ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL
MADRID

SENTENCIA: 00100/2015

# *A U D I E N C I A  N A C I O N A L*

*Sala de lo Social*
*Secretaría de Dª. MARTA JAUREGUIZAR SERRANO*

SENTENCIA Nº: 100/2015

| | |
|---|---|
| *Fecha de Juicio:* | 03/06/2015 |
| *Fecha Sentencia:* | 05/06/2015 |
| *Fecha Auto Aclaración:* | |
| *Núm. Procedimiento:* | 77/2015 |
| *Tipo de Procedimiento:* | DEMANDA |
| *Procedim. Acumulados:* | |
| *Materia:* | IMPUGNACION DE ACTOS ADMINISTRATIVOS |
| *Ponente Ilmo. Sr.:* | D. RICARDO BODAS MARTÍN |
| *Índice de Sentencias:* | |
| *Contenido Sentencia:* | |
| *Demandante:* | GRUPORAGA, S.A. |
| *Codemandante:* | |
| *Demandado:* | MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL<br>DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO PÚBLICO<br>DE EMPLEO ESTATAL |
| *Codemandado:* | |
| *Resolución de la Sentencia:* | ESTIMATORIA PARCIAL |

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

*<u>Breve Resumen de la Sentencia</u> : Impugnada una resolución administrativa, que imputó a la empresa demanda el pago de las prestaciones contributivas de desempleo y las cotizaciones a la Seguridad Social de los trabajadores mayores de 50 años, que vieron extinguidos sus contratos de trabajo en despido colectivo, así como los trabajadores, que perdieron su empleo, a iniciativa de la empresa por causas no imputables a los mismos, en los tres años anteriores y posteriores al despido colectivo, se estima parcialmente la demanda, desafectando a dos trabajadores, que reconocieron la procedencia del despido, confirmándola en todo lo demás, por cuanto la norma aplicada no vulnera la seguridad jurídica, puesto que su aplicación retroactiva se contempla en la propia norma, cuya finalidad es proteger a los trabajadores mayores en empresas de más de 500 trabajadores, que tienen beneficios en los dos años anteriores, quienes disponen de otras alternativas para evitar el encarecimiento de los despidos, como la no inclusión de los trabajadores mayores, o la promoción de medidas de flexibilidad interna, siendo razonable la inclusión de los despidos no imputables a los trabajadores para la consecución del fin propuesto.*

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

*AUDIENCIA NACIONAL*

*Sala de lo Social*

| | |
|---|---|
| *Núm. de Procedimiento:* | 77/2015 |
| *Tipo de Procedimiento:* | **DEMANDA DE IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS** |
| *Índice de Sentencia:* | |
| *Contenido Sentencia:* | |
| *Demandante:* | **GRUPORAGA, S.A.** |
| *Codemandante:* | |
| *Demandado:* | **MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL** |

*Ponente Ilmo. Sr.:*
**D. RICARDO BODAS MARTÍN**

**S E N T E N C I A Nº: 100/2015**

**Ilmo. Sr. Presidente:**
D. RICARDO BODAS MARTÍN

**Ilmos. Sres. Magistrados:**
Dª. EMILIA RUÍZ-JARABO QUEMADA
D. RAMÓN GALLO LLANOS

Madrid, a cinco de junio de dos mil quince.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres. Magistrados citados al margen y ha dictado la siguiente sentencia

**EN NOMBRE DEL REY**

**SENTENCIA**

En el procedimiento nº 77/2015 seguido por demanda de GRUPORAGA, S.A. (letrado D. Antonio Gómez de Enterría) contra MINISTERIO DE EMPLEO Y

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

SEGURIDAD SOCIAL y DIRECCCIÓN GENERAL DEL SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL (Abogado del Estado D. Yago Fernández) sobre impugnación de de actos administrativos, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. RICARDO BODAS MARTÍN

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Según consta en autos, el día 18-03-2015 se presentó demanda por GRUPORAGA, S.A. contra MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL y DIRECCCIÓN GENERAL DEL SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL de impugnación de actos administrativos.

**Segundo.-** La Sala acordó el registro de la demanda y designó ponente, con cuyo resultado se señaló el día 03/06/2015 para los actos de intento de conciliación y, en su caso, juicio, al tiempo que se accedía a lo solicitado en los otro sí de prueba

**Tercero.-** Llegado el día y la hora señalados tuvo lugar la celebración del acto del juicio, previo intento fallido de avenencia, y en el que se practicaron las pruebas con el resultado que aparece recogido en el acta levantada al efecto.

**Cuarto.** – Dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 97.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social debe destacarse, que las partes debatieron sobre los extremos siguientes:

GRUPORAGA, SA ratificó su demanda de impugnación de actos administrativos, mediante la cual pretende que la liquidación, debida a la aplicación de la DA 16ª Ley 27/2011, se aplique únicamente a los trabajadores mayores de cincuenta años afectados directamente por el ERE de referencia y subsidiariamente se incluyan únicamente a DOÑA MARÍA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, DOÑA LUCÍA MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, DOÑA DOMITILA VELÁZQUEZ GARCÍA y DOÑA MÁRIA ÁNGELES SUAREZ PÉREZ, quienes fueron despedidas disciplinariamente, porque la empresa reconoció la improcedencia de sus despidos con posterioridad al despido.

Admitió, a estos efectos, que la resolución impugnada aplicó literalmente la DA 16ª Ley 27/2011, que retrotrae sus efectos a los tres años anteriores al inicio del período de consultas, pero defendió, a continuación, que las consecuencias de dicha norma eran absolutamente desproporcionadas e injustas, por cuanto se aplica retroactivamente normas limitativas de derecho, que no estaban vigentes en el momento de producirse las extinciones de ~~contrato.~~ Subrayó, a mayor abundamiento, que se le liquida por importe de 163.932, 86 euros, cuando sus beneficios en 2011 ascendieron a 12.000 euros.

Mantuvo, en todo caso, que las extinciones contractuales controvertidas, salvo las de las trabajadoras citadas más arriba, se produjeron por causa imputable a los trabajadores, siendo irrelevante que se reconociera la improcedencia de los despidos en documentos privados, por cuanto dicho reconocimiento se produjo en el marco de las correspondientes transacciones privadas, que no acreditaban, por sí mismas, que las extinciones no se hubieran producido por causa imputable a los trabajadores.

El ABOGADO DEL ESTADO se opuso a la demanda, por cuanto concurrían todos los requisitos, exigidos por la DA 16ª Ley 27/2011, puesto que la empresa tenía más de 500 trabajadores, obtuvo beneficios en los ejercicios 2010 y 2011 y

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

extinguió contratos de trabajadores mayores de cincuenta años en expediente de despido colectivo, así como otras extinciones, debidas a causas no imputables a los trabajadores, en los tres años anteriores y posteriores al inicio del período de consultas.

Admitió, no obstante, que deben excluirse de la liquidación a doña María Ángeles Riesgo García y a don José María Joven Marco, por cuanto ambos admitieron la procedencia de sus despidos con posterioridad a su ejecución.

Negó, por el contrario, que pudieran excluirse a doña Rosa María González, doña Rita González Rodríguez; doña María Antonia Varela García, don Florencio Mayoral Díaz, doña María Carmen Fernández Cerecedo, doña María Fernández González, doña Lucía Martínez Fernández, doña Domitila Velázquez García y doña María Ángeles Suárez Pérez, por cuanto la empresa admitió la improcedencia de sus despidos y les indemnizó por dicha causa.

Mantuvo, por consiguiente, que el tipo aplicable a la liquidación era del 80% y la base de 29, 63%, lo que arrojaba una cantidad de 116.163, 5 euros.

**Quinto**. - Cumpliendo el mandato del art. 85.6 de la Ley 36/2011, de 14 de octubre, se significa que los hechos controvertidos fueron los siguientes:

- El resto, los 13 bien por reconocimiento en conciliación, bien en sentencia o conformidad privada más indemnización se ha reconocido la improcedencia del despido.

Hechos conformes:

- En 2010 la empresa obtuvo 787.335€ de beneficios y 12.240€ en 20011 tenía más de 500 trabajadores.
- Se ha aplicado el 1,39%.
- Mª Ángeles Riesgo García y José María J. Marco quedan excluidos dado que se admitió la procedencia del despido.
- El tipo aplicable es de 80%, la base de 29,63%, en vez de 31,48% aplicado que arrojaría 116.163,5€

Resultando y así se declaran, los siguientes

## HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.** – La empresa GRUPORAGA, SA inició un procedimiento de despido colectivo el 3-05-2012, identificado con el número 226/2012, por el que se autorizó la extinción de 91 contratos de un total de 583 trabajadores, que conformaban entonces su plantilla, de los cuales cuatro trabajadores tenían más de cincuenta años. - Dicha mercantil generó unos ingresos en los años 2010 y 2011 de 32.881.087 euros y 38.750, 198 euros respectivamente, habiendo obtenido unos beneficios de 787.335 euros y 12.204 euros en los ejercicios mencionados.

**SEGUNDO**. - En los tres años anteriores al 3-05-2012, o en los tres años inmediatamente posteriores al despido colectivo, la empresa demandante extinguió varios contratos de trabajo de trabajadores que tenían más de cincuenta años de edad al extinguirse sus contratos de trabajo. - Se identifican, a continuación, las causas, alegadas por la empresa para fundamentar trece de las extinciones citadas, que son las controvertidas, así como la suerte seguida por cada una de ellas:

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

1. - DOÑA MARÍA ÁNGELES RIESGO GARCÍA fue despedida por motivos disciplinarios el 21-09-2011, habiendo reconocido la procedencia de su despido al día siguiente.

2. - DON JOSÉ MARÍA JOVEN MARCO ZARAGOZA fue despedido disciplinariamente el 17-10-2011, reconociendo la procedencia de su despido en la misma fecha.

3. - DON JAVIER NUEVO GARCÍA fue despedido disciplinariamente el 2-10-2012. - El 11-07-2013 la empresa demandante reconoció la improcedencia del despido en conciliación alcanzada ante el Juzgado de lo Social nº 2 de León.

4. - DOÑA ROSA MÁRIA GONZÁLEZ MIERES fue despedida disciplinariamente el 19-08-2011, habiéndose reconocido la improcedencia del despido en la misma fecha por la empresa demandante, quien lo hizo constar por escrito ante el Juzgado de lo Social de Mieres.

5. - DOÑA RITA GONZÁLEZ RODRÍGUEZ fue despedida disciplinariamente el 5-09-2011, reconociéndose por la empresa la improcedencia del despido mediante escrito, que obra en autos y se tiene por reproducido.

6. - DOÑA MARÍA ANTONIA VARELA GARCÍA fue despedida disciplinariamente el 5-09-2011, reconociéndose la improcedencia del despido por la empresa demandante mediante escrito de 6-09-2011.

7. - DON FLORENCIO MAYORAL DÍAZ fue despedido disciplinariamente el 30-08-2011, reconociéndose la improcedencia del despido por la empresa demandante el mismo día mediante escrito que obra en autos y se tiene por reproducido.

8. - DOÑA MARÍA DEL CARMEN FERNÁNDEZ CERECEDO fue despedida disciplinariamente el 5-09-2011, reconociéndose la improcedencia del despido por la empresa demandante el 6-09-2011.

9. - DOÑA MARÍA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ fue despedida disciplinariamente el 5-06-2012. - El 26-06-2012 alcanzó avenencia con la empresa ante el Centro de Mediación y Arbitraje de la Junta de Andalucía, reconociéndose la improcedencia de su despido.

10. - DOÑA LUCÍA MARTÍNEZ FERNÁNDEZ fue despedida disciplinariamente el 2-08-2012, reconociéndose por la empresa la improcedencia de su despido en Centro de Mediación y Arbitraje de la Junta de Andalucía el 23-08-2012.

11. - DOÑA DOMITILA VELAZQUEZ GARCÍA fue despedida disciplinariamente el 5-09-2011, reconociéndose la improcedencia del despido en la propia carta de despido.

12. - DOÑA MARÍA ÁNGELES SUÁREZ PÉREZ fue despedida disciplinariamente el 5-09-2011, reconociéndose la improcedencia de su despido en la misma carta de despido.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

13. - DOÑA NATIVIDAD ABRIL ANDRÉS fue despedida por causas objetivas el 5-09-2012. - El 1-04-2013 el Juzgado de lo Social nº 3 de León dictó sentencia, mediante la cual declaró la improcedencia del despido.

**TERCERO**. – El Servicio Público de Empleo abonó 30.867, 04 euros por prestaciones contributivas de desempleo a los cuatro trabajadores mayores de 50 años afectados por el despido colectivo 226/2012. – Abonó, así mismo, por el concepto citado la cantidad de 159.963, 63 euros a otros quince trabajadores mayores de 50 años que extinguieron sus contratos de trabajo en los tres años anteriores al inicio del período de consultas o en el año posterior. - Abonó, así mismo, en concepto de canon fijo la cantidad de 44.647, 88 euros, por cuanto uno de los trabajadores referidos cumplía los requisitos previstos en el RDL 3/2012, para la aplicación del citado canon.

**CUARTO**. – EL 7-11-2013 la DG SPE acordó emitir propuesta de liquidación frente a la empresa demandante por un importe de 200.156, 79 euros, relativo al período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2012 en concepto de aportación económica derivada del despido colectivo iniciado el 3-05-2012.

El 29-04-2014 se dictó resolución por la DG SEPE mediante la cual se declaró definitiva la liquidación provisional emitida el 7-11-2013 minorada por estimación parcial de las alegaciones de la empresa demandante, reconociendo una aportación económica a ingresar de 175.583, 84 euros.

El 8-07-2014 la empresa demandante presentó recurso de alzada, dictándose finalmente resolución el 12-01-2015 por la Secretaría de Estado de Empleo, que obra en autos y se tiene por reproducida, en la que se redujo el importe de la aportación a 163.932, 86 euros, al deducirse la cantidad abonada a doña Josefa Gironda Hernández, que se había contemplado anteriormente, por cuanto su despido fue declarado procedente por sentencia del Juzgado de lo Social nº 40 de Madrid de 25-10-2012, estimándose parcialmente el recurso de alzada mencionado.

**QUINTO**. – El SPE abonó a doña María Ángeles Riesgo García, en concepto de prestaciones contributivas por desempleo, la cantidad de 9.079, 41 euros, equivalente a 7.263, 53 euros, una vez aplicado el porcentaje correspondiente, mientras que a don José María Joven Marco le abonó, por el mismo concepto, la cantidad de 50.632, 85 euros, equivalente a 40.506, 28 euros, una vez aplicado el porcentaje correspondiente.

**SEXTO**. – El tipo aplicable en función del número de trabajadores de la empresa, del número de trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el despido y del porcentaje de los beneficios de la empresa sobre los ingresos, es el 80% y la base aplicable es el 39, 63%.

Se han cumplido las previsiones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO**.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.2 y 2.s de la Ley 36/2011, de 14 de octubre, compete el conocimiento del proceso a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

**SEGUNDO**. - En cumplimiento de lo establecido en el artículo 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se hace constar que los anteriores hechos declarados probados se han obtenido de los medios de prueba siguientes:

a. – Los hechos primero, cuarto y sexto no fueron controvertidos.

b. – El segundo de las cartas de despido, actas de conciliación, sentencias y reconocimientos de improcedencia mencionados, que obran en los folios 49 a 113 del expediente administrativo, aportado por la DGE y reconocidos de contrario.

c. – Los hechos tercero y quinto de los folios 3 a 10 del expediente administrativo, que también fueron reconocidos por la empresa demandante.

**TERCERO**. – La DA 16ª de la Ley 27/2011, en la versión vigente al inicio del período de consultas, decía textualmente lo siguiente:

"*1. Las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en el art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, que incluyan a trabajadores de 50 o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público, siempre que en tales despidos colectivos concurran las siguientes circunstancias:*

*a) Que sean realizados por empresas de más de 500 trabajadores o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores.*

*b) Que afecten a trabajadores de 50 o más años de edad.*

*c) Que, aún concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que los justifiquen, las empresas o el grupo de empresas del que forme parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo.*

*2. Para el cálculo de la aportación económica a que se refiere el apartado anterior, se tomarán en consideración el importe de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el despido colectivo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal de acuerdo con lo establecido en los siguientes apartados. También se incluirán a los efectos del cálculo de la aportación económica los importes realizados por el Servicio Público de Empleo Estatal por los referidos conceptos de los trabajadores de cincuenta o más años cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo, en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del art. 49 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo.*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

*No obstante, se excluirán del cálculo de la aportación económica, a petición de la empresa afectada, los importes de prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados que hubieran sido objeto de recolocación en la misma empresa, o en otra empresa del grupo del que forme parte, o en cualquier otra empresa, en los seis meses siguientes a la fecha en que se produzca la extinción de sus contratos de trabajo. En estos casos la empresa deberá acreditar estos extremos en el procedimiento.*

*3. El importe de la aportación se determinará anualmente mediante la aplicación del tipo establecido en el apartado 4 sobre cada uno de los siguientes conceptos:*

*a) Cuantía total efectivamente abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por prestaciones por desempleo de nivel contributivo de los trabajadores de50 o más años afectados por los despidos, generadas total o parcialmente en virtud de las cotizaciones acreditadas en la empresa que promovió su despido.*

*b) Cuantía total efectivamente abonada por el Servicio Público de Empleo Estatal por cotizaciones a la Seguridad Social a cargo de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo por los trabajadores afectados, durante el periodo de percepción de las mismas.*

*c) Un canon fijo por cada trabajador que haya agotado la prestación por desempleo de nivel contributivo y que comience a percibir el subsidio por agotamiento de la misma o el de mayores de 52 años. Este canon se calculará mediante la totalización durante un periodo de seis años de la suma del coste anual del subsidio por desempleo más el de la cotización por jubilación por cuenta de la entidad gestora en el año del agotamiento.*

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

*4. El tipo aplicable será el fijado por la siguiente escala en función del número de trabajadores de la empresa, del número de trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el despido y del porcentaje de los beneficios de la empresa sobre los ingresos:*

*Tipo aplicable para calcular la aportación económica*

| ***Porcentaje de trabajadores afectados de 50 o más años en relación con el número de trabajadores despedidos*** | ***Porcentaje de beneficios sobre los ingresos*** | ***Número de trabajadores en la empresa*** | | |
|---|---|---|---|---|
| | | ***Más de 2.000*** | ***Entre 1.000 y 2000*** | ***Entre 501 y 999*** |
| *Más del 35%* | *Más del 10%* | *100%* | *95%* | *90%* |
| | *Menos del 10%* | *95%* | *90%* | *85%* |

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| *Entre 15% y 35%* | *Más del 10%* | *95%* | *90%* | *85%* |
| | *Menos del 10%* | *90%* | *85%* | *80%* |
| *Menos del 15%* | *Más del 10%* | *75%* | *70%* | *65%* |
| | *Menos del 10%* | *70%* | *65%* | *60%* |

*5. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior se tendrán en cuenta las siguientes reglas:*

*a) El porcentaje de trabajadores afectados de 50 o más años sobre el total de trabajadores despedidos se calculará año a año, dentro del periodo previsto para la realización de los despidos comunicado a la autoridad laboral tras la finalización del periodo de consultas, teniendo en cuenta el número total de ambos colectivos que ha sido objeto de despido hasta el año en que se efectúa el cálculo.*

*b) Los beneficios de la empresa o grupo de empresas se cuantificarán en función del porcentaje medio de los mismos respecto de los ingresos obtenidos en los dos ejercicios inmediatamente anteriores a aquel en que el empresario comunique a la autoridad laboral la apertura del periodo de consultas que debe preceder el despido colectivo.*

*c) El número de trabajadores de la empresa o grupo de empresas se calculará según los que se encuentren en alta en la empresa o grupo de empresas en el momento de comunicar a la autoridad laboral la apertura del periodo de consultas que precede al despido colectivo, con independencia de que trabajen a jornada completa o a tiempo parcial.*

*6. El procedimiento para la liquidación y pago de la aportación económica se determinará reglamentariamente.*

*7. Cuando el despido colectivo implique la cesación total de la actividad de la empresa en el territorio español, se podrán adoptar las medidas cautelares oportunas, de acuerdo con la ley, para asegurar el cobro de la deuda correspondiente a la aportación económica, aún cuando esta no haya sido objeto de cuantificación y liquidación con carácter previo.*

*8. 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 50 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.*

*9. Lo previsto en esta disposición será de aplicación a los procedimientos de despido colectivo iniciados a partir del 27 de abril de 2011".*

La empresa demandante no cuestiona la concurrencia de todos los requisitos, exigidos por la norma transcrita, por lo que admite pacíficamente el abono de las aportaciones económicas de los cuatro trabajadores mayores de cincuenta años afectados por el despido colectivo. – Cuestiona, sin embargo, la inclusión de los trabajadores despedidos en los tres años anteriores al inicio del período de consultas del despido colectivo, por cuanto dicha inclusión, basada en la interpretación literal de la DA 16ª.2 de la ley 27/2011, supone 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 período antes dicho, pero no cuestiona llamativamente los despidos producidos con posterioridad al despido colectivo, aunque los mismos computan, de conformidad con la norma examinada. – Reprochó finalmente que la aportación exigida, que importa 175.583, 84 euros, supera con mucho sus beneficios de 2011, por lo que resulta manifiestamente desproporcionada.

Como hemos visto más arriba, el apartado segundo de la DA 16ª de la ley 27/2011 dispone que para el cálculo de la aportación económica a que se refiere el apartado anterior, se tomarán en consideración el importe de las prestaciones y subsidios por desempleo de los trabajadores de 50 o más años de edad afectados por el despido colectivo, incluidas las cotizaciones a la Seguridad Social realizadas por el Servicio Público de Empleo Estatal de acuerdo con lo establecido en los siguientes apartados. También se incluirán a los efectos del cálculo de la aportación económica los importes realizados por el Servicio Público de Empleo Estatal por los referidos conceptos de los trabajadores de cincuenta o más años cuyos contratos se hayan extinguido por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo, en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del art. 49 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, siempre que dichas extinciones de contratos se hayan producido en los tres años anteriores o posteriores al inicio del despido colectivo.

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.

Dicho aseguramiento no es absoluto, porque se impone únicamente a las empresas, o grupos de empresa que emplean a un número relevante de trabajadores, en las que, aun cuando concurran las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifiquen el despido colectivo, hubieran tenido

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores a aquél en que el empresario inicia el procedimiento de despido colectivo. – La medida no se impone, por tanto, a las empresa de menos de 500 trabajadores, ni tampoco a las empresas con pérdidas.

Por lo demás, la medida controvertida no impide a las empresas promover despidos colectivos, cuando concurran causas para ello, puesto que pueden excluir a los trabajadores mayores de cincuenta años, cuando consideren que su inclusión dispara los costes del despido. – Pueden también promover otras medidas de flexibilidad interna, como las modificaciones sustanciales, la suspensión de contratos, la reducción de jornada, o la inaplicación de convenio, porque si concurren causas para el despido colectivo, concurrirán también para este tipo de medidas, no pudiendo olvidarse que ese es el objetivo principal de legislador, quien apuesta decididamente por las medidas de flexibilidad interna frente a las medidas de flexibilidad externa.- En otro orden de cosas, la norma estudiada pondera los beneficios de la empresa con arreglo al número de trabajadores mayores de cincuenta años afectados por la medida, así como el número de trabajadores de la empresa y la relación entre ingresos y beneficios, estableciendo una graduación ajustada a la circunstancia concreta de cada empresa.

Descartamos, por tanto, que la norma examinada sea 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 período relevante y puede, como anticipamos más arriba, aplicar la medida extintiva a otros trabajadores, cuando concurran 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 de legislador, deberá asumir las consecuencias de despedir a los trabajadores mayores, evitando, de este modo, la socialización de los costes de su decisión.

Ya hemos visto anteriormente, que la norma examinada prevé expresamente su aplicación a las extinciones de contratos producidas en los tres años anteriores o posteriores al inicio del período de consultas, por lo que posibilita su aplicación retroactiva, ajustándose, a estos efectos, a lo dispuesto en el art. 2.3 CC, que bloquea la aplicación retroactiva de las leyes, salvo que las mismas dispusieran lo contrario. - Consiguientemente, si la ley dispone su aplicación retroactiva a las extinciones producidas con anterioridad al inicio del período de consultas del despido colectivo, así como las producidas en los tres años posteriores, su aplicación se ajusta a lo dispuesto en el art. 9.3 CE, en relación con el art. 2.3 CC, por lo que debemos descartar que las resoluciones recurridas vulneren la seguridad jurídica de la empresa demandante, así como el principio de irretroactividad de las normas, por cuanto el 3-05-2012, al inicio del período de consultas, GRUPORAGA, SA sabía que la DA 16ª de la Ley 27/2011 era aplicable a los despidos colectivos iniciados a partir del 27-04-2011, conociendo, por consiguiente, que debía tener en cuenta las extinciones anteriores al inicio del período de consultas, caso de que las mismas se hubieran producido por causa no imputable a los trabajadores.

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Así pues, como ejecutó el despido colectivo en el marco legal referido, cuando podría haber recurrido a otras opciones menos costosas, deberá soportar las consecuencias de su decisión, que nos obligará a examinar, a continuación, si los trece despidos, listados en el hecho probado segundo, se debieron a causas imputables a los trabajadores o, por el contrario, no fueron imputables a los mismos.

**CUARTO**. – La empresa demandante defiende subsidiariamente que solo son computables los despidos de DOÑA MARÍA FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, DOÑA LUCÍA MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, DON DOMITILA VELÁZQUEZ GARCÍA y DOÑA MARÍA ÁNGELES SUÁREZ PÉREZ, porque reconoció la improcedencia del despido de las dos primeras en acta de conciliación y en las propias cartas de despido de las dos siguientes. – Dicha tesis sería aplicable también a DON JAVIER NUEVO GARCÍA, quien fue despedido disciplinariamente el 2-10-2012, reconociéndose por la empresa demandante la improcedencia del despido en conciliación alcanzada ante el Juzgado de lo Social nº 2 de León el 11-07-2013 (hecho probado segundo).

La Sala ha examinado en SAN 14-05-2014, proced. 66/2014, en qué supuestos debe considerarse que las extinciones contractuales, producidas en los 90 días anteriores al despido, lo fueron por causas no imputables a los trabajadores, en cuyo caso deben computarse para considerar la concurrencia del despido colectivo, en los términos siguientes:

*"En un sentido aún más preciso sobre este problema se regula la cuestión en la Directiva 98/59/CE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.*

*En el artículo 1. 1 a) se dice que "se entenderá por despidos colectivos ... los efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores ..." cuando el número de despidos supere los umbrales correspondientes. Con ello podría decirse que la Directiva contiene un concepto de despido colectivo más amplio que el artículo 51 ET , si se entendiese que en éste únicamente caben a efectos de ese cómputo las decisiones empresariales basadas en causas económicas, técnicas organizativas o de producción u otras decisiones extintivas basadas en causas inherentes a la persona del trabajador, excluyéndose en todo caso los despidos producidos en caso de contratos temporales o para obra o servicios determinados.*

*Pero una interpretación sistemática del artículo 51 ET , en la que el texto de la Directiva es también relevante, conduce a la interpretación que antes se expuso, en el sentido de que tales extinciones han de computarse en el caso de que se trate de extinciones producidas sobre contrataciones fraudulentas, por indefinidas, o absolutamente alejadas de la efectividad de las cláusulas de los contratos en cuanto a la eventual conclusión del tiempo pactado o la realización de los servicios concertados.*

*Precisamente el número 2, a) del artículo 1 de la Directiva especifica ese punto con total claridad y en el mismo sentido que acabamos de exponer cuando establece que "La presente Directiva no se aplicará .... A los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea*

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

*determinadas, salvo si éstos despidos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos".*

*Para la Directiva y en la interpretación del artículo 51 ET que acabamos de expresar en párrafos anteriores, solo podrán excluirse del cómputo numérico que lleva aparejada la calificación jurídica de despido colectivo, aquellas extinciones de contratos por tiempo o tarea determinados cuando la extinción se ha producido regularmente, pero en ningún caso cuando, como ocurre en el supuesto de autos, los despidos se han llevado a cabo no solo antes de la finalización de la obra, sino cuando la naturaleza de los mismos, por haberse realizado en fraude de ley, no era temporal sino indefinida.*

*De lo razonado anteriormente se desprende que no existe entonces discrepancia o conflicto entre la norma nacional, el artículo 51 ET y la Directiva 98/59 CE, pues ambas normas alcanzan el mismo resultado para la calificación de despido colectivo, cuando hemos excluido antes una interpretación restrictiva del párrafo cuarto del artículo 51 ET , que es la que lleva a cabo la sentencia recurrida, al excluir en todo caso la extinciones acordadas por la empresa demandada para el cómputo de despido colectivo, por no estar basadas en causas económicas, técnicas organizativas o de producción, sino obedecer, al menos formalmente a la terminación del contrato por conclusión de la obra o servicio contratado. Si así fuera, si asumiésemos esa interpretación entonces sí se produciría una colisión entre el Estatuto de los Trabajadores y la Directiva, pues la norma nacional interpretada así estaría limitando el concepto de despido colectivo a supuestos más reducidos que los previstos en la Directiva.*

*De hecho, aunque se trataba de supuestos de exclusión distintos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 12 de octubre de 2.004, dictada en el asunto C-55/2002 , se pronuncia en primer lugar sobre la finalidad de la Directiva, de manera que a tenor de lo previsto en el artículo 2, apartado 2, párrafo primero, las consultas a los representantes de los trabajadores no solamente tendrán por objeto evitar o reducir los despidos colectivos sino que versan, entre otros extremos, sobre las posibilidades de atenuar las consecuencias de tales despidos mediante el recurso a unas medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos. Sería contrario a la finalidad de la Directiva reducir el ámbito de aplicación de esta disposición mediante una interpretación restrictiva del concepto de "despido".*

*Y termina esa sentencia en su parte dispositiva diciendo que la República Portuguesa había en aquél caso incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 y 6 de la Directiva 98/59/CE ... "al haber limitado el concepto de despidos colectivos a los despidos por motivos de índole estructural, tecnológica o coyuntural y al no haber ampliado el citado concepto a los despidos por todas las razones no inherentes a la persona de los trabajadores".*

*De todo lo anterior resulta que para determinar si estamos ante un despido colectivo hemos de tomar como referencia todos los despidos producidos en un periodo de noventa días consecutivos que no sean por causa inherente a la persona del trabajador, lo que incluye, conforme a las sentencias citadas del Tribunal Supremo y la posterior de 25 de noviembre de 2013 (RCUD 97/2013), no solamente los*

*despidos producidos alegando causas objetivas al amparo del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores , sino también todos los despidos producidos en los cuales, aunque se alegaran causas no inherentes a la persona del trabajador (y por tanto no computables ab initio), hayan quedado desvinculados de tales causas por ser calificados como improcedentes o nulos.*

*La impugnación de dicho despido colectivo puede llevarse a cabo por la modalidad procesal del artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social, como aquí se ha hecho, siguiendo el criterio de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en sentencia de 25 de noviembre de 2013 (recurso 52/2013 ), confirmando el criterio al respecto de esta Sala. Debiendo añadirse que en tal caso y de acuerdo con el artículo 124.6 de la Ley de la Jurisdicción Social, el plazo de caducidad de la acción colectiva solamente podría computarse si se produjese una notificación a los representantes de los trabajadores de la decisión empresarial de despido colectivo, o bien desde la fecha en que se acreditase que el sujeto colectivo tenía un perfecto conocimiento del conjunto de los despidos practicados, sus causas y circunstancias, suficiente al menos para poder identificar los despidos y determinar el cómputo de los mismos a efectos de su naturaleza colectiva.*

*Para que un despido inicialmente no computable, como puede ser un despido disciplinario o la terminación de un contrato temporal, pase a ser computable, ha de calificarse dicha extinción como despido improcedente o nulo. La calificación de improcedencia o nulidad a efectos de cómputo puede producirse tanto por acuerdo entre empresa y trabajador, como por posterior sentencia judicial, que si fuese firme vincularía a esta Sala. Pero también es posible que dicha calificación sea hecha por esta Sala como cuestión previa, analizando caso a caso cada uno de los despidos y extinciones conflictivos para incluirlos o excluirlos de cómputo. Y ello es así aunque el despido haya sido pactado o aunque haya proceso judicial concreto sobre el mismo que no haya sido resuelto por sentencia firme, puesto que se trataría de un supuesto de prejudicialidad social que solamente produce la suspensión del litigio si hay acuerdo de ambas partes (artículo 86.4 de la Ley de la Jurisdicción Social). Por otro lado hay que recordar que en caso de coincidir la tramitación de la impugnación de un despido colectivo con la impugnación de despidos individuales lo que procede es suspender la tramitación de las impugnaciones individuales, conforme al artículo 124 de la Ley de la Jurisdicción Social".*

Por otro lado, la STS 18-11-2014, rec. 65/2014, que confirma SAN 4-09-2013, ha sostenido lo siguiente: "*En segundo lugar debe tenerse presente la doctrina de esta Sala, establecida en sus sentencias de 25-11-2013 (R. 52/2013 ) y 26-11-2013 (R. 334/2013 ), sobre las extinciones contractuales computables a efectos de determinar la existencia de despido colectivo. En estas sentencias, cuando se trata de despidos disciplinarios declarados improcedentes por acuerdo entre las parte o por resolución judicial se dice: "Partiendo de estos preceptos, hay que concluir que tanto los despidos disciplinarios en los que se reconoció la improcedencia en transacciones judiciales o extrajudiciales, como los despidos objetivos en los que se firmaron finiquitos aceptando el efecto extintivo mediante acuerdos también de naturaleza transaccional, no se convierten en extinciones por mutuo acuerdo o en dimisiones, al margen de la intervención del empleador. Por el contrario, siguen siendo despidos, es decir, extinciones adoptadas "a iniciativa del empresario" y que se producen además "por motivos no inherentes a la persona del trabajador", pues no deriva de la*

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

*persona del trabajador un despido para el que se alega una causa objetiva vinculada al interés empresarial, ni puede imputarse a la conducta personal del trabajador un despido disciplinario que se reconoce como improcedente. La transacción no altera la naturaleza del acto del despido, pues solo actúa poniendo fin al pleito provocado por esa decisión empresarial (art. 1809 del Código Civil). Por ello, no se ha infringido este precepto, ni el art. 1815 del mismo Código sobre el alcance del negocio transaccional y la disposición de derechos que en ella se establece".*

Aplicando la jurisprudencia y doctrina judicial referida al supuesto de autos, debemos concluir que las extinciones, reflejadas en el hecho probado segundo, que afectaron a trabajadores mayores de cincuenta años, se produjeron a iniciativa del empresario y por causas no imputables a los trabajadores, por cuanto se trata de despidos disciplinarios, cuya improcedencia se ha reconocido por la demandante en acta de conciliación, o en las cartas de despido y en documentos posteriores al despido, habiéndose reconocido, incluso, por sentencia judicial en uno de los supuestos. – Excluimos, sin embargo a DOÑA MARÍA ÁNGELES RIESGO GARCÍA y a DON JOSÉ MARÍA JOVEN MARCO, porque dichos trabajadores admitieron la procedencia de sus despidos, habiéndose solicitado por el Abogado del Estado su desafectación de la liquidación.

Así pues, acreditado que el porcentaje de los beneficios sobre sus ingresos de la empresa demandante en el año 2010 fue del 2, 39% y en el año 2011 del 0, 031%, resultado un porcentaje medio de beneficios sobre ingresos del 1, 21%, por lo que se le han aplicado los tipos de menos el 10%, siendo pacífico que la base y el porcentaje aplicable son el 80% y el 29, 63% respectivamente, procede estimar parcialmente la demanda, desafectando de la liquidación a los dos trabajadores antes dichos, lo que arroja un importe final de 116.163, 5 euros.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

**FALLAMOS**

Estimamos parcialmente la demanda de impugnación de actos administrativos, promovida por GRUPORAGA, SA y revocamos parcialmente las resoluciones recurridas, por lo que el importe definitivo de la liquidación, que debe abonar la empresa demandante, asciende únicamente a 116.163, 5 euros, por lo que condenamos al MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por dicha decisión, absolviéndole de los restantes pedimentos de la demanda.

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de CINCO DÍAS hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su Letrado al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en el art, 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

condena de conformidad con el art, 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0077 15; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0077 15, pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Se advierte, igualmente, a las partes que preparen Recurso de Casación contra esta resolución judicial, que, según lo previsto en la Ley 10/2014, de 20 de noviembre, modificada por el RDL 3/13 de 22 de febrero, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, con el escrito de interposición del recurso de casación habrán de presentar justificante de pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional a que se refiere dicha norma legal, siempre que no concurra alguna de las causas de exención por razones objetivas o subjetivas a que se refiere la citada norma, tasa que se satisfará mediante autoliquidación según las reglas establecidas por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas en la Orden HAP/2662/2012,de 13 de diciembre.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.