



Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

XXIII Congreso Mundial

7 - 10 de Septiembre de 2021 - Lima, Perú

RETOS DE LOS SISTEMAS DE LEGISLACIÓN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

- Transformación del trabajo: desafíos para el Derecho del Trabajo
- Comercio internacional y trabajo
- Nuevos retos de la Seguridad Social
- Trabajadores migrantes
- Trabajadores atípicos e informales
- Igualdad en el trabajo
- El Estado y las nuevas formas de voz colectiva



Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

XXIII Congreso Mundial

7 - 10 de Septiembre de 2021 - Lima, Perú

RETOS DE LOS SISTEMAS DE LEGISLACIÓN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

- Transformación del trabajo:
desafíos para el Derecho del Trabajo
- Comercio internacional y trabajo
- Nuevos retos de la Seguridad Social
- Trabajadores migrantes
- Trabajadores atípicos e informales
- Igualdad en el trabajo
- El Estado y las nuevas formas de
voz colectiva

PATROCINADORES



AUSPICIADORES



Retos de los Sistemas de Legislación Laboral y Seguridad Social
PRIMERA EDICIÓN DIGITAL MARZO 2023
Prohibida su reproducción total o parcial DERECHOS RESERVADOS D. Leg. N.º 822
<p>Autores: Alberto Pizzoferrato / Sergio Torres Teixeira / Wilfredo Sanguinetti Raymond / Kurt Paerli / Masahiko Iwamura / Helga Špadina / Petra Herzfeld Olsson / Pamhidzai Bamu / Roberto Fragale Filho / María Luisa Molero Marañón / Bernd Waas / Oscar Raúl Chuquillanqui Aragón / Carlos De Fuentes García-Romero De Tejada / Marina Fernández Ramírez / Carmen Ferradans Caramés / Giovanni Gaudio / Francisca Moreno Romero / María Olaya Martín Rodríguez / Rodrigo Palomo Vélez / Adrián Pérez Pastrana / César Alfredo Puntriano Rosas / María Carmen Tatay Puchades / Mireia Llobera / Dulce María Cairós Barreto / Carlos García Gallego / María Katia García Landaburu / Luis Gordo González / Oscar Hernández Álvarez / José Eduardo López Ahumada / Priscila Martín Vales / Rosa María Morato García / Daniel Peres Díaz / Gastón López Argonz / Matthieu Chabannes / Leopoldo Gamarra Vilchez / Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca / Javier Paitán Martínez / Leiso Fasney Restrepo Aguirre / Gaye Burcu Yıldız / Francisca Bernal Santamaría / Karla Giamnina Cánova Talledo / Chiara Cristofolini/ Vincenzo Cangemi/ Roberto Pettinelli / Ljubinka Kovačević/ Boško Latković / Kwang-Taek Lee / Jovana Rajić-Čalić / Jovana Misailović / Carlos Eduardo Saco Chipana / Daniel Ulloa Millares / Christa Caro Palacios / Ángela Sofía Bilbao Pazmiño / Laura Sofía Pérez Pianda / Stefano Guadagno / Chiara Hassemer / Flávia Souza Máximo Pereira / Luis Mendoza Legoa / Fiorella Peyrone Villacorta / Ivan Ramiro Campero Villalba / Lilli Carollo / Macarena Castro Conde / Emilio De Castro Marín / Viviana Mariel Dobarro / María Begoña García Gil / Luciana Guaglianone / María Laura Parisi / Balwinder Kaur / Diego Megino Fernández / Pedro Oliveira / Ccantu Stefany Osorio Velarde / Luz Pacheco Zerga / María Gema Quintero Lima / Carmen Grau Pineda / Concha Sanz Sáez / Sarai Rodríguez González / Fernando Varela Bohórquez / Juan Manuel Moreno Díaz.</p>
<p>Coordinadora: María Katia García Landaburú</p> <p>© Comisión Organizadora del Congreso: Germán Ramírez-Gastón Ballón (Presidente), Guillermo Boza Pró, María Katia García Landaburu, Emilio Morgado Valenzuela, Mónica Pizarro Díaz, Michael Vidal Salazar</p>
<p>Copyright 2021 Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</p>
<p>Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Dirección: Av. Dos de Mayo 516, dpto. 201. Miraflores - Lima, Perú Telef.: 51(1) 7055586</p>
<p>ISBN: 978-9972-9422-4-2 Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023-02736 Publicado en el mes de marzo de 2023 DERECHOS RESERVADOS. Prohibida su reproducción parcial o total (D. Leg. 822)</p>

En su edición electrónica, el libro alcanza a un número de lectores peruanos y del extranjero, de los ámbitos universitario, gremial, profesional, impulsando el estudio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Esta edición se encuentra alojada y disponible para descarga libre en la página web de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: www.spdts.org.pe

COMISIÓN ORGANIZADORA DEL CONGRESO

Germán Ramírez-Gastón Ballón (Presidente)

Guillermo Boza Pró

María Katia García Landaburu

Emilio Morgado Valenzuela

Mónica Pizarro Díaz

Michael Vidal Salazar

COMISIÓN REVISORA DE PONENCIAS

Guillermo Boza Pró

Ana Cecilia Crisanto Castañeda

María Katia García Landaburu

César Gonzales Hunt

Sandro Nuñez Paz

Estela Ospina Salinas

Luz Pacheco Zerga

Mónica Pizarro Díaz

César Puntriano Rosas

Germán Ramírez-Gastón Ballón

Michael Vidal Salazar

IGUALDAD EN EL TRABAJO

EQUALITY AT WORK

LA EDAD COMO POSIBLE FACTOR DE DISCRIMINACIÓN EN PROCESOS DE REESTRUCTURACIONES EMPRESARIALES

EMILIO DE CASTRO MARÍN

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, premio extraordinario de Doctorado (año 2016). Abogado en ejercicio por el ICAM desde el año 1999 a la actualidad. Profesor de Derecho del Trabajo y de la SS en el CU Cardenal Cisneros, Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la SS en la UCM. Responsable de RRHH y de RRLI en diversas empresas en diferentes sectores intensivos en mano de obra. Autor de tres monografías publicadas en editoriales de referencia, y de diferentes artículos en materia laboral.

ABSTRACT: The present work aims to make an approach to the question related to the recurrent involvement of older workers in company restructuring processes and its possible impact in relation to the violation of the right to non-discrimination recognized in Article 14 EC. We are faced with an issue of enormous importance, not only because of what it means to expel from the labour market a large group of experienced and well-distanced workers, but also in terms of the impossibility of the system of assuming the costs arising from these decisions. To this end, after going through the case law to this effect, we will assess the virtuality of the measures implemented to alleviate this massive affectation as a previous step to make some reflections on the matter.

KEYWORDS: Corporate restructuring. Dismissals. Discrimination against older workers.

1. LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA EDAD COMO PRINCIPIO DE DERECHO GENERAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA UNIÓN Y SU POSIBLE INCIDENCIA COMO FACTOR DE DIFERENCIACIÓN

Como punto de partida, el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, y a estar protegida contra la discriminación, constituye un derecho universal reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, los Pactos de las Naciones Unidas de Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de los que son partes todos los Estados miembros. A partir de este reconocimiento expreso, este derecho encuentra su fundamento en diversos instrumentos internacionales, como el Convenio 111 de la OIT, así como en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, en nuestro caso, en el artículo 14 de la CE.

A partir de esta consideración, el principio general de no discriminación por razón de la edad se consagra de manera expresa en el ámbito de la Unión Europea en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales, previo reconocimiento expreso en el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento, habiéndose reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como un principio del derecho general que, a su vez, se concreta en la Directiva 2000/78

en el ámbito del empleo y de la educación¹. En este sentido, nos encontramos ante un derecho que goza de eficacia directa en cuanto resulta lo suficientemente preciso e incondicionado como para no precisar de un posterior desarrollo y concreción.

No obstante, y a los efectos que nos interesan en este trabajo, resulta necesario destacar que, en esa labor de concreción llevada a cabo en el seno de la Directiva, la propia normativa comunitaria se ha encargado de precisar que, una diferencia de trato por motivos de edad, no va a constituir un supuesto de discriminación cuando resulte justificada objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y siempre que los medios para lograr este objetivo resulten adecuados y necesarios². Por lo tanto, a la vista de esta previsión normativa, debemos tener muy presente que, en ocasiones, este derecho podrá ser objeto de modulación en aras a esas finalidades y objetivos y en las condiciones descritas³.

A partir de esta configuración normativa, la jurisprudencia comunitaria ha tenido ocasión de enfrentarse a diversos litigios relacionados con el posible encaje o no a la normativa comunitaria en diversos aspectos relacionados con la esfera de las relaciones laborales en los que se cuestionaba la posible colisión con el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de edad de determinadas previsiones legales internas.

Así, y con un destacado papel protagonista, en numerosos litigios en los que se planteaba el encaje o no en lo referente al establecimiento de determinados requisitos de edades máximas para el acceso a empleos con determinados requerimientos y capacitaciones físicas específicas. En este sentido, y partiendo

1 Por todas, Sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2005, en el Asunto C-144/04, Mangold, apartado 75, en la que el Tribunal concluyó a favor de la existencia de un principio de no discriminación por razón de la edad considerado como un principio general del Derecho de la Unión; con posterioridad, en el mismo sentido, Sentencia del TJUE de 19 de enero de 2010, en el Asunto C-555/07, Küçükdeveci, apartado 21 o la Sentencia del TJUE de fecha 13 de septiembre de 2011, Asunto C-447/09, aptdo. 38.

2 Art. 6 de la Directiva 2000/78, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

3 En esta línea, en el apartado 3 del artículo 1 del Convenio 111 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, a la hora de delimitar el concepto de discriminación, se refiere que “2. *Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación*”.

de la afirmación de que “*no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato sino una característica vinculada a dicho motivo la que debe constituir un requisito profesional esencial y determinante*”⁴, el intérprete comunitario ha concluido en algunos supuesto a favor del pleno encaje de ciertas limitaciones de acceso al empleo en relación con la edad⁵, en otros, en sentido contrario, por considerar que la limitación resultaba desproporcionada⁶.

Pero no sólo la edad ha jugado un papel determinante en la jurisprudencia comunitaria en relación con las limitaciones de acceso a determinadas profesiones. Sin ánimo exhaustivo, entre otras, también en cuestiones relacionadas con limitaciones para el acceso a indemnizaciones por despido para el escenario de tener derecho a una pensión de jubilación pagada por un empresario con arreglo a un plan de pensiones en determinadas circunstancias⁷, o en el escenario de establecimiento de la jubilación forzosa para determinados colectivos al haber alcanzado determinada edad⁸.

Como vemos, la edad se configura como una de esas circunstancias personales a las que alude nuestro constituyente en el segundo inciso del artículo 14 CE que se presenta como problemática en el día a día de las relaciones laborales en tanto que influye, o puede influir, como posible factor de diferenciación. Y es precisamente en este contexto de la edad como posible factor de diferenciación o, más allá incluso, de discriminación, en el que, en la presente ponencia libre, pretendemos acercarnos a la cuestión relacionada con la posible desigualdad en el trato y, en su caso, discriminación en relación con la edad, en el escenario de determinados procesos de reestructuraciones empresariales. Específicamente, pero no sólo, en el contexto de los despidos colectivos. Cuestión ésta de máxima actualidad a la vista de la delicada situación económica a la que nos hemos visto abocados tras la pandemia y de los numerosos procesos de reestructuración abiertos, circunstancia esta que exige que nos detengamos sobre la virtualidad o no de determinadas medidas legales inicialmente previstas para tratar de evitar

4 Apartado 35 de la Sentencia del TJUE de 12 de enero de 2010, en el Asunto C-229/08, Wolf.

5 Sentencia del TJUE, de fecha 15 de noviembre de 2016, en el Asunto C-258/15, Salaberría Sorondo.

6 Sentencia del TJUE, de fecha 13 de noviembre de 2014, en el Asunto C-416/13, Vital Pérez.

7 Sentencia del TJUE, de fecha 19 de abril de 2016, en el Asunto C-441/2014, Dansk Industri, en la que se concluyó que el principio general de no discriminación por razón de la edad concretado en la Directiva 2000/78 se oponía a la normativa debatida en el procedimiento principal.

8 Sentencia del TJUE, de 21 de julio de 2011, en los asuntos acumulados C159/10 y C160/10, Fuchs y Köhler.

esta posible discriminación para trabajadores en edad avanzada, no sin antes efectuar un recorrido sobre los criterios asentados en la jurisprudencia sobre el particular.

2. UN BREVE RECORRIDO POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL Y ORDINARIA EN RELACIÓN CON LA POSIBLE AFECTACIÓN DE TRABAJADORES POR RAZÓN DE EDAD EN EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

Como cuestión básica en el acercamiento a esta cuestión, si de reestructuraciones empresariales y de posible vulneración del derecho a la no discriminación por razón de edad hablamos, no podemos sino partir de la pacífica interpretación efectuada por el máximo intérprete constitucional y por la jurisprudencia ordinaria en relación con la posible afectación de trabajadores de edad avanzada en expedientes de regulación de empleo.

Como punto de partida, comenzando por la jurisprudencia constitucional⁹, debemos manifestar que, en el supuesto analizado, se trataba de enjuiciar desde la perspectiva constitucional la vulneración o no del artículo 14 CE tras determinado acuerdo de cierre de despido colectivo alcanzado en período de consultas por el que se procedió a la extinción de 211 contratos de trabajo, entre ellos, los de todos los trabajadores de la empleadora mayores de 55 años. Como criterios de designación, sin carácter excluyente, se establecieron los siguientes: pertenencia a las distintas direcciones, departamentos o unidades de trabajo que fueran a verse afectadas; experiencia profesional en las que se mantuvieran, así como su polivalencia funcional, perfil y capacidades técnicas específicas; en aquéllos puestos o funciones caracterizados por su especial tecnicidad, se acudiría principalmente a criterios relacionados con la experiencia, titulación y conocimientos específicos; por último, literalmente, “*Con el objetivo de establecer una nueva estructura de la plantilla que se mantenga a largo plazo en su nuevo dimensionamiento, y de ocasionar el menor perjuicio para el trabajador, se aplicará como criterio en la selección de trabajadores afectados el de aquellos trabajadores que se encuentren en una situación más próxima a la jubilación*”. Con estos antecedentes, tanto en el Juzgado de instancia, como en sede de suplicación, se desestimaron las pretensiones de vulneración del segundo inciso del artículo 14 CE, desde la perspectiva de que la elección de la edad como criterio de designación se trataba

9 Sentencia 66/2015, de 13 de abril de 2015, Sala Segunda, Ponente Magistrado D. Antonio Narváez Rodríguez.

de un criterio objetivo, de aplicación igual para cuantos se encontraran en tal situación, tratándose además del colectivo más próximo a la jubilación y por tanto con menores expectativas de vida laboral, llevando incluso a efecto en el propio acuerdo con la representación de los trabajadores determinados sistemas de prestaciones y mejoras, incluyendo las previsiones de abono del convenio especial con la Seguridad Social, valorándose además que, en el caso de autos, el citado criterio no fue el único utilizado.

A los efectos del debate, dos fueron las razones esgrimidas por la empleadora para justificar el acogimiento de la edad de 55 años o más como causa de despido objetivo: de un lado, que eran los trabajadores que, por estar más próximos a la edad de jubilación, su permanencia era más gravosa para la empresa, pues cesarían más pronto en su actividad laboral, lo que determinaría la necesidad de nuevas contrataciones con la consiguiente inversión en formación y aprendizaje; la segunda, que la medida era la que causaba menos perjuicio a los trabajadores por encontrarse en una situación más próxima a la jubilación, lo que determinaría que la empleadora suscribiera el convenio correspondiente con la Seguridad Social en los casos en que fuera preceptivo legalmente, no discutiéndose que tal convenio se hubiera celebrado.

Con estos antecedentes, como punto de partida, el Tribunal Constitucional va a señalar que la edad, como factor al que alcanza la prohibición constitucional de discriminación, sólo puede fundar un tratamiento diferenciado cuando se cumplan rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad. En caso contrario, la afectación por esta circunstancia personal resultaría discriminatoria. A partir de esta afirmación básica, el Alto Tribunal concluye que, con respecto a la primera razón aducida, -ahorro de los costes de formación que la empresa habría de asumir una vez que los trabajadores afectados se jubilasen y que fuera necesario reemplazarlos-, carecía de envergadura suficiente a los efectos de justificación de la medida al entrañar un sacrificio desproporcionado. Sin embargo, en lo que concernía a la segunda justificación, -el menor perjuicio para los trabajadores de más edad dada la mayor protección social brindada a los mayores de cincuenta y cinco años-, aquí el Alto Tribunal sí que va a justificar la elección con el argumento de que esta circunstancia **sí puede convertir la edad próxima a la jubilación en un factor objetivo y no arbitrario de selección de los trabajadores afectados por el despido colectivo, siempre que se cumplan determinadas exigencias**. En este sentido, *“la selección de los trabajadores afectados por un despido colectivo en función del menor daño o*

perjuicio que la situación de desempleo conlleva para determinados sectores de edad, sólo puede considerarse legítima y proporcionada si se ve acompañada de medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo, sin que en ningún caso pueda considerarse justificación suficiente del despido la mera proximidad de la edad de jubilación”.

¿Y cuáles serían esas concretas exigencias? Pues, en el supuesto analizado, la obligación de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un **convenio especial** en los términos previstos en la Ley general de la Seguridad Social, la posibilidad de acceso al **subsidio por desempleo** para los mayores de 55 años que no tuvieran rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional y cuya renta media en su unidad familiar no superara tampoco esa cantidad y, por último, el establecimiento por parte de la empleadora de determinadas **mejoras voluntarias de la prestación por desempleo**, complemento empresarial que pretendía evitar que los trabajadores afectados sufrieran un perjuicio desproporcionado respecto de su situación en activo.

A la vista de estas medidas, el Constitucional concluye afirmando que *“la existencia de medidas efectivas llamadas a minimizar el perjuicio ocasionado al trabajador próximo a la edad de jubilación hace que el criterio de la edad resulte en el presente caso proporcionado, lo que nos conduce a concluir que la utilización de dicho criterio no vulneró el art. 14 CE al no constituir una discriminación por razón de edad”.*

El argumento no resultaba en esencia novedoso. En este sentido, tiempo atrás la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo había tenido la ocasión de enfrentarse a este debate en diversos pronunciamientos en los que igualmente se alegaba la posible vulneración del segundo inciso del artículo 14 de la CE en relación con la edad como factor de discriminación y la afectación de trabajadores en edad avanzada en expedientes de regulación de empleo¹⁰. En aquél supuesto, en un expediente de regulación de empleo acordado con la representación legal de los trabajadores en el Ente Público Radio Televisión Española y de sus sociedades filiales Radio Nacional de España, SA y Televisión Española, SA., y con afectación a trabajadores de 52 años en adelante, el Alto Tribunal desestimó igualmente la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de edad con importantes argumentos. De manera sucinta, concluyendo

¹⁰ Por todas, Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de fecha 9 de marzo de 2011, en recurso de casación 3980/2009, Ponente D^a Celsa Pico Lorenzo.

que *“la fijación del criterio de la edad, mayores o menores de 52 años, conforme a las medidas de desvinculación expuestas, no puede fundar la alegación de una situación discriminatoria respecto al contenido de los acuerdos libremente adoptados por las partes que negociaron el expediente y en los que se fundamenta la resolución del ERE, ya que se trata de un criterio objetivo, de aplicación igual para cuantos se encuentren en tal situación, tratándose además del colectivo más próximo a la jubilación y por tanto con menores expectativas de vida laboral, no pudiendo ser tachado de irrazonable el expresado criterio pues se ha de tener en cuenta que cuando se regulan medidas de desvinculación para trabajadores con 52 años o más que no cumplan los requisitos para la jubilación de la Seguridad Social, estableciéndose un sistemas de prestaciones económicas indemnizatorias, abono del convenio especial con la Seguridad Social, etc., que finalizará en el momento en que el trabajador alcance la edad ordinaria reglada en la LGSS, tales medidas, como otras acordadas, tienen por referencia el acceso a las prestaciones públicas correspondientes, luego el sistema descansa en un objetivo de protección social innegable que las legitima, fijando la citada edad el momento en que resulta económicamente posible acceder a las medidas que enlazan con el sistema público de protección, por lo que no cabe deducir de ello existencia de una discriminación prohibida, pues ciertamente siempre existirá un límite en el que situar la línea de edad que permita asumir el coste de tales medidas”*. En estos términos, y siguiendo una jurisprudencia anterior en la misma línea, se concluye que *” ya existe un criterio consolidado acerca de que “parece razonable que los trabajadores afectados por las medidas de ajuste de plantilla sean aquellos que se encuentran más próximos a la edad de jubilación y, consiguientemente, con unas expectativas laborales muy cortas sin que ello comporte la lesión del art. 14. CE”*¹¹. Por tanto, el Tribunal Supremo considera que no es aplicable la doctrina judicial comunitaria sobre la prohibición de discriminación por razón de edad atendiendo a la diferencia de supuestos enjuiciados y, en concreto, por tratarse en el caso de la edad, como factor de selección en el despido colectivo, de una actuación en un expediente de regulación de empleo en el que era voluntaria la incorporación al mismo y sus efectos¹², importante este matiz este último, tal y como apuntaremos con posterioridad.

11 Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de fecha 17 de octubre de 2007, en recurso de casación 8242/2004, Ponente D^a Celsa Pico Lorenzo.

12 POQUET CATALÁ, R.: “Criterios de selección, prioridad de permanencia, prohibición de discriminación y trabajadoras embarazadas”, *Revista de Información Laboral*, num.10/2018, Editorial

En esta línea, en la doctrina judicial se rechaza igualmente la declaración de nulidad por cuanto la selección de trabajadores en función de su edad próxima a la jubilación se considera un criterio adecuado y proporcionado **siempre que se adopten medidas efectivas para evitar o minimizar los daños** que la extinción de los contratos de trabajo produce en los afectados, de acuerdo con lo exigido por la propia legislación laboral ¹³.

En todo caso, este ciertamente pacífico panorama interpretativo en la jurisprudencia ordinaria y constitucional, no se encuentra exento de objeciones, argumentos críticos que se efectúan tanto desde la perspectiva de la insostenibilidad para el sistema público de los programas de “prejubilaciones” y de jubilaciones anticipadas, insostenibles ¹⁴, como desde la vertiente más conceptual por el argumento “*estrictamente eficientista*” de que “*el beneficio que se obtiene es suficiente para (hipotéticamente) compensar sus costes personales (y en la medida que esta regla no se daría a la inversa, la convierte en preferible)*”, motivación que nada tendría que ver con la fundamentación dogmática de las categorías que son objeto de controversia ¹⁵.

No obstante, los problemas derivados de la edad como posible factor de diferenciación y, en su caso, constitutiva de discriminación, no terminan ni mucho menos en la elección de trabajadores de edad avanzada en los criterios de designación de los trabajadores afectados por las decisiones extintivas. Muy al contrario, y como buena prueba de la complejidad de la cuestión, tanto desde la perspectiva teórica como práctica, encontramos ejemplos en la doctrina judicial en los que han sido precisamente los trabajadores de menor edad los elegidos como designados en aras a favorecer el mantenimiento en el empleo de los de

Aranzadi, S.A.U.

- 13 Sentencia nº 49072016, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, de fecha 15 de abril de 2016, en recurso de suplicación 1269/2015, Ponente D^a Petra García Márquez. O, en el seno del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Social, Sentencias nº 1597/2016, de 8 de junio, en recurso de suplicación 1576/2015, Ponente D^a María Elena Díaz Alonso, nº 1964/2016, de 30 de junio, en recurso de suplicación 2186/2015, o la nº 3339/2016, de 1 de diciembre, en recurso de suplicación 3386/2015; Ponente D^a María Elena Díaz Alonso.
- 14 SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015
- 15 BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido colectivo y selección de trabajadores: ¿La “edad” es un criterio no discriminatorio? (STC 66/2015)” en Una mirada crítica a las relaciones laborales, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, <https://ignasibeltran.com/2015/06/12/despido-colectivo-y-seleccion-de-trabajadores-la-edad-es-un-criterio-no-discriminatorio-stc-662015/>.

mayor edad, en principio con justificación teórica en las mayores dificultades de reinserción en el mercado laboral de estos últimos. Designación ésta que, paradójicamente, no ha obstado para la existencia de impugnaciones de las medidas extintivas desde la perspectiva de la utilización de la edad como factor de discriminación precisamente por considerar estos trabajadores de menor edad no justificada esa designación, en detrimento de los de mayor edad.

Así, en determinada “saga” de resoluciones judiciales a propósito de despidos colectivos llevados a cabo en el contexto de determinada reversión de contrata de limpieza en el SERMAS, la Sala de suplicación concluye a favor de la no apreciación de móvil discriminatorio alguno por razón de la edad al entender como fundado y razonable el criterio de selección acordado en el seno del ERE con la afectación de los trabajadores menores de 50 años, criterio de exclusión a los mayores de 50 años en el intento de conceder una mayor protección a este colectivo en cuanto presentaba mayores dificultades de recolocación caso de ser despedidos. Todo ello en sintonía con las previsiones contenidas en la D. A. 16ª de la Ley 27/2011, y los Reales Decretos 1483/2012 y 1484/2012, en cuanto establecen medidas tendentes a minimizar sus efectos ¹⁶.

En el mismo sentido, también en supuesto en el que se optó por excluir a los trabajadores de más de 50 años de determinado expediente de regulación de empleo, rechazándose el argumento planteado por los actores en demanda colectiva en el sentido de que la afectación a los menores de 50 años no resultaba neutral, sino que respondía exclusivamente al objetivo de no tener que soportar los costes de los mecanismos que la legislación social establece en la protección de los trabajadores mayores de 50 años en los despidos colectivos. En esta resolución, la Sala de suplicación va a concluir que, una vez sentado que la edad, como factor al que alcanza la prohibición constitucional de discriminación, sólo puede fundar un tratamiento diferenciado cuando se cumplan rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad, se trataba de analizar si esas circunstancias concretas se daban o no en el supuesto de autos. Así, rechazando la argumentación empresarial de la permanencia en la empresa de los trabajadores más experimentados, pues a su juicio no dependía en exclusiva de la edad sino, sobre todo, de la antigüedad, sí se acoge por el contrario la segunda justificación, esto es, la

16 Sentencia nº 318/2016, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictada en fecha 7 de abril de 2016, en recurso de suplicación 82/2016, Ponente Dª Mª Luz García Paredes, seguida de otras como las Sentencias de la misma Sala 733/2015, de 2 de noviembre, en recurso 573/2015, o la 927/2015, de 15 de diciembre, en recurso 546/2015.

del cumplimiento de las previsiones contenidas en la Disposición Adicional 16 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto y en el Real Decreto 1484/2012, de 29 de octubre, máxime una vez que la Audiencia Nacional ya se había pronunciado sobre la racionalidad de la denominada “enmienda Telefónica”. Al margen de la muy importante consideración del cumplimiento con esta decisión del Acuerdo Social y Económico en el que se preveía la adopción de una Estrategia global de empleo de los trabajadores de más edad, con el objetivo de favorecer su mantenimiento en el mercado de trabajo y promover la reincorporación de quien pierde su empleo en los últimos años de su vida laboral ¹⁷. Resolución esta confirmada en casación por el Alto Tribunal¹⁸.

Como podemos observar, el debate resulta ciertamente complejo. En todo caso, parece poco cuestionable al menos a nivel teórico que, a resultas de la jurisprudencia y doctrina judicial aludida, para nuestros órganos judiciales, la utilización del criterio de la edad como elemento para la designación de los trabajadores afectados en procesos de reestructuración empresarial **no resulta de partida lesivo del derecho a la no discriminación del artículo 14 CE al considerarse legítimo y proporcionado pero siempre y cuando se acompañe de medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo, y sin que en ningún caso pueda considerarse justificación suficiente del despido la mera proximidad de la edad de jubilación.** Esta es a grandes rasgos la conclusión principal.

Desde esta perspectiva, en el recorrido efectuado en el presente trabajo, debemos ocuparnos a continuación de analizar cuáles son esas concretas medidas para, en último término, poder efectuar una valoración al respecto de si podemos considerarlas o no como suficientes.

3. LAS MEDIDAS EFECTIVAS PARA ATENUAR LOS EFECTOS NEGATIVOS DERIVADOS DE LA SITUACIÓN DE DESEMPLEO DE LOS TRABAJADORES DE MAYOR EDAD AFECTADOS POR EXPEDIENTES DE REESTRUCTURACIÓN EMPRESARIAL

Como hemos apuntado, nuestros Tribunales concluyen que no existe lesión del derecho reconocido en el artículo 14 CE por razón de edad en el supuesto de

17 Sentencia nº 319/2016, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, de fecha 16 de junio, en recurso de suplicación 178/2016, Ponente D^a Carmen Arnedo Díez.

18 Sentencia nº 872/2017 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 14 de noviembre de 2017, en recurso de casación 17/2017; Ponente D^a Rosa María Virolés Piñol.

incorporarse en el proceso de reestructuración medidas efectivas que atenúen los efectos negativos generados por la situación de desempleo para los trabajadores afectados en edad avanzada. En concreto, hemos aludido a varias de las medidas enjuiciadas en los asuntos examinados, la denominada “enmienda Telefónica”, la suscripción del convenio especial, la posibilidad de acceso al subsidio por desempleo o la concertación de mejoras complementarias a cargo de la empresa. Siendo así, y como paso previo a efectuar una conclusión a modo de epílogo de la presente comunicación, efectuamos un somero recorrido por cada una de ellas al objeto de contextualizar adecuadamente el debate.

Así, y en lo que concierne a la primera de las medidas, debemos destacar que nos encontramos ante una novedosa e importante previsión que, en su momento, se incorpora por el legislador en la normativa de modernización y racionalización del sistema de Seguridad Social allá por agosto del año 2011 como reacción al despido efectuado en una gran empresa y, a resultas de cual, con unos beneficios de aproximadamente unos diez mil millones de euros, se expulsa del mercado laboral a más de seis mil trabajadores, muchos de ellos en edad avanzada mediante las coloquialmente conocidas como “prejubilaciones”.

A partir de esta previsión legal ¹⁹, las empresas que realizaran despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, y que incluyeran a trabajadores de 50 o más años de edad, deberían efectuar una aportación económica al Tesoro Público en los términos que se determinaran reglamentariamente, siempre que en tales despidos colectivos concurrieran determinadas circunstancias: muy resumidamente, empresas de más de 500 trabajadores o por empresas que formaran parte de grupos de empresas que emplearan a ese número de trabajadores; que afectaran, al menos, a 100 trabajadores en un período de referencia de tres años, con independencia del número de trabajadores de 50 o más años de edad afectados; que las empresas o el grupo de empresas del que formaran parte hubieran obtenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a la autorización del expediente de regulación de empleo; por último, que los trabajadores de 50 o más años de edad afectados no hubieran sido objeto de recolocación en la misma empresa, o en otra empresa del grupo del que formaran parte, o en cualquier otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produjera la extinción. A partir del

19 Disposición adicional decimosexta incorporada en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011.

cumplimiento de estos requisitos, para el cálculo de la aportación económica se tomarían en consideración el importe de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el expediente de regulación de empleo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal. El objetivo era doble, por un lado, detener la “sangría” de prejubilaciones de trabajadores de edad avanzada, en su defecto, aliviar las cargas para el sistema público de la Seguridad Social en un momento en el que la gran crisis económica ya se manifestaba con todo su apogeo. En una primera aproximación, la medida se presentaba sin duda como acertada, desde la simple perspectiva de la inadecuada utilización de la pensión de jubilación como un mecanismo de reestructuración de plantillas, en la medida en que el acceso a la protección de los trabajadores cesados o la expectativa de su jubilación próxima pareciera disminuir el coste de las extinciones contractuales ²⁰.

En todo caso, y en esta línea de penalización de determinadas reestructuraciones empresariales con cargo, al menos en parte, al erario público, el legislador va a introducir importantes reformas en la norma que, como vamos a tener oportunidad de observar, tratan de paliar la expulsión del mercado laboral de trabajadores de edad avanzada en ciertas circunstancias.

Así, escasos meses después de su incorporación en la norma, con la entrada en vigor de la reforma laboral del 2012, se avanza un paso más en la previsión legal, suprimiendo la exigencia de que el despido colectivo afectara, al menos, a 100 trabajadores en un marco de referencia de tres años, resultando de este modo suficiente con que la decisión extintiva hubiera afectado a empleados de 50 o más años de edad, eso sí, siempre y cuando se tratara de una empresa con más de 500 empleados, al margen de alguna otra modificación que no resulta de mayor trascendencia a los efectos que nos interesan ²¹.

Nuevamente, el legislador avanza otro paso más en el endurecimiento de la previsión legal en el trámite de convalidación de la normativa de urgencia, en esencia, para reducir significativamente el supuesto objetivo de aplicación de la norma hasta prever la aplicación a las empresas de más de 100 trabajadores o a las empresas que formaran parte de grupos de empresas que emplearan a

20 DESDENTADO BONETE, A., DURÁN HERAS, A.: “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*, 2002, extra 1, ejemplar dedicado a la jubilación flexible, p. 48.

21 DF 4ª del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

ese número de trabajadores ²². El cambio desde luego es significativo, pues se amplía sobremanera el abanico de sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la norma.

En otra vuelta de tuerca, *“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”*²³, paradójicamente se introduce una exigencia adicional en la redacción del precepto a resultas del cual se condiciona la aportación económica a *“que el porcentaje de trabajadores despedidos de 50 o más años de edad sobre el total de despidos sea superior al porcentaje que los trabajadores de esa edad representan sobre el total de la plantilla de la empresa”*²⁴. Como acertadamente se ha puesto de manifiesto, con esta previsión legal pareciera que el legislador estuviera sentando en la norma la presunción de que, si se superara esta proporción, la decisión extintiva de la empresa sería discriminatoria ²⁵, si bien a juicio de determinado sector doctrinal, en el escenario de discriminación, la consecuencia debería ser la nulidad de la medida empresarial y no la mera imposición de una contribución económica ²⁶. Sea como fuere, la realidad es que con esta novedad legislativa se “objetiviza” en cierto modo la penalización de la aportación económica al establecer un término de comparación entre el número de trabajadores mayores de 50 años despedidos y el número total de trabajadores despedidos en la empresa, criterio que pudiera resultar acertado. De otro lado, y también en una previsión que debe ser bien recibida, se previene expresamente que *“A los efectos del cálculo del porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores despedidos, se incluirán los trabajadores afectados por el despido colectivo y aquellos cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el*

22 D.F. 4ª de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

23 Exposición de Motivos 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.

24 Art. 10 del Real Decreto Ley 5/2013, inserto en un Capítulo IV intitulado -Medidas para evitar la discriminación de los trabajadores de más edad en los despidos colectivos-.

25 ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La aportación económica al Tesoro Público prevista en la DA 16ª Ley 27/2011, fruto de la conocida «Enmienda Telefónica», al hilo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de junio de 2015, núm. 77/2015”, *Revista de Información Laboral*, nº 9, 2015, págs. 109 a 122.

26 DEL REY GUANTER, S.: “Despido y protección de los trabajadores de mayor edad: sobre la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, sus sucesivas modificaciones y la necesidad de su redefinición”, *Iuslabor*, 2014, sección Editorial, núm. 3/2014, págs. 4 y 5.

artículo 49. I.c) del Estatuto de los Trabajadores, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores o en el año posterior al inicio del procedimiento de despido colectivo”, supuesto éste que amplía sobremanera el campo de aplicación de la penalización. Igualmente, se previene expresamente en la nueva redacción legal que no sólo deberán abonar la aportación económica las empresas que hubieran obtenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquel en que se iniciara el procedimiento de despido colectivo, sino también aquellas que obtuvieran beneficios *“en al menos dos ejercicios económicos consecutivos dentro del período comprendido entre el ejercicio económico anterior a la fecha de inicio de despido colectivo y los cuatro ejercicios económicos posteriores a dicha fecha”*, lo que incide nuevamente en el ensanchamiento del campo de aplicación de la previsión legal. Como vemos, el propósito a los efectos que nos interesan en el presente trabajo parece evidente, tratar de dificultar en la medida de lo posible la inclusión de trabajadores en edad avanzada en expedientes de reestructuración empresarial por la vía de los despidos colectivos. Por último, en una posterior modificación ya con menor trascendencia a estos efectos, se aclara en la propia norma qué debe entenderse por grupo de empresas remitiéndose el legislador a estos efectos al Código de Comercio ²⁷.

El desarrollo de la previsión legal se efectúa bastantes meses después de su introducción ²⁸, cuestión esta que, en sus inicios, complicó la articulación práctica de la medida. Sea como fuere, y tal y como se constata de la simple lectura de la exposición de motivos del Reglamento, a los efectos que nos interesan, los motivos que llevaron al legislador, de diferentes signos, a introducir y profundizar en esta penalización son claros: *“Las razones del establecimiento de esta aportación se encuentran en la **necesidad de atemperar los impactos sociales y económicos de los procesos de reajuste** empresarial que provocan, de un lado, la **expulsión prematura del mercado de trabajo de los trabajadores de más edad**, afectados estructuralmente en nuestro mercado de trabajo por una tasa de actividad por debajo de los países europeos de nuestro entorno y que tienen problemas para poder volver a incorporarse al empleo; y, por otro, un **importante coste para nuestro sistema de protección por desempleo**, difícil de asumir socialmente, cuando las empresas que realizan estos procesos de reestructuración tienen necesidad de ponerlos*

27 Artículo 5 del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores.

28 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.

en práctica, aun habiendo obtenido beneficios, tanto más en una coyuntura económica como la actual". A mayor abundamiento, en el contexto de determinada impugnación judicial en la que se cuestionaba la inclusión en el supuesto de hecho de la norma de las extinciones contractuales por motivos no inherentes a la persona del trabajador en el período de los tres años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, descartando que la norma examinada resultara injusta o desproporcionada, se reafirma en la finalidad de esta previsión legal, eso sí, partiendo de la premisa de que su aseguramiento no es absoluto, cuestión esta sobre la que reflexionaremos en el apartado de conclusiones: ***“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 art. 49.1.C ET, proyectando dicho blindaje tres años atrás de inicio del procedimiento de despido colectivo y tres años después, entendiéndose por el legislador que ese es el mejor modo de asegurar el empleo a estos trabajadores”***²⁹

Al margen de los problemas aplicativos e interpretativos que han acompañado a esta previsión legal, -señaladamente, a los efectos de entender las extinciones computables a los efectos de la superación de los umbrales requeridos³⁰, en línea a lo defendido por este autor en otro lugar para la contabilización de los umbrales en despidos colectivos³¹, o en relación a la cuestión de la aclaración de

29 Sentencia nº 100/2015 dictada en fecha 5 de junio de 2015 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en procedimiento 77/2015, Ponente D. Ricardo Bodas Martín.

30 Sentencia 490/2018 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2018, en recurso de casación 110/2017, Ponente D. Sebastián Moralo Gallego, en la que se concluye que para determinar su importe deben computarse todas aquellas extinciones contractuales que en apariencia obedecen al despido disciplinario del trabajador, pero en las que los hechos posteriores demuestran que se trata en realidad de una extinción del contrato de trabajo que verdaderamente no se corresponde con causa inherentes a su persona, si la empresa acepta posteriormente la impropiedad del despido en un acuerdo transaccional

31 DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de Hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del Art. 51.1 ET*. Thomson Reuters. Aranzadi, 2018, Editorial Aranzadi S.A.U., págs. 31

los beneficios, bien a nivel de empresa de manera aislada, bien en relación con el grupo empresarial ³²-, no parece que los resultados de esta previsión hayan acompañado a las expectativas iniciales a la vista de lo efectivamente recaudado en relación con lo señalado en la memoria económica inicial. Si bien muy probablemente la mayor crítica, o el mayor fracaso, no resida tanto en el 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 ³³. En este sentido, como desde este sector se puso de manifiesto al hilo de la comentada STC 66/2015, “*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*”. Desde luego el equilibrio es complejo.

Dejando ya de lado la medida de la aportación económica en empresas con beneficios, sin duda una de las medidas *más* efectivas para la consecución del objetivo de tratar de evitar o, en su caso, atemperar en cierto modo las consecuencias derivadas de la salida del mercado laboral de trabajadores en edad avanzada más próximos a la edad ordinaria de jubilación, es la que se prevé por el legislador respecto de la obligatoriedad de abonar las cuotas destinadas a la financiación de un convenio especial con la Seguridad Social en el escenario de despidos colectivos de empresas no incursas en procedimiento concursal que incluyan trabajadores con cincuenta y cinco o más años de edad que no tuvieren la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967 ³⁴, previsión legal esta desarrollada a nivel reglamentario ³⁵.

a 72.

- 32 Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 29 de marzo de 2017, en recurso de casación para la unificación de doctrina 133/2016, Ponente D. Luis Fernando de Castro Fernández, en la que, en un supuesto de grupo empresarial con pérdidas, teniendo la empresa individualmente considerados beneficios en los dos ejercicios económicos precedentes, se concluye en aras a la finalidad del precepto la inclusión en el caso de autos en el ámbito objetivo de aplicación de la norma en contra de lo pretendido por la empresa, más aún tras la modificación en la redacción del precepto tras Real Decreto Ley 5/2013.
- 33 LÓPEZ CUMBRE, L.: “Legalidad de la «enmienda Telefónica». Despidos de trabajadores mayores de cincuenta años en empresas con beneficios”, *Análisis Gómez Acebo & Pombo*, julio 2015, <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/legalidad-de-la-enmienda-telefonica-despidos-de-trabajadores-mayores-de-cincuenta-anos-en-empresas-con-beneficios.pdf>
- 34 Apartado 9 del artículo 51 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- 35 Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el Sistema

Como regla común a todos los convenios, este instrumento tiene como objeto la cotización al *régimen de la Seguridad Social* en cuyo ámbito se suscriba el convenio y la cobertura de las situaciones derivadas de contingencias comunes mediante el otorgamiento de las prestaciones a que se extienda la acción protectora de dicho *régimen de la Seguridad Social por tales contingencias*. En este sentido, y en lo que se refiere estrictamente al convenio especial obligatorio del artículo 51.9 ET, “facilita” al trabajador en edad avanzada y que se ha visto expulsado del mercado laboral continuar completando sus cotizaciones hasta determinada edad al objeto de completar su carrera de cotización hasta la jubilación efectiva.

A estos efectos, y dado el importante coste empresarial dada la obligatoriedad de sufragar las cuotas ³⁶, la mayor virtualidad de la medida se actualiza a modo de “contención”, sobre todo en empresas de menor tamaño y número de trabajadores, pues en cierta manera actúa como una barrera efectiva frente a la inclusión de determinados colectivos de edad más avanzada en expedientes de regulación de empleo, no así en otros supuestos de extinciones del contrato de trabajo, cuestión esta que se presenta problemática. Dicho esto, desde la perspectiva práctica no parece que haya actuado con la eficacia con la que probablemente fuera diseñada en su origen.

Avanzando un paso más en el resto de medidas, en lo que se refiere al subsidio por desempleo previsto en la normativa de Seguridad Social ³⁷, nos encontramos ante una medida que abarca muy heterogéneos supuestos y que, en lo que se refiere a trabajadores de más edad, en ciertos supuestos puede dar lugar al acceso a la prestación asistencial por desempleo para aquéllos trabajadores mayores de 52 años aún careciendo de responsabilidades familiares pero siempre

de la Seguridad Social.

36 Tal y como se previene en el desarrollo reglamentario, artículo 20 del Real Decreto, las cuotas correspondientes a estos convenios especiales en el caso de lo prevenido en el art. 51.9 ET, serán objeto de totalización por la TGSS respecto de cada trabajador **hasta que este cumpla 63 años de edad, o 61 años** cuando el despido colectivo sea por causas económicas, y por todas las contingencias incluidas en la acción protectora del Convenio especial. Estas cotizaciones **serán a cargo exclusivo del empresario**, que podrá optar, respecto de todos los trabajadores, por realizar un pago único de las mismas o por solicitar de la Tesorería General de la Seguridad Social el fraccionamiento de su pago en tantas anualidades como años le falten al trabajador o trabajadores para cumplir la edad de 63 o, en su caso, de 61 años, con un máximo de ocho o seis años, respectivamente, **resultando a cargo del trabajador las aportaciones al Convenio especial a partir del momento en que el trabajador cumpla la edad de 63 o, en su caso, de 61 años.**

37 Artículo 274 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.

careciendo de las rentas exigidas al efecto. Sin perjuicio de no poder entrar en el presente trabajo en los aspectos de su régimen jurídico, tampoco es el objeto de este acercamiento a la cuestión, a los efectos pretendidos en la comunicación no creemos que nos encontremos ante una medida que se presente como suficientemente efectiva para permitir superar el juicio de proporcionalidad de la medida de afectación discriminatoria o no por razón de edad en el escenario de extinciones de contratos en reestructuraciones empresariales. Antes al contrario, y como su propio nombre indica, nos encontramos ante una prestación asistencial que seguramente en nada disuade a las empresas de la toma de la decisión desde la simple perspectiva de que no les supone una carga en su cuenta de resultados. Por lo tanto, no creemos que resulte válida a los efectos del debate planteado.

Distinto parecer en lo que se refiere a la última de las medidas examinadas, esto es, en relación con las mejoras complementarias de la acción protectora acordadas habitualmente en los planes sociales de acompañamiento en expedientes de regulación de empleo en grandes empresas. Aquí sí que creemos que la concertación voluntaria de este tipo de complementos para tratar de evitar o minimizar el impacto de la salida del mercado laboral de los trabajadores en edad avanzada, legítima en cierto modo la decisión a los efectos de la superación del juicio de proporcionalidad de la decisión extintiva. El problema, desde nuestro punto de vista, no se reside tanto en el ajuste de estas medidas cuánto en la obviedad derivada de la realidad de los datos, pues este tipo de medidas son concertadas habitualmente en grandes empresas que, si bien dan ocupación a un importante número de trabajadores, no dejan de resultar una minoría en términos de la completitud del mercado laboral.

Así, en lo que se refiere a estos últimos meses, en una simple lectura de noticias aparecidas en los medios de comunicación, comprobamos cómo en grandes corporaciones se recurre a la concertación de este tipo de medidas como reclamo para conseguir el acuerdo con los representantes legales de los trabajadores y efectuar así salidas pacíficas en cierto modo menos traumáticas³⁸, con importantes complementos a partir de determinadas edades³⁹ o, en ocasiones, incluso pactando cotizaciones a los trabajadores a partir de los 50 años⁴⁰. O,

38 Es el caso del ERE de CaixaBank, con “prejubilaciones” a partir de los 54 años, https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/07/01/companias/1625130605_136870.html

39 Es el caso del ERE de la fábrica de automóviles Ford en su planta de Almussafes, https://www.elconfidencial.com/empresas/2021-04-26/ford-almussafes-ere-despedir-600-trabajadores_3051383/

40 Es el caso del BBVA, ver reseña en <https://cincodias.elpais.com/cincodias/2021/05/25/compa>

más allá, en una política desde luego digna de halago, excluyendo directamente a los trabajadores de más de 50 años ⁴¹.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: ¿RESULTA ADECUADO EL ACERCAMIENTO JURISPRUDENCIAL A LA CUESTIÓN? ¿SON SUFICIENTES LAS MEDIDAS IMPLEMENTADAS EN LA NORMA PARA JUSTIFICAR LA NO DISCRIMINACIÓN?

Como hemos apuntado líneas arriba siguiendo a determinado sector doctrinal, es cierto que puede efectuarse cierto reproche desde una aproximación meramente conceptual a la lectura que reside la clave a los efectos de la existencia de discriminación o no por razón de edad en el terrero de lo “*estrictamente eficientista*” ⁴². Ahora bien, dicho esto, es cierto que, desde una visión práctica, los problemas derivados de la elección de los trabajadores afectados por las decisiones extintivas en procesos de reestructuración empresarial se presentan como irresolubles. En este sentido, hemos aludido igualmente a la existencia de conflictos judiciales planteados por trabajadores menores de 50 años quienes, precisamente con fundamento en la vulneración del segundo inciso del artículo 14 CE por razón de edad, alegaban la nulidad de las decisiones extintivas en procesos de reestructuración precisamente con apoyo en la mayor protección conferida al colectivo de edad más avanzada. En esta tesitura, los problemas aplicativos no parecen sencillos de resolver, por lo que es muy posible que esa interpretación a partir de la cual se concluye a favor de la consideración como legítima y proporcionada a la afectación de colectivos en edad avanzada sea suficiente desde la perspectiva de legalidad constitucional siempre y cuando las decisiones extintivas se vean acompañadas de medidas efectivas para atenuar los efectos en los trabajadores afectados.

En este debate, y a pesar de que confesamos que, en un primer acercamiento a la cuestión se nos planteaban serias dudas sobre el ajuste de este tipo de afectaciones, la realidad es que, para los trabajadores designados en despidos

nias/1621946208_940157.html

41 <https://elpais.com/economia/2021-03-08/el-corte-ingles-excluye-del-ere-a-los-mayores-de-50-anos.html>

42 BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido colectivo y selección de trabajadores: ¿La “edad” es un criterio no discriminatorio? (STC 66/2015)” en Una mirada crítica a las relaciones laborales, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, <https://ignasibeltran.com/2015/06/12/despido-colectivo-y-seleccion-de-trabajadores-la-edad-es-un-criterio-no-discriminatorio-stc-662015/>.

colectivos, la existencia de medidas como las de la aportación al Tesoro Público, con la “reversión” consecuente a estos efectos, la obligatoriedad de suscripción del convenio especial con la Seguridad Social y, sobre todo, la suscripción de mejoras voluntarias en la acción protectora a través de la implementación de medidas en los planes sociales de acompañamiento, se presentan como lo suficientemente efectivas para la superación del juicio de proporcionalidad en lo que concierne a los trabajadores cubiertos por las mismas.

A partir de aquí, y creemos que esta es la cuestión pendiente, podemos convenir en dos reflexiones que pueden servirnos como punto de partida para profundizar en esta tan importante cuestión.

En primer lugar, la realidad de los datos acredita que todo este conjunto de medidas legales e iniciativas, ni han servido, ni van a servir para detener este paulatino y progresivo proceso de expulsión del mercado laboral de un activo de trabajadores tan importante como el de los mayores de 50 años. En segundo término, quizá mucho más preocupante, hablamos de medidas que se plantean en el contexto de despidos colectivos, no en otros contextos de decisiones extintivas no protegidas, medidas cuyo aseguramiento no lo es en términos absolutos ni mucho menos, pese al progresivo “endurecimiento” de la norma en algunos aspectos, y que, en definitiva, no alcanzan sino a un porcentaje probablemente muy menor en relación con el de los trabajadores de edad avanzada expulsados del mercado laboral. Siendo así, seguramente exista recorrido para avanzar en la implementación de algunas medidas en el intento proteger a este colectivo de trabajadores.

5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La aportación económica al Tesoro Público prevista en la DA 16ª Ley 27/2011, fruto de la conocida «Enmienda Telefónica», al hilo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de junio de 2015, núm. 77/2015”, *Revista de Información Laboral*, nº 9, 2015

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Despido colectivo y selección de trabajadores: ¿La “edad” es un criterio no discriminatorio? (STC 66/2015)” en Una mirada crítica a las relaciones laborales, Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, <https://ignasibeltran.com/2015/06/12/despido-colectivo-y-seleccion-de-trabajadores-la-edad-es-un-criterio-no-discriminatorio-stc-662015/>

- DE CASTRO MARÍN, E.: *Despido colectivo “de Hecho”. Aspectos controvertidos en la aplicación práctica del Art. 51.1 ET*. Thomson Reuters. Aranzadi, 2018, Editorial Aranzadi S.A.U.
- DEL REY GUANTER, S.: “Despido y protección de los trabajadores de mayor edad: sobre la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, sus sucesivas modificaciones y la necesidad de su redefinición”, *Iuslabor*, 2014, sección Editorial, núm. 3/2014
- DESDENTADO BONETE, A., DURÁN HERAS, A.: “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*, 2002, extra 1, ejemplar dedicado a la jubilación flexible
- LÓPEZ CUMBRE, L.: “Legalidad de la «enmienda Telefónica». Despidos de trabajadores mayores de cincuenta años en empresas con beneficios”, *Análisis Gómez Acebo & Pombo*, julio 2015, <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/legalidad-de-la-enmienda-telefonica-despidos-de-trabajadores-mayores-de-cincuenta-anos-en-empresas-con-beneficios.pdf>
- POQUET CATALÁ, R.: “Criterios de selección, prioridad de permanencia, prohibición de discriminación y trabajadoras embarazadas”, *Revista de Información Laboral*, num.10/2018, Editorial Aranzadi, S.A.U.
- SÁEZ LARA, C., *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015