

# Legalidad de la «enmienda Telefónica».

## Despidos de trabajadores mayores de cincuenta años en empresas con beneficios

**Lourdes López Cumbre**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria*

*Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

---

### **1. Aportación económica al Tesoro del Estado por los trabajadores despedidos mayores de cincuenta años en empresas con beneficios**

1.1. Desde el año 2011, las empresas con beneficios que incluyan en sus despidos colectivos a trabajadores mayores de cincuenta años de edad tienen la obligación de efectuar una aportación económica al Tesoro Público. La denominada «enmienda Telefónica» (consecuencia del anuncio que, en el 2011, hizo esta compañía de efectuar un despido colectivo de 6500 trabajadores, el 20 % del total de la plantilla, con 10 000 millones de ganancia) introdujo esta norma a través de la Ley 27/2011 y de su disposición adicional 16.<sup>a</sup> (modificada posteriormente por la disposición final 4.<sup>a</sup> de la Ley 3/2012). En desarrollo de aquélla se aprobarían, con posterioridad, tanto el Real Decreto 1484/2012 como el Real Decreto Ley 5/2013, que modifica el anterior por medio de su disposición final 7.<sup>a</sup>, y el Real Decreto Ley 16/2013, que matiza esta última norma.

Tras esta sucesión de reformas, en la actualidad, las empresas que lleven a cabo despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público (no necesariamente a la Seguridad

Social). Se trata de empresas de más de cien trabajadores o de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores en las que el porcentaje de los despedidos de cincuenta o más años de edad con respecto al total de los despedidos sea superior al porcentaje de los trabajadores de cincuenta o más años con respecto al total de los trabajadores de la empresa. A tal efecto, se computarán los trabajadores incluidos en el despido colectivo y aquellos cuyos contratos hayan sido extinguidos por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos a los previstos en el artículo 49.1c del Estatuto de los Trabajadores (expiración del tiempo convenido u obra o servicio), siempre que dichas extinciones de contrato se hayan producido en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo.

Finalmente, y aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas que justifiquen el despido colectivo, deberán cumplirse alguna de las dos condiciones siguientes. Una, que las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios (según definen los modelos de cuentas anuales de pérdidas y ganancias del Plan General de Contabilidad) en los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

que el empresario comience el procedimiento de despido colectivo. Otra, que las empresas o el grupo en el que se integran obtengan beneficios en, al menos, dos ejercicios económicos consecutivos dentro del periodo comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de principio del procedimiento de despido colectivo y los cuatros ejercicios económicos posteriores a dicha fecha.

- 1.2. Se trata de una regulación que persigue un único objetivo, a saber, el de lograr la contribución de las empresas que despiden a trabajadores de cincuenta años o más en los términos descritos. Para calcular dicha aportación se tomará en consideración el importe bruto de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de cincuenta o más años de edad afectados por el despido colectivo abonados desde la fecha del despido, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal. También se tendrán en cuenta los importes aportados por dicho servicio en relación con los trabajadores de cincuenta o más años cuyos contratos hayan sido extinguidos por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos a los previstos en el artículo 49.1c del Estatuto de los Trabajadores, siempre que dichas extinciones de contrato se hayan producido en los tres años anteriores o en el año posterior al comienzo del procedimiento de despido colectivo. Se excluirá el importe de las prestaciones de quienes hayan sido objeto de recolocación en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de los contratos.

El importe que se haya de ingresar se determinará anualmente mediante la aplicación de un tipo (entre un 60 % y un 100 %, dependiendo del número de trabajadores de la empresa, el número de los trabajadores de cincuenta años o más despedidos y el porcentaje de los beneficios de la empresa) a distintos conceptos (cuantía por desempleo, canon fijo por cada trabajador, etc.). Al menos el 50 % de las cantidades recaudadas se

consignarán en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal con objeto de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específica para el colectivo de los trabajadores de cincuenta años o más que se encuentren en situación legal de desempleo, para lo cual, en el presupuesto de dicho servicio público deberán constar créditos destinados a financiar este tipo de acciones y medidas.

## 2. La consideración judicial de esta obligación legal

- 2.1. Recientemente, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de junio del 2015 (rec. 77/2015) se ha enfrentado a la aplicación de esta cláusula legal tras la impugnación de una resolución administrativa que imputa a la empresa demandada el pago de esta aportación. En el caso analizado, la empresa no cuestiona la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente, por lo que admite pacíficamente el abono de este gravamen respecto de los trabajadores despedidos mayores de cincuenta años de edad. Cuestiona, sin embargo, la inclusión de los trabajadores despedidos en los tres años anteriores al comienzo del periodo de consultas del despido colectivo, por cuanto dicha inclusión, basada en la interpretación literal de la disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la Ley 27/2011, supone, en su opinión, un manifiesto atentado contra la seguridad jurídica y comporta la aplicación retroactiva de una norma restrictiva de derechos que no estaba vigente al producirse los despidos del periodo antedicho. Reprocha, finalmente, que la aportación exigida (175 584,84 euros) supera con mucho los beneficios obtenidos por la empresa en el año en cuestión, por lo que resulta manifiestamente desproporcionada.

En una apreciación teleológica de esta medida, entiende la Audiencia Nacional que «la finalidad de la norma examinada es la protección de los trabajadores mayores de cincuenta años, por cuanto el legislador comprende que, en un contexto económico recesivo, donde el desempleo

se ha convertido en el primer problema nacional, son un colectivo especialmente vulnerable, puesto que la pérdida de su empleo comportará su inclusión en el grupo de parados de larga duración, que no encontrará probablemente otro empleo». Por consiguiente, la norma pretende «blindar a este colectivo de su inclusión en los despidos colectivos, así como de otras extinciones contractuales producidas por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador, salvo los supuestos del artículo 49.1c del Estatuto de los Trabajadores, proyectando dicho blindaje tres años atrás del inicio del procedimiento de despido colectivo y tres años después, entendiéndose por el legislador que ése es el mejor modo de asegurar el empleo a estos trabajadores» (FJ 3). Ciertamente, no se trata de un aseguramiento absoluto por cuanto se impone únicamente a las empresas o grupos de empresas que emplean a un número relevante de trabajadores, en las que, aun cuando concurren las causas que justifican un despido colectivo, obtienen beneficios en los ejercicios considerados por el legislador. Por lo demás, la medida controvertida no impide a las empresas promover despidos colectivos en los que no se vean afectados trabajadores de cincuenta o más años de edad ni recurrir a medidas de flexibilidad interna como alternativa.

Se descarta, de este modo, que se trate de una norma «injusta y desproporcionada» por cuanto persigue un «objetivo socialmente loable, que procura evitar que el impacto de la crisis económica se proyecte sobre los trabajadores mayores, cuando la empresa o el grupo en el que se integra tiene beneficios en un periodo relevante y puede, como se anticipara, aplicar la medida extintiva a otros trabajadores cuando concurren causas para ello o promover medidas de flexibilidad interna para mejorar su competitividad y productividad. Cuando no lo hace así, a sabiendas de la voluntad del legislador, deberá asumir las consecuencias de despedir a los trabajadores mayores, evitando, de

este modo, la socialización de los costes de su decisión» (FJ 3).

- 2.2. Sin embargo, la empresa solicita un análisis sobre la aplicación retroactiva de la medida por cuanto incorpora en su ámbito de aplicación las extinciones contractuales llevadas a cabo en años anteriores y posteriores al periodo de consulta, lo cual supone una aplicación retroactiva de la norma. Y, en este sentido, este pronunciamiento entiende que, en virtud de lo previsto en el artículo 2.3 del Código Civil, la prohibición de aplicar retroactivamente las leyes cesa cuando la propia norma dispone lo contrario.

Así ocurre aquí, toda vez que su aplicación se ajusta a lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Constitución en relación con el citado precepto del Código Civil, por lo que se descarta que la resolución administrativa impugnada vulnere la seguridad jurídica de la empresa o incurra en violación del principio de irretroactividad de la norma puesto que, al empezar el periodo de consultas del despido colectivo en cuestión, la empresa conocía el contenido de la disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la Ley 27/2011 que se impugna, asumiendo, por consiguiente, que debía tener en cuenta las extinciones anteriores al despido. Por lo tanto, y considerando que, pese a este conocimiento, optó por continuar con el despido colectivo cuando podía haber elegido opciones menos costosas, la empresa deberá soportar las consecuencias de su decisión.

- 2.3. Con todo, la aplicación de la aportación en cuestión exige concretar cuáles son las extinciones que computan a efectos de esta norma. Ante las posibles discrepancias entre la Directiva 98/59 y el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, la Audiencia Nacional recupera la doctrina expuesta en su Sentencia de 14 de mayo del 2014 (Ar. 1379), en la que se fija el criterio de que la extinción de contratos temporales también ha de computar a estos efectos si se trata de contrataciones fraudulentas. En virtud

de la normativa europea, sólo podrán excluirse del cómputo numérico que lleva aparejada la calificación jurídica de despido colectivo aquellas extinciones de los contratos por tiempo o tarea determinada cuando la extinción se haya producido regularmente, mas nunca cuando dichos contratos tengan una naturaleza indefinida y no temporal por haberse efectuado en fraude de ley, por lo que procede el cómputo del despido improcedente o nulo que, en su caso, origine.

En atención a lo expuesto, todos los despidos producidos en un periodo de noventa días consecutivos que no sean por causa inherente a la persona del trabajador se incluyen en el cómputo anterior. Esto supone tener en cuenta no sólo los despidos producidos por el artículo 52c del Estatuto de los Trabajadores, sino también todos aquellos despidos producidos en los cuales, aunque se alegaran causas no inherentes a la persona del trabajador y por tanto no computables *ab initio*, hayan desaparecido tales causas por ser calificados de improcedentes o nulos. Y, así, para que un despido inicialmente no computable (despido disciplinario, contrato temporal) pase a ser computable, ha de calificarse dicha extinción de despido improcedente o nulo, supuesto que se extiende tanto a los despidos disciplinarios en los que se reconoce la improcedencia en virtud de una transacción judicial o extrajudicial como a los despidos objetivos en los que se firman finiquitos aceptando el efecto extintivo mediante pacto. En ninguno de los dos casos la extinción se convierte en una extinción consensuada, sino que prevalece la consideración de extinción a iniciativa de la empresa (STS de 18 de noviembre del 2014, Ar. 6472). En definitiva, la transacción no altera la naturaleza del acto del despido, pues sólo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial (art. 1809 del Código Civil).

### **3. Una conclusión sobre los despidos de trabajadores de cincuenta o más años de edad**

3.1. Esta norma, cuyas previsiones de ingresos ascendían a unos 43 millones de euros

anuales en la memoria económica que la acompañaba en el 2011 (computando tanto la aportación como el ahorro de prestaciones del sistema de la Seguridad Social), ha logrado recaudar en estos cuatro años de aplicación unos 82 millones de euros en total. Una veintena de empresas han contribuido abonando este canon (Telefónica, Nokia, Pfizer, RBA, etc.). Introducida esta medida por un Gobierno socialista y reforzada por un Gobierno popular (que añadió las empresas de cien trabajadores, siendo inicialmente de aplicación sólo a las de quinientos), no ha logrado plenamente los objetivos económicos previstos, si bien la gestión de la recaudación fue lenta en los primeros años de aplicación (sólo se recaudaron un millón de euros en los dos primeros años), habiéndose alcanzado en la actualidad una cierta normalidad.

3.2. Quizá, sin embargo, el mayor fracaso no resida en su afán recaudatorio o sancionador, sino en la dificultad de contener la expulsión de los trabajadores de más edad, de gran experiencia y de difícil inserción laboral posterior. Recientemente, el Tribunal Constitucional ha amparado el despido de los trabajadores de más edad en su Sentencia 66/2015 al rechazar la discriminación que alegaban los afectados. Si bien reconoce que el gravamen económico que supone para la empresa el mantenimiento en activo de estos trabajadores no constituye justificación suficiente como para admitir la vulneración del principio de igualdad, sí atiende a otra alegación efectuada por la empresa: la mayor protección social brindada a estos trabajadores por el sistema de la Seguridad Social.

Se aprecia una cierta discordancia entre un legislador que intenta encarecer la expulsión de estos trabajadores y un Tribunal Constitucional que atiende a la protección social reforzada de estos trabajadores, existente, como es obvio, al tratarse de un colectivo especialmente vulnerable. Y lo es por dos motivos, a saber: su difícil reinserción laboral y su proximidad a

la jubilación, lo que exige seguir en activo y de alta (o en situación asimilada al alta) en la Seguridad Social, a efectos de

obtener un pensión para la que se ha venido cotizando durante toda una vida laboral.

---

Para más información consulte nuestra web [www.gomezacebo-pombo.com](http://www.gomezacebo-pombo.com), o diríjase al siguiente *e-mail* de contacto: [info@gomezacebo-pombo.com](mailto:info@gomezacebo-pombo.com).

Barcelona | Bilbao | Madrid | Valencia | Vigo | Bruselas | Lisboa | Londres | Nueva York