctoral. Murcia: Universidad de Murcia, 2021.
- «El procedimiento judicial para la impugnación de la aportación al Tesoro Público derivada de los despidos colectivos que afectan a personas trabajadoras maduras», *Documentación Laboral*, núm. 127, 2022.

- DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, «Las paradojas del despido colectivo tras la supresión de la autorización administrativa», *Teoría y Derecho*, núm. 13, 2013.
- DEL REY GUANTER, Salvador, «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*, núm. 3, 2014.
- «Las aportaciones económicas al tesoro público por discriminación por razón de edad en caso de despido colectivo», *Derecho de las relaciones laborales*, 2015, núm. 5, 2015.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio y DURÁN HERAS, Almudena, «Jubilaciones anticipadas y jubilaciones diferidas entre la política de empleo y las exigencias de control del gasto», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. Extra 1, 2002.
- ESTEBAN LEGARRETA, Ricardo, «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», en TORRES-CORONAS, Teresa, BELZUNEGUI-ERASO, Ángel, y MORENO-GENÉ, Josep (eds.) *Proceedings of the 1st international virtual SBRLab Conference: finding solutions for a post-crisis society*. Tarragona: Universitat Rovira i Virgili, 2015.
- FUNDACIÓN ADECCO: «INFORME #TUEDADÉSUNTESORO», 2023, disponible en: <https://fundacionadecco.org/wp-content/uploads/2023/06/270623NDP-TUEDADDESUNTESORO.pdf>
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo, *El coste del despido y otras formas de terminación del contrato por iniciativa empresarial: Un análisis jurídico y económico*. Valladolid: Lex Nova, 2014.
- MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes, «Despidos colectivos de trabajadores de edad avanzada y protección social: entre la discriminación y la eficiencia», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 430, 2019.
- PORCEL DE SOTO, Javier, «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, Antonio (dir.), *Los tributos asistemáticos del ordenamiento vigente*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.
- SEPE, *Informe Anual 2022*. Madrid: SEPE, 2023, disponible en: <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-sepe/informe-anual.html>