

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 855/2017 de 31 Oct. 2017, Rec. 235/2016

Ponente: Moralo Gallego, Sebastián.

Consultar JURIMETRÍA de este Magistrado

LA LEY 172249/2017

ECLI: *ES:TS:2017:4233*

REGULACIÓN DE EMPLEO. Grupo empresarial. Aportaciones económicas a realizar al SPEE por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores con 50 o más años. El incumplimiento por la Administración de la obligación de calcular y notificar en cada periodo anual la propuesta de liquidación no determina la prescripción del derecho de la Hacienda Pública a exigir su pago, que el art. 15 de la Ley 47/2003 establece en cuatro años. El cálculo realizado por el SPEE sobre el número total de trabajadores del grupo empresarial en el que está integrada la empresa.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto y confirma la sentencia del TSJ de Madrid que impuso a la mercantil la aportación económica que debía hacer al SPEE.

**A Favor: SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO.
En Contra: EMPRESA.**

CASACION núm.: 235/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 855/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Jesus Gullon Rodriguez, presidente

D^a. Maria Milagros Calvo Ibarlucea

D. Jose Manuel Lopez Garcia de la Serrana

D^a. Maria Lourdes Arastey Sahun

D. Sebastian Moralo Gallego

En Madrid, a 31 de octubre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Bernabé Echevarría Mayo, en nombre y representación de Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A. (antes Agrupación de Empresas Automatismos y Montajes y Servicios, S.L.), contra la sentencia dictada el 20 de julio de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , en procedimiento núm.

940/2016, seguido a instancia de la ahora recurrente frente a la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, sobre impugnación de actos administrativos en materia laboral y de seguridad social.

Ha sido parte recurrida la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha de 7 de diciembre de 2015 se presentó demanda, registrada bajo el núm. 940/2015, por la Agrupación de Empresas Automatismos y Montajes y Servicios, S.L.U, de la que conoció la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En el correspondiente escrito, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho, terminaba suplicando se dictara sentencia «por la que, con estimación de la misma, se anule la Resolución del Secretario de Estado de Empleo, de fecha 29 de septiembre de 2015 en razón a lo expresado en los fundamentos jurídico-materiales del presente escrito».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se celebró el acto del juicio. Seguidamente, se recibió el pleito a prueba, practicándose las propuestas por las partes y, tras formular éstas sus conclusiones definitivas, quedaron los autos conclusos para sentencia.

TERCERO.- Con fecha 20 de julio de 2016 se dictó sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la que consta el siguiente fallo: «Que desestimamos la demanda nº 940/2015, interpuesta por AGRUPACIÓN EMPRESAS AUTOMATISMOS, MONTAJES Y SERVICIOS S.L., contra el MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, en impugnación de ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL, y absolvemos a la parte demandada de las pretensiones deducidas en la misma, confirmando las Resoluciones administrativas recurridas».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

« **1º** .-Con fecha 23/01/2015, la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal dicta resolución acordando emitir propuesta de liquidación y pago de aportación económica, a realizar empresas que tengan beneficios y hubiesen realizado despidos colectivos que afectasen a trabajadores de 50 o más años, derivada del procedimiento de despido colectivo nº 169/2012, iniciado el 4/04/2012, respecto a la anualidad de 2012, expediente 27/14, por un importe de 231.650,85 euros (expediente administrativo).

2º .-Con fecha 23/01/2015, la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal dicta resolución acordando emitir propuesta de liquidación y pago de aportación económica, a realizar empresas que tengan beneficios y hubiesen realizado despidos colectivos que afectasen a trabajadores de 50 o más años, derivada del procedimiento de despido colectivo nº 169/2012, iniciado el 4/04/2012, respecto a la anualidad de 2013, expediente 28/14, por un importe de 373,167,21 euros (expediente administrativo).

3º .-Por resoluciones de 17/04/2015, se declararon definitivas las liquidaciones provisionales emitidas el 23/01/2015.

4º .- La empresa interpone recursos de alzas contra las citadas resoluciones; la Subdirección General de Gestión Financiera del Servicio Público de Empleo Estatal, eleva propuesta de resolución, y el 10/07/2015, con fecha de salida 24/09/2015, acuerda desestimar los recursos interpuestos y confirmar las resoluciones recurridas. La empresa había aportado avales en concepto de garantía para responder al pago de las cantidades indicadas en los expedientes 27/2014 y 28/2014 (folios nº 14 a 20)».

QUINTO.- En el recurso de casación formalizado por la representación procesal de Aeronaval de Construcciones e Instalaciones, S.A. se consignan los siguientes motivos:

Primero.- Al amparo del artículo 205 e) de la LPL , por infracción del artículo 7 e) del Real Decreto 1484/2014, 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 relación con la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto .

Segundo.- Al amparo del artículo 205 e) de la LPL , por infracción del artículo 7 e) del Real Decreto 1484/2014, 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 relación con el artículo 42.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común .

Tercero.- Al amparo del artículo 205 e) de la LPL , por infracción del apartado 4 de la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto , en relación otorgado por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero.

El recurso fue impugnado por la representación procesal de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y admitido el recurso de casación, se dio traslado por diez días al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de considerar que el recurso ha de ser desestimado.

Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 31 de octubre de 2017, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Recurre en casación ordinaria la empresa demandante, contra la sentencia de instancia que desestimó la demanda en la que impugnaba las dos resoluciones de 23 de enero de 2015, dictadas por la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), con las que se emitían sendas propuestas de liquidación de las aportaciones económicas derivadas del procedimiento de despido colectivo iniciado por la empresa el día 4 de abril de 2012, que fueron posteriormente confirmadas como liquidaciones definitivas en resolución de 29 de septiembre de 2015.

2.- Al amparo de la letra e) del art. 205 LRJS , se formula el primer motivo del recurso que denuncia infracción del art. 7 e) del RD 1484/2014, de 29 de octubre , sobre las aportaciones económicas a efectuar por las empresas con beneficios que realicen despidos colectivos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años; en relación con la disposición adicional decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto .

Sostiene la recurrente que habría prescrito el plazo del que dispone el SPEE para dictar la propuesta de liquidación, por cuanto ambas resoluciones son del año 2015, y una de ellas se refiere a la liquidación correspondiente al ejercicio de 2012, la otra al de 2013, con lo que vulnerarían lo dispuesto en el precitado art. 7 e) RD 1484/2014 , cuando señala que tales resoluciones han de indicar el *"periodo a que se refiere la liquidación, que comprenderá el año natural inmediatamente anterior a aquel en que se realiza la propuesta de liquidación"*.

De lo que colige que esa referencia *" al año natural inmediatamente anterior"* , tiene como consecuencia jurídica la prescripción de la acción de la que dispone el SPEE para dictar la resolución con las liquidaciones correspondientes a cada anualidad.

SEGUNDO. 1.- Comenzamos por exponer las normas legales de aplicación al caso:

A) El art. 51. 11 ET dispone: " *Las empresas que realicen despidos colectivos de acuerdo con lo establecido en este artículo, y que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años de edad, deberán efectuar una aportación económica al Tesoro Público de acuerdo con lo establecido legalmente*".

B) La Disposición Adicional Decimosexta, de la Ley 27/2011, de 1 de agosto , sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, bajo el título de " *Aportaciones económicas por despidos que afecten a trabajadores de cincuenta o más años en empresas con beneficios*" establece las condiciones, requisitos y circunstancias que deben regir las obligaciones de la empresa en esta materia.

C) El 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, desarrolla el procedimiento a seguir por el SPEE para exigir el pago de esta aportación a las empresas que estén obligadas a ello.

D) El art.1 de dicho RD, establece que su objeto es el establecimiento del procedimiento para la liquidación y pago de tal aportación económica.

Y de forma expresa dispone a continuación que " *Las aportaciones económicas a las que se refiere el párrafo anterior tendrán la consideración de derechos de naturaleza pública no tributarios de la Administración General del Estado, siéndoles de aplicación las disposiciones contenidas en el título I, capítulo II, de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria*".

E) El art. 6.1º, señala que: " *El Servicio Público de Empleo Estatal remitirá en cada ejercicio a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación de este real decreto una propuesta de liquidación que incluirá la información establecida en las letras a) a h) del art. 7. Las empresas podrán realizar alegaciones a lo establecido en la citada propuesta de liquidación en el plazo de quince días, acompañando las mismas de las pruebas que consideren necesarias*".

F) Y dicho art. 7 dice que: La resolución a que se refiere el art. 6.4 especificará, en todo caso, los siguientes extremos: incluyendo en su letra e) "Periodo a que se refiere la liquidación, que comprenderá el año natural inmediatamente anterior a aquel en que se realiza la propuesta de liquidación; salvo que, por aplicación de lo dispuesto en los arts. 2.3, 3.1 y 6.2, resulte procedente que comprenda los años naturales inmediatamente anteriores a aquel en que se realiza dicha propuesta".

G) Interesa destacar que el art. 11 del mismo RD, contempla la posibilidad de que el SPEE pueda revisar la cuantía de las aportaciones liquidadas con anterioridad, en los supuestos de error, falta de información o por indebida exclusión de ciertos conceptos computables, autorizando a dicho organismo para que procederá a regularizar en la siguiente propuesta de liquidación anual que deba emitir conforme al art. 6 o mediante una nueva propuesta la cuantía de las aportaciones de los años anteriores, revisándolas, al alza o a la baja, según proceda.

Tras lo que específicamente establece que " *El plazo máximo para revisar la cuantía de las aportaciones será de cuatro años desde la fecha de notificación de la resolución anual correspondiente*".

2. - Como de este conjunto normativo se desprende, la naturaleza jurídica que corresponde a estas aportaciones es la de derechos de naturaleza pública no tributarios de la Administración General del Estado, a los que les resultan de aplicación las disposiciones contenidas en aquellos preceptos de la Ley 47/2003, a los que se remite el art. 1 RD 1484/2012 .

La expresa remisión al articulado de dicha Ley impone que la norma de aplicación en materia de prescripción de la actuación de la administración, no puede ser otra que la contenida en el art. 15, que ya hemos transcrito, y que la establece en el plazo de cuatro años siguientes al día en que pudo efectuarse la liquidación.

Esta es la regla que ha de aplicarse en materia de prescripción de los derechos de la Hacienda Pública, en cuyo ámbito se enmarca la aportación empresarial de la que estamos tratando.

Contra lo que sostiene la recurrente, en el articulado del RD 1484/2012, de 29 de octubre, no solo no encontramos disposición alguna que establezca un plazo de prescripción diferente al general de cuatro años que contiene el art. 15 de la Ley 47/2003, sino que, bien al contrario, la única referencia específica a tal efecto es la de su art. 11, que de manera coincidente, fija también en cuatro años el plazo del que dispone el SPEE para revisar las resoluciones que dicte en esta materia.

3.- Es verdad que el art. 7 letra e) de ese Real Decreto nos dice que la propuesta de liquidación ha de estar referida al periodo correspondiente al año natural inmediatamente anterior a aquel en que se realiza, pero de esta mención no puede extraerse la consecuencia de que se esté fijando un plazo de prescripción diferente al general de cuatro años del art. 15 de la Ley 47/2003.

En primer lugar, porque esa previsión está contenida en un precepto de carácter reglamentario y no puede interpretarse como una regla de prescripción diferente y prevalente sobre las disposiciones de la Ley General Presupuestaria, lo que en sí mismo sería inviable por resultar "ultra vires", al contravenir una norma de superior rango jerárquico.

Y en segundo lugar, porque esa referencia a la anualidad inmediatamente anterior, a que debe remitirse la resolución que contenga la liquidación provisional de las aportaciones que debe efectuar la empresa en cada ejercicio, no viene configurada como un plazo de prescripción.

La correcta integración de lo dispuesto en el art. 6.1º y 7 del precitado RD, evidencia que la obligación que se impone al SPEE, consiste en calcular y liquidar anualmente las aportaciones que haya de hacer la empresa, y notificar en cada ejercicio la cuantificación de la suma correspondiente a la anualidad inmediatamente anterior.

La finalidad que con ello se persigue es, sin duda, que la liquidación efectivamente se realice de forma anual para facilitar el mejor funcionamiento de la empresa mediante el control de sus gastos en cada ejercicio, pero de aquí no se extrae ninguna consecuencia jurídica que afecte al plazo de prescripción del derecho del que dispone la Hacienda Pública para su reclamación.

El incumplimiento por la Administración de esa obligación de calcular y notificar en cada periodo anual la propuesta de liquidación podría dar lugar a la exigencia de algún tipo de responsabilidad patrimonial, por parte de la empresa afectada que se viene perjudicada por ese retraso, pero no determina la prescripción del derecho de la Hacienda Pública a exigir su pago, que el art. 15 de la Ley 47/2003 establece en cuatro años.

4.- En el momento en que se dictan en el caso de autos las dos resoluciones que impugna la demanda, de 23 de enero de 2015, no estaba prescrita la acción de la que dispone el SPEE para notificar y reclamar el pago de las aportaciones correspondientes a los ejercicios de 2012 y 2013, lo que nos lleva a desestimar, de conformidad con el Ministerio Fiscal, el primero de los motivos del recurso del recurso.

TERCERO. 1.- El motivo segundo se formula bajo el mismo cauce procesal del art.205 letra e) LRJS, denunciando infracción del art. 7 e) RD 1848/2014; en relación con el art. 42.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, entonces vigente.

Lo que aquí se plantea, subsidiariamente, es que tales previsiones legales conducirían a entender que se habría producido la caducidad del expediente administrativo, por haberse dictado las resoluciones impugnadas varios años después de los periodos de liquidación a los que se refieren.

2.- Con independencia de que la referencia a la anualidad anterior que contiene el art. 7 e) RD 1848/2014, tampoco pueda interpretarse como una disposición afectante a la caducidad del expediente administrativo, distinta y diferente a las reglas generales que regulan esta materia, una

vez más, de superior rango jerárquico, es lo cierto que con esta alegación se está suscitando una cuestión nueva en el recurso de casación, que no fue invocada en la demanda y ni tan siquiera en el acto de juicio, con lo que ha quedado sustraída al conocimiento del órgano de instancia y no puede plantearse extemporáneamente por vez primera en trámite de un recurso extraordinario como el de casación, generando con ello indefensión a la contraparte que se ha visto imposibilitada de acudir al acto de juicio con las alegaciones y las pruebas adecuadas en su defensa (SSTS 18-9- 2017, rec. 3554/2015 ; 19-7-2017, rec. 167/2016 ; 12-5-2017, rec. 210/2015 , entre otras muchas).

CUARTO. 1.- El último motivo del recurso denuncia infracción del punto 4 de la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 27/2011, de 1 de agosto , en la redacción otorgada por el Real Decreto Ley 3/2012, y sostiene que se ha aplicado un porcentaje erróneo del 80 por ciento en el cálculo del importe de la aportación reclamada a la empresa, cuando debería de haber sido el del 60 por ciento, conforme a las tablas que se especifican en el antedicho apartado 4.

El SPEE ha efectuado los cálculos para la aplicación de la tabla del punto 4 en referencia al grupo de empresas, y al número de trabajadores mayores de 50 años afectados entre el total de los despedidos en el grupo, mientras que la recurrente pretende que se tengan exclusivamente en cuenta los despedidos que pertenecen a su propia plantilla.

Todas las partes, y el Ministerio Fiscal en su informe, coinciden en que la disparidad se centra en determinar si deben computarse únicamente los trabajadores de la empresa que ha efectuado el despido colectivo, o por el contrario, todos los del grupo de empresas en el que se encuentra integrada.

Y así también lo ha entendido la sentencia de instancia, para acabar concluyendo que la unidad de referencia es el grupo de empresa en su conjunto.

2.- La farragosa y atormentada redacción de esa disposición adicional no permite una fácil interpretación de su contenido, por lo que habremos de acudir a la adecuada integración de todas las normas sobre la materia para encontrar la certera respuesta a tan compleja cuestión, debiendo significarse, con el fin de evitar confusiones, que estamos hablando de la redacción dada a la misma por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, aplicable al supuesto de autos.

Debemos empezar por hacer mención al apartado 1 de la disposición adicional, en el que se describe la situación jurídica que genera la obligación de realizar esta aportación, que es aquella en la que las empresas realicen despidos colectivos que incluyan a trabajadores de 50 o más años de edad, siempre que concurren las siguientes circunstancias: a) Que sean realizados por empresas de más de 500 trabajadores (actualmente, 100 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, aun 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.

Aquí debemos ya detenernos para poner de manifiesto una primera consideración.

Lo pretendido por el legislador es imponer tal obligación a ese tipo de empresas o al grupo en el que están integradas, cuando despiden colectivamente a trabajadores de 50 o más años, porque en los dos ejercicios económicos anteriores han tenido beneficios, y esto justifica que se les requiera dicha aportación, como mecanismo para compensar de alguna manera el coste que tales despidos han de suponer para las arcas públicas, como se indica en la exposición de motivos, en razón del "*importante coste para nuestra sistema de protección por desempleo*» que comporta el ERE es «*difícil de asumir socialmente*» cuando se trata de empresas con beneficios", (STS 29-3-2017,rec. 133/2016).

Y a la hora de valorar la existencia de tales beneficios, tratándose de grupos empresariales, la ley no se limita exclusivamente a la situación de la empresa que efectúa el despido colectivo, sino que extiende esa posibilidad "al grupo de empresas del que forme parte".

Esto supone que cabe la posibilidad de que la empresa esté igualmente obligada a realizar esa aportación, cuando aisladamente considerada pudiere estar en pérdidas y no tenga beneficios en el periodo de referencia, pero sí los hubiere obtuviere sin embargo el grupo empresarial en su conjunto.

Ya ha tenido ocasión esta Sala de pronunciarse sobre esta cuestión en la precitada sentencia de 29 de marzo de 2017, rec. 133/2016 , que resuelve la interpretación que haya de hacerse a la referida frase « *las empresa o grupo de empresas del que forme parte hubieran tenido beneficios ...*», para concluir que la aportación se realizara en los dos supuestos a los que alude la sentencia recurrida: " *1º Cuando la empresa que realiza el despido colectivo, individualmente considerada, tiene beneficios en los dos ejercicios anteriores a la autorización de aquel. 2º Cuando la empresa que realiza el despido colectivo, individualmente considerada tiene pérdidas en los dos ejercicios anteriores, pero las empresas del grupo en España ... tuvo resultados positivos.... La norma no contempla la compensación de resultados o de perdidas sino que basta con que haya beneficios o en la empresa solicitante o en el grupo al que ésta pertenezca* " .

En el mismo sentido la STS 17-11-2016, rec.51/2016 , en un caso en el que el grupo en su conjunto tenía pérdidas, pero sin embargo la empresa estaba en beneficios.

3.- Con ese punto de partida, la disposición adicional decimosexta ofrece seguidamente en sus apartados 2 y 3 una serie de reglas sobre la forma de calcular el importe de dicha aportación, y aquí también encontramos un criterio interpretativo de interés, cuando ese apartado 2 alude a los contratos de trabajo que se hayan extinguido "*por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo....* ", evidenciando de esta forma la voluntad del legislador de tomar en consideración la actuación del grupo empresarial en su conjunto.

Seguidamente, el apartado 4 incluye una escala con el tipo porcentual aplicable para calcular el cuantía de la aportación, en razón de los tres parámetros de referencia que ofrece, esto es: número total de trabajadores, número de despidos de 50 o más años, y porcentaje de beneficios sobre los ingresos.

Para lo que dispone que: "*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*".

Aquí ya es de apreciar una cierta o aparente incongruencia, porque la norma se olvida en este extremo del grupo empresarial y habla exclusivamente del número de trabajadores "de la empresa", para aludir igualmente al porcentaje de los beneficios "de la empresa", cuando ya hemos visto que los beneficios puedan estar referidos al grupo empresarial en el caso de que la empresa no los hubiere obtenido.

De la imprecisa redacción de esta regla parecería desprenderse que debe estarse exclusivamente al número de trabajadores y a los beneficios "de la empresa", y a ello se acoge la recurrente cuando denuncia en su recurso la infracción de esta norma.

Pero esa lectura meramente gramatical del precepto, no puede trasladarse a una situación como la del caso de autos, en la que la empresa forma parte de un grupo empresarial.

En primer lugar, la razón más elemental, porque esa previsión estaría dirigida exclusivamente a las empresas que no están integradas en ningún grupo empresarial.

Asimismo, porque resultaría radicalmente contraria a lo dispuesto en el punto primero, en el que se define la situación jurídica sobre la que esa escala ha de aplicarse y que está referenciada sin ninguna duda a la empresa o al grupo en su conjunto.

Por último, y más claramente todavía, porque esa interpretación puramente literal del apartado 4 vendría desmentida por lo que seguidamente establece el apartado 5 de la misma disposición adicional, cuando señala que: " *A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior se tendrán en cuenta las siguientes reglas :*

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

b) En el supuesto a que se refiere el apartado 1.c).1ª, 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 aquél en que se inicie el procedimiento de despido colectivo.

c) En el supuesto a que se refiere el apartado 1.c).2ª, 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 primeros ejercicios consecutivos en que la empresa haya obtenido beneficios dentro del periodo indicado en dicho apartado.

d) 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 al inicio del procedimiento de despido colectivo, con independencia de que trabajen a jornada completa o a tiempo parcial".

4.-. Se aprecia fácilmente la diferencia existente entre el apartado 4 y el 5, cuando cada uno de ellos se refiere a los dos factores esenciales sobre los que pivota el sistema de cálculo de la aportación empresarial, la cuantificación de los beneficios y el número de trabajadores.

Mientras el apartado 4 menciona exclusivamente la empresa como unidad de referencia, el apartado 5 - que es el que ofrece las reglas para la aplicación del anterior-, se remite claramente a la empresa o grupo de empresas, tanto cuando habla de los beneficios a tener en cuenta, como de la forma de calcular el número de trabajadores.

La correcta integración de estas aparentes contradicciones, lleva a entender que en los supuestos en los que la empresa forme parte de un determinado grupo empresarial habrá de estarse al total de trabajadores y beneficios del grupo de empresas, puesto que así lo impone el legislador al otorgar ese nivel de protagonismo a las consecuencias jurídicas que se derivan de la existencia del grupo empresarial, cuando establece en el apartado 5 la obligación de computar los trabajadores y beneficios de la "empresa o el grupo de empresas", de forma que lo dispuesto en el apartado 4 deberá quedar limitado a los supuestos en los que la empresa no forme parte de ningún grupo empresarial.

Y cuando hablamos del total de trabajadores del grupo, lo decimos tanto para cuantificar el parámetro relativo el número de trabajadores del grupo de empresas al que se refiere la letra d) del apartado 5 de la disposición adicional decimosexta, como el porcentaje de trabajadores despedidos de cincuenta o más años sobre el total de trabajadores despedidos de la letra a) de esa misma norma, en el supuesto, lógicamente, de que se haya dado esa circunstancia respecto a más de una empresa del mismo grupo dentro del periodo temporal de referencia, puesto que en caso contrario - es obvio- solo podrían tenerse en cuenta para establecer este factor, los afectados en la única empresa del grupo que hubiere realizado el despido colectivo.

5.- Avala esa interpretación lo que establece el art. 2 RD 1848/2012 , en la redacción de aplicación al caso, del que pasamos a reseñar lo que interesa en la resolución asunto, destacando en **negrita** lo más relevante a estos efectos:

1...lo dispuesto en el presente Real Decreto será de aplicación a las empresas que realicen despidos colectivos.... que incluyan a trabajadores de cincuenta o más años de edad, siempre que en tales despidos colectivos concurren las siguientes circunstancias: a) Que sean realizados por empresas de más de 100 trabajadores **o por empresas que formen parte de grupos de empresas que empleen a ese número de trabajadores.** b) Que afecten a trabajadores de cincuenta o más años de edad. c) Que, aun concurriendo las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que los justifiquen, **las empresas o el grupo de empresas del que formen parte hubieran tenido beneficios en los dos ejercicios económicos anteriores [...]**

2. A los efectos de este real decreto se considerará como trabajadores de cincuenta o más años a: ...
b) Los trabajadores que tuvieran cumplida dicha edad a la fecha de la extinción de sus contratos **por iniciativa de la empresa o empresas del mismo grupo**, en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador...".

Como bien razona la sentencia de instancia, en ese mismo sentido van estas normas reglamentarias, que aluden conjuntamente a la empresa o al grupo de empresas, a la hora de cuantificar cada uno de los parámetros y variables a tener en cuenta al establecer el tipo aplicable para calcular la aportación económica, de tal manera que cuando la empresa forma parte de un grupo empresarial esa deba ser la unidad de referencia, con la salvedad de la que ya hemos dejado constancia a la hora de considerar la existencia de beneficios en aquellos casos en los que el grupo ofrezca pérdidas pero la empresa se encuentre en beneficios.

QUINTO.- Conforme a lo razonado y de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, el recurso debe ser desestimado, Con imposición de costas a la recurrente, ex. Art. 235.1 LRJS y pérdida del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

desestimar el recurso de casación formulado por Aeronaval de Construcciones e Instalaciones S.A (antes Agrupación de empresas Automatismos y Montajes y Servicios SL), contra la sentencia de la Sala Social del TSJ de Madrid de 20 de julio de 2016 , dictada en el procedimiento 940/2015, seguido a instancia de la recurrente frente a la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal en impugnación de actos administrativos en materia laboral. Confirmar y declarar la firmeza de la sentencia recurrida. Con imposición de costas a la recurrente y pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastian Moralo Gallego hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.