

## EDITORIAL

### **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**

Salvador del Rey Guanter

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ESADE Law School  
Socio y Presidente del Instituto Internacional, Cuatrecasas

La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, introdujo *ex novo* el denominado régimen de aportaciones económicas al Tesoro Público (disposición adicional decimosexta o DA 16<sup>a</sup>). Este régimen de aportaciones económicas consiste fundamentalmente en la obligación para las empresas que acometan un despido colectivo y cumplan ciertos requisitos –cierto número de empleados, beneficios económicos y cierto porcentaje de trabajadores de 50 o más años de edad cuya relación contractual se haya extinguido por motivos no inherentes a su voluntad, entre otros– de abonar al Tesoro Público unas aportaciones económicas.

A pesar de la relativamente cercana promulgación de dicha disposición, ésta ha sufrido desde su entonces múltiples modificaciones. En particular, el régimen de aportaciones económicas ha cambiado significativamente en tres ocasiones desde agosto de 2011: Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero; Ley 3/2012, de 6 de julio; y Real Decreto-Ley 5/2013, de 15 de marzo. Asimismo, la disposición adicional decimosexta ha sido desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre. Todas estas modificaciones han seguido una misma línea o tendencia que ha consistido en una ampliación del ámbito de aplicación de dicha disposición por vía de la suavización de los requisitos y condiciones exigidos. Así pues, se ha pretendido que la obligación de realizar dichas aportaciones se aplique un número mayor de supuestos.

Si bien el preámbulo de la Ley no hizo mención expresa de la fundamentación de la DA 16<sup>a</sup>, del propio régimen jurídico previsto podía interpretarse que lo que se pretendía de forma directa o inmediata era evitar una afectación desmesurada de trabajadores de 50 o más años de edad en despidos colectivos de empresas de mayores dimensiones que, además, hubieran logrado obtener beneficios económicos en los últimos ejercicios.

Con esta finalidad inmediata se perseguía –y se persigue– un primer objetivo, y es evitar que con cargo a la protección por desempleo primero y después al sistema de Seguridad Social, se estuviera subvencionando con fondos públicos a trabajadores que, por su edad, aún distaban de poder acogerse a la prestación de jubilación. A lo que hay que añadir el que se pretendía desincentivar que no solo se perciban percepciones públicas en esas situaciones, sino que además se incremente el número de trabajadores (y de empresas en lo que se refiere a ellos) que van a dejar de cotizar sea a la prestación por desempleo sea al sistema de Seguridad Social. Se trataba, por lo tanto, de una medida disuasoria (mediante la obligación de abonar cuantiosos importes al Tesoro Público) para evitar que un elevado número de personas de 50 o más años de edad se hallaran sin trabajo y, debido a la dificultad de encontrar un nuevo empleo, pasaran a depender exclusivamente y de modo indefinido de prestaciones públicas (prestación por desempleo, primero; subsidio por desempleo, después, y jubilación anticipada y normal, en último término) a la vez que dejaran de realizar sus aportaciones a tales prestaciones.

Es, no obstante, significativo, que en el preámbulo del RDL 5/2013 sólo se aluda, respecto a este objetivo económico, a la salvaguarda de la solvencia de la prestación por desempleo, y no a la del sistema de Seguridad Social en general.

A este objetivo inicial, que podríamos denominar como «económico», se ha unido con posterioridad, de una forma progresivamente más contundente, lo que podríamos denominar como un objetivo de «empleo». En efecto, mediante la dedicación de parte de lo recaudado a la recolocación de los trabajadores de 50 o más años, se espera paliar una situación negativa para las posibilidades de empleo de este colectivo. Estamos ante una finalidad que en el origen era más eventual (la Ley 27/2011 indicaba en la DA 16, apartado 3 que “[l]as aportaciones a que se refiere esta disposición podrán, en su caso, destinarse total o parcialmente a generar créditos para la financiación de políticas activas de empleo de los trabajadores de más edad, en los términos que se determine reglamentariamente”), pero que en la redacción actual ha desarrollado una mayor incisividad, en tanto que la adjudicación a esta finalidad se realiza ahora en términos imperativos, determinándose además la cantidad económica mínima que ha de dedicarse al respecto: “al menos el 50% de las cantidades recaudadas en el ejercicio inmediatamente anterior se consignarán en el presupuesto inicial del Servicio Público de Empleo Estatal con la finalidad de financiar acciones y medidas de reinserción laboral específicas para el colectivo de los trabajadores de cincuenta o más años que se encontraran en situación legal de desempleo, para lo cual en el presupuesto del Servicio Público de Empleo Estatal deberán constar créditos destinados a financiar este tipo de acciones y medidas” (DA 16, apartado 12, según redacción del RDL 3/2013).

Estos eran, pues, los dos objetivos esenciales que, aunque no mencionados específicamente, se perseguía con la DA 16 originaria tal como redactada en la Ley 27/2011.

A estos dos objetivos se ha unido con posterioridad, de una forma expresa en el RDL 5/2013, y con un carácter que podríamos considerar como prioritaria respecto a los otros dos objetivos, un tercer objetivo «antidiscriminatorio» por razón de edad, en el sentido de que a través de esta “penalización” de carácter económico se disuade a las empresas de más tamaño de una afectación desproporcionada de los trabajadores de mayor edad en las medidas extintivas por causas empresariales.

No es descartable que este objetivo pudiera estar presente implícitamente en la *mens legislatoris* con anterioridad al RDL 5/2013, en las sucesivas modificaciones de esta DA 16. Pero que la misma ha adquirido una trascendencia mayor e incluso predominante respecto a los otros dos objetivos económico y de empleo puede ya comprobarse con la constatación del contenido del propio título del Capítulo IV de aquella norma: “*medidas para evitar la discriminación de los trabajadores de más edad en los despidos colectivos*”.

En este sentido, el Real Decreto-Ley 5/2013, en su preámbulo, sí se refiere expresamente al objetivo de “*desincentivar la discriminación de trabajadores de más edad*”, vinculando dichas aportaciones económicas a la protección de la normativa antidiscriminatoria por razón de edad: “[e]l capítulo IV regula las aportaciones económicas por despidos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años en empresas con beneficios con el objetivo de desincentivar la discriminación de trabajadores de más edad en el marco de medidas extintivas de regulación de empleo, así como de racionalizar las obligaciones de las empresas.”

Por tanto, el objetivo antidiscriminatorio ha cobrado una mayor trascendencia. No obstante, esta prioridad habría que matizarla, al menos por la técnica jurídica seguida, en tanto que la finalidad esencial que ha movido al legislador no ha sido tanto la protección global efectiva de los trabajadores de mayor edad, sino que ha focalizado sus esfuerzos legislativos en un ámbito tan concreto como es el de obligar a las empresas a sufragar el coste derivado de un descuelgue temprano del mercado de trabajo por parte de trabajadores mayores. Así pues, no se ha pretendido una protección general y transversal de dicho colectivo de trabajadores, sino que simplemente se ha introducido una penalidad económica para las empresas mayores para suavizar el impacto que el despido de dichos trabajadores de avanzada edad tiene en las arcas públicas. Esto es, el impacto de la medida antidiscriminatoria es esencialmente económico, de modo aparece más levemente en su fundamentación la

promoción del mantenimiento del empleo entre los trabajadores mayores.

La consecuencia de lo anterior es que una de las críticas más importantes que puede realizarse a esa DA 16 estriba precisamente en su ineffectividad como consecuencia de esa parcialidad, al tener en cuenta una respuesta a un aspecto muy específico sin considerar el contexto en el que se desarrolla y articular medidas más generales y probablemente no necesariamente enfocadas en la penalización económica mediante esa obligación contributiva.

Además, hay que tener en cuenta que, en puridad técnica, la normativa antidiscriminatoria no suele estar relacionado con una posible compensación en su aplicación mediante una determinada contribución financiera no sancionatoria en sentido estricto a cargo de quien viole tal normativa. En cuanto que la infracción de una prohibición como es la discriminación por razón de edad tiene como consecuencia la nulidad del acto infractor, es cuanto menos atípico que la consecuencia de una desproporción en la afectación a los trabajadores de mayor edad sea contribuir al Tesoro Público con una aportación que en sí, no tiene el carácter estricto de sanción.

Esto es, desde la técnica legal antidiscriminatoria, parece que se crea una presunción de que si existe tal proporcionalidad, no existe discriminación. En este sentido, se plantea si podría ser considerado como discriminatorio un despido colectivo con una gran mayoría de trabajadores de mayor edad pero que, al realizar el cálculo de proporcionalidad de la DA 16, de un resultado negativo, de no desproporcionalidad. Con ello, lo que se plantea es la trascendencia que en sí tiene el test de medición de discriminación por razón de edad que plantea esta disposición de forma que la proporcionalidad “blinde” los actos extintivos considerados en el periodo ahí previsto de tacha discriminatoria.

Lo anterior llevaría a cuestionar la posibilidad de que los actos extintivos que afecten a trabajadores de mayor edad y que no puedan ser considerados discriminatorios en el contexto de la DA 16 por no ser, según la misma, discriminatorios, puedan ser considerados nulos o susceptibles de sanción administrativa según la LISOS por estimarlos discriminatorios bajo parámetros distintos. La unidad que el ordenamiento jurídico ha de tener a estos efectos tendría que impedirlo.

A ello se une que, como ya hemos apuntado, si de lo que se trata es de disuadir de actos discriminatorios por razón de edad en las decisiones empresariales extintivas, tampoco parece racionalmente explicable que esta medida sólo afecte a las empresas

de más de cien trabajadores –parece que se condona que las otras sí puedan desarrollar esa desproporción– o que afecte sólo a las empresas con beneficios o que el acto que “dispare” la obligación de aportación sea un despido colectivo, y no otras medidas extintivas con causas igualmente empresariales.

También nos podríamos plantear porqué el legislador ha escogido centrarse mediante esta técnica de mayor obligación contributiva en el ámbito de la mayor edad y no se articula medidas similares en otros ámbitos como el del género, en el cual se aplican las medidas antidiscriminatorias generales.

Por tanto, hay que indicar que estamos ante una norma que tuvo una fundamentación inicial y sobre cuya estructura se han ido realizando modificaciones sustanciales que la han matizado teleológicamente hasta tal punto de perder en gran medida su sentido originario, lo cual ha tenido consecuencias negativas, al traducirse esa reforma continuada en claras disfuncionalidades que se han ido agravando en cada reforma. Se trata ahora de una norma en teoría antidiscriminatoria, pero que utiliza una técnica jurídica ilógica y contradictoria cual es la de permitir la discriminación mediante una contribución económica o crear una presunción de no discriminación si no se reúnen los requisitos exigidos por tal normativa para que se origine la obligación de tal contribución.

La alternativa esencial debería pasar por una redefinición jurídica que garantice la efectividad de la normativa antidiscriminatoria por razón de edad. De forma que el acento no esté tanto en una penalización económica en las empresas con beneficios, que creemos una opción legislativa enormemente negativa en el mensaje que conlleva a respecto a las consecuencias laborales de la mayor competitividad de las mismas, sino en una estructuración adecuada de la trascendencia que la edad puede tener en las opciones extintivas. Y aplicar en este contexto las técnicas antidiscriminatorias que nuestro ordenamiento –y el comunitario– conoce desde hace ya décadas.

Para ello, es importante partir de la premisa de que, como nos enseña la experiencia de la normativa norteamericana no puede considerarse que toda decisión empresarial extintiva que tenga fundamentación en circunstancias relacionadas con las condiciones laborales de los trabajadores de mayor edad, puedan ser en sí mismas consideradas como discriminatorias.

Más concretamente, el mayor coste económico que tales trabajadores normalmente implican puede ser relevante en los supuestos en los que la empresa requiere la terminación de contratos de trabajo en base a causas legalmente previstas.

De hecho, la opción realizada por la DA 16 ha de evaluarse también en relación con sus efectos respecto a las promociones del empleo de los más jóvenes.

Claro es que nuestro ordenamiento, con referencia en las experiencias desarrolladas ya en otros países, debería adoptar medidas que prevengan tal mayor coste mediante la potenciación específica de la flexibilidad interna de tales trabajadores, y muy en especial mediante una mayor adaptabilidad de los contratos a tiempo parcial, del tiempo de trabajo, de la remuneración y de la movilidad funcional, entre otras condiciones.