

concurado para la economía, para la superación de los límites cuantitativos generales de la quita o espera de la propuesta de convenio. Ahora el juez del concurso será quien haga esa valoración.

Propuesta de liquidación anticipada

La Reforma introduce la figura de la liquidación anticipada por la que el deudor podrá solicitar al juez durante la fase común del concurso una propuesta anticipada de plan de liquidación de la masa activa, que podrá llevarse a cabo (e incluso pagar a los acreedores con lo que resulte de las operaciones liquidatorias) sin esperar a la conclusión de los incidentes concursales para la impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

Las principales características de la liquidación anticipada son las siguientes: (i) puede ser solicitada por el deudor; (ii) deberá ser necesariamente evaluada por la administración concursal; (iii) el juez decidirá finalmente sobre su aprobación o rechazo (teniendo en cuenta los intereses del concurso); y, (iv) el pago de los acreedores se ajustará a las previsiones del régimen general de la Ley Concursal previsto para el pago de los acreedores.

Revisión en materia de subordinación de créditos

Como principales novedades respecto del régimen de subordinación de créditos, se recogen las siguientes:

(i) Se otorga al juez la posibilidad de subordinar el crédito que surja de un contrato con obligaciones recíprocas, siempre que (previo informe de la administración concursal) entienda que el acreedor obstaculiza reiteradamente el cumplimiento del contrato.

(ii) El crédito afianzado por persona especialmente relacionada con el concursado sólo será subordinado una vez que el fiador en cuestión haya pagado al acreedor y, por tanto, se haya subrogado en su posición frente al concursado.

(iii) El acreedor que devenga sobrevenidamente una persona especialmente relacionada con el deudor por adquisición de una participación en el capital de éste no será subordinada, aunque quedan abiertos algunos supuestos en una casuística generalmente muy compleja.

Otras modificaciones

Por último, el RDL 3/2009 se centra en la modificación de algunos aspectos del procedimiento judicial de insolvencia con el fin de abaratarlo y hacer-

lo más simple y rápido. En concreto, se modifican los siguientes aspectos:

(i) La suspensión con carácter general del trámite de vista en los *incidentes concursales*. Conforme a lo previsto en la Reforma, sólo se celebrará vista si las partes expresamente lo solicitan previa declaración de pertinencia por parte del juez mercantil de los medios de prueba anunciados.

(ii) Se implanta un nuevo *régimen de publicidad* del anuncio de apertura del procedimiento concursal. En este sentido, se establece la inserción gratuita de los edictos de la declaración concursal en el Boletín Oficial del Estado, así como la creación de un nuevo Registro Público Concursal (de acceso gratuito a través de Internet) para las demás resoluciones publicables por medio de edictos.

(iii) Se modifica el *sistema de retribución* de los administradores concursales (i) limitando su retribución; y (ii) se crea un mecanismo para asegurar que puedan percibir unos honorarios mínimos (mediante la creación de un fondo común) cuando las empresas no tengan activo suficiente.

(iv) Se amplían los supuestos en que procede un *procedimiento concursal abreviado*, lo que supone la reducción de todos los plazos procesales a la mitad, así como el nombramiento de una administración concursal unipersonal.

ALBERTO NÚÑEZ-LAGOS Y ÁNGEL ALONSO (*)

TRATAMIENTO FISCAL DE LAS INDEMNIZACIONES ABONADAS POR EXTINCIONES DE CONTRATOS DE TRABAJO EN EL MARCO DE EXPEDIENTES DE REGULACIÓN DE EMPLEO

El número de extinciones de contratos de trabajo producidas en el marco de expedientes de regulación de empleo («ERE») se ha incrementado de forma muy significativa en los últimos tiempos. Uno de los temas más controvertidos que en este con-

(*) Abogados del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).

texto se plantea es, probablemente, el relativo al tratamiento fiscal de las indemnizaciones abonadas a los trabajadores afectados.

El tratamiento fiscal en el IRPF de las indemnizaciones por despido o cese del trabajador pivota sobre dos beneficios tributarios: la exención establecida en el artículo 7.e) de la vigente Ley del IRPF y la posibilidad de aplicar la reducción del 40% establecida para las rentas del trabajo irregulares en su artículo 18.2.

La exención del artículo 7.e) de la Ley del IRPF

El artículo 7.e) de la Ley del IRPF establece la exención de *«las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato»*.

— Derecho a la exención

Del precepto transcrito se deduce que el artículo 7.e) de la Ley del IRPF sólo resulta aplicable a supuestos de extinción no voluntaria de la relación laboral. El propio artículo 7.e) de la Ley del IRPF excluye de la exención, en su inciso final, las indemnizaciones pactadas en *«las extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas»*, y este principio ha sido recogido de forma reiterada por nuestros tribunales, que han negado la posibilidad de aplicar la exención en acuerdos de prejubilación —entre las más recientes vid. sentencias números 234/2008, de 28 de abril y 242/2008, de 29 de abril, del TSJ de Extremadura (NFJ030768 y NFJ030103, respectivamente), y nº 775/2008, de 16 de abril, del TSJ de Madrid (NFJ031201)—.

Se plantea, entonces, la cuestión de si las extinciones de contratos de trabajo en el marco de EREs en los que se acuerda la prejubilación de los trabajadores afectados deben o no tratarse como bajas incentivadas y quedar excluidos de la exención. La Sentencia de 8 de julio de 1999 del TSJ de Madrid (NFJ008721) entendía que la extinción debía ser calificada como cese no voluntario del contrato de trabajo, que primaba el carácter forzoso del cese y que, por ello, procedía aplicar la exención. Por el contrario, sentencias más recientes han negado la aplicación de la exención a las cantidades abonadas en prejubilaciones que tienen lugar en el marco de EREs por entender que se trata de extinciones volun-

tarias. Así, las sentencias 353/2006, de 5 de abril, del TSJ de Cataluña (NFJ024377), o 960/2005, de 14 de septiembre, del TSJ de Madrid (NFJ021273) o 270/2004 del TSJ de Navarra, de 12 de marzo (NFJ017822). Se entiende en estas sentencias que *«no puede (...) considerarse la falta de voluntariedad por parte del trabajador pues es éste el que se adhiere al expediente de regulación de empleo»* y que *«siempre se ha dotado de un carácter de voluntariedad la asunción o no de las medidas propuestas, de forma que nada hubiera impedido en abstracto que los diversos empleados hubieran continuado en la relación laboral, no siendo la extinción de la relación laboral una consecuencia ineludible»*. Planteada en estos términos la controversia, la predominancia del carácter forzoso o voluntario del cese cuando se trate de prejubilaciones en el marco de EREs será una cuestión de hecho que habrá de ser determinada caso a caso.

Prueba de que la exención no pueda en estos casos ser excluida *a priori*, se encuentra en que la Dirección General de Tributos («DGT») admite su aplicación en indemnizaciones que corresponden a prejubilaciones acordadas en el marco de EREs y que se instrumentan mediante seguro colectivo. Afirma la DGT (consultas V0117/09, V1067/08, V2626/07, V2374/07, V1647/07 o V1367/07, por citar algunas de las más recientes) que las rentas cobradas del contrato de seguro están exentas hasta que el importe total percibido sea igual a la cuantía determinada por aplicación del artículo 7.e) de la Ley del IRPF.

— Cuantía de la exención

Por tanto, cuando predomina el carácter forzoso del cese, la indemnización pagada quedará exenta de tributación. Y deberá entonces tenerse en cuenta que, para determinar el importe de esta exención, el artículo 7.e) de la Ley del IRPF se remite a las cuantías que, de acuerdo con la normativa laboral aplicable, deban obligatoriamente ser satisfechas por el empresario al trabajador.

Sin embargo, la cuantía que establece como obligatoria y mínima el Estatuto de los Trabajadores dependerá del tipo de despido. Así, en un despido individual de carácter disciplinario (artículo 54 del ET), no habrá lugar a indemnización alguna, mientras que si se trata de un despido individual por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículo 52.c) del ET), la indemnización será de 20 días de salario por año de servicio con el límite de 12 mensualidades. En ambos casos, si no se cumplen los requisitos previstos en el ET para que la empresa pueda legítimamente acreditar que existe una causa legal para justificar la extinción del

contrato de trabajo, el despido será improcedente y la indemnización será equivalente a 45 días de salario por año de servicio con el límite de 42 mensualidades.

Cuando se trata de un despido colectivo (esto es, un despido que afecte al menos a diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; al 10 por 100 del total de la plantilla, en aquellas que ocupen entre cien y trescientos; o al menos treinta, en empresas que ocupen trescientos o más) es necesario iniciar un ERE en el que la indemnización legal prevista en el ET es equivalente a 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades.

Se ha planteado, en ocasiones, si este diferente tratamiento fiscal puede estar justificado desde los principios de capacidad económica en su vertiente de igualdad en la imposición. Hasta el momento, las veces que nuestros tribunales de justicia se han pronunciado sobre la cuestión no han apreciado lesión del principio de igualdad. Vid. en este sentido, STSJ C. Valenciana n° 745/2003, de 30 mayo —JT 2003-1531—; SSTSJ País Vasco números 399/2000 de 11 julio —JT 2000-1163— y 380/2000 de 4 julio —JT 2000-1162—; STSJ Madrid n° 864/2000 de 7 junio —JT 2000-1775—, y STSJ Aragón n° 427/1998 de 17 septiembre —JT 1998-1406—. En esta misma línea, además, se incardinan las recientes sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2008 —RJ 2008/7243—, 18 de marzo de 2008 —RJ 2008/2343—, 11 de mayo de 2007 —RJ 2007/5839—, y 2 de marzo de 2009, en las que se niega que exista infracción del principio de igualdad cuando trabajadores afectados por un ERE solicitan, en ejercicio del derecho de petición, que sus indemnizaciones reciban el mismo tratamiento fiscal que las indemnizaciones por despido improcedente. Se entiende en estas sentencias que los recurrentes *«pidieron al Ministerio de Hacienda el reconocimiento de un derecho que la ley no contempla. Mejor dicho, solicitaron que orillara lo dispuesto expresamente por ella, en razón del principio de igualdad (...) Por tanto su pretensión no tiene otro apoyo que su interpretación del artículo 14 (CE) y del supuesto de hecho en que se encuentran, y que se enfrenta con la explícita regulación legal»*.

Hay que plantearse, no obstante, si existen razones de política legislativa a favor de la equiparación de las indemnizaciones por despido en uno y otro caso. Y para ello, habrá que detenerse en las razones por las que el legislador laboral estableció esas diferen-

tes cuantías y si tiene sentido la remisión sin más por la legislación fiscal a las normas del Derecho laboral.

Pues bien, desde el punto de vista del Derecho del trabajo, la *ratio iuris* de estas diferentes cuantías se antoja bastante obvia: no mediando culpa del trabajador en la extinción contractual, el importe de la indemnización se reduce cuando la causa justificadora del despido va ligada a unas circunstancias económicas en las que es probable que la empresa no pueda soportar costes excesivos.

Sin embargo, esta *ratio* se ve con frecuencia frustrada precisamente en casos de despidos colectivos realizados en el marco de EREs. Y ello porque en estos despidos suele ser determinante (si bien no estrictamente imprescindible) contar con el acuerdo de los representantes de los trabajadores, quienes con frecuencia plantean durante la negociación el abono de una indemnización superior a la legalmente prevista. Con ello, el diferente tratamiento fiscal suele incrementar el coste de la indemnización, dado que no es infrecuente que las negociaciones sobre las indemnizaciones a pagar se planteen en términos netos y no brutos.

Como resultado, una norma que parecía destinada a reducir el coste derivado de reestructuraciones de plantilla para las empresas en dificultades se convierte, por mor de su tratamiento fiscal, en causa de un mayor coste empresarial. Por ello, sería muy razonable que se acogieran las iniciativas de igualar el tratamiento fiscal de las indemnizaciones abonadas en los EREs al de las indemnizaciones por despido improcedente, como así ocurre en la normativa fiscal foral de Navarra y País Vasco.

El grupo parlamentario de Convergencia i Unió (CiU) propuso la equiparación del tratamiento fiscal de las indemnizaciones abonadas en EREs al de las indemnizaciones por despido improcedente a través de una enmienda al Proyecto de Ley por la que se regulan las Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario. Al tiempo en el que se escriben estas líneas, dicha enmienda no ha sido aprobada por la Comisión de Economía y Hacienda del Congreso, habiendo sido remitido el Proyecto de Ley al Senado.

Mientras tanto, y hasta que no se produzca la equiparación legislativa mencionada, el importe exento de las cantidades abonadas como indemnizaciones por despido en el marco de EREs se limitará a 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades. Y queda por dilucidar si al exceso abonado sobre la indemnización legal puede o no serle de aplicación la reducción del 40%.

La reducción del 40% establecida en el artículo 18.2 de la Ley del IRPF

La Ley del IRPF considera que los rendimientos del trabajo son irregulares y les otorga un tratamiento fiscal privilegiado (una reducción del 40%) en dos supuestos: (i) cuando están incluidos en la relación del artículo 11 del Reglamento del IRPF, en los que la renta se considera obtenida de forma notoriamente irregular en el tiempo, y (ii) cuando cumplen los dos siguientes requisitos: (a) período de generación superior a dos años y (b) obtención no periódica ni recurrente. Para este último caso, la norma también señala que el cómputo del período de generación, en caso de que los rendimientos se cobren de forma fraccionada, deberá tener en cuenta el número de años de fraccionamiento, de forma que la reducción del 40% sólo se aplicará si el cociente de dividir el período de generación entre el número de años de fraccionamiento es superior a dos.

Entre la relación de casos previstos en el supuesto (i) se encuentran las indemnizaciones por la resolución de mutuo acuerdo de la relación laboral, pero no así las indemnizaciones pagadas en otros supuestos de extinción del contrato de trabajo (p. ej., despido disciplinario declarado improcedente, despido por causas objetivas, EREs) que se consideran irregulares cuando se cumplen los requisitos para su inclusión en el supuesto (ii) anterior; esto es, cuando su período de generación haya sido superior a dos años y su obtención no haya sido periódica o recurrente.

Es evidente que el requisito de obtención no periódica o recurrente se cumple con claridad en los casos de indemnizaciones pagadas por extinción de la relación laboral. Las dudas se han suscitado en relación con el otro requisito: sobre el «período de generación» de esa renta.

En este sentido, el «período de generación» de los rendimientos de trabajo en general puede interpretarse como (i) el tiempo transcurrido desde que se reconoció al trabajador el derecho a percibir esa renta hasta el momento en que efectivamente la percibe, o como (ii) el período durante el cual se han venido *prestando los servicios* que la renta trata de remunerar o compensar.

El Tribunal Supremo ha dado prioridad al primero de esos criterios de interpretación en dos sentencias en las que analizaba el régimen fiscal de ciertas indemnizaciones pagadas en el contexto de EREs. En ellas, consideró que, dado que el derecho a percibir la indemnización surgía *ex novo* en los supues-

tos analizados, no podía inferirse que dicho derecho se hubiera generado durante un período de tiempo. Este criterio ha sido también mantenido por la DGT, que, en algunas consultas, ha condicionado el tratamiento de renta irregular al hecho de que la renta derive de un acuerdo alcanzado con el empleado con más de dos años de antelación a la fecha de su percepción, de forma que, en defecto de dicho acuerdo previo, entiende que el derecho al exceso de indemnización nace «*ex novo*» y no puede beneficiarse de la reducción por irregularidad (entre otras, consultas vinculantes V104-08, V2411-07 y V0062-05).

La cuestión no es totalmente pacífica, porque otras consultas de la DGT (p. ej., consulta vinculante V1467-06), e incluso alguna sentencia de la Audiencia Nacional —de 13 mayo 2008— y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid —sentencias números 1239/2007, de 20 julio (JT 2007\1421) y 946/2007, de 5 de junio (NFJ026809)—, aplican el otro criterio y entienden que el período de generación de una renta es el tiempo de prestación de servicios que remunera o cuya terminación trata de compensar.

En el caso de indemnizaciones pagadas en EREs, cuando se trata de trabajadores que acceden a esquemas de prejubilación que se instrumentan a través de seguro colectivo, tanto el Tribunal Supremo como la DGT han llegado a la misma conclusión: no procede la reducción, si bien por razones, como veremos, distintas.

El Tribunal Supremo en sus sentencias de 10 de mayo de 2006 (RJ 2006\6327) y 16 de julio de 2008 (JUR/2008/249808) señaló que la reducción del 40% no es de aplicación «a los rendimientos percibidos como complementos de prestaciones públicas derivados de prejubilaciones de expedientes de regulación de empleo» que eran «satisfechos mensualmente por una compañía aseguradora y según la póliza de Seguro Colectivo concertada para tales casos». Y el argumento que daba para ello era doble: entendía, por un lado, que no existía período de generación «pues el nacimiento del derecho no va unido a la duración de la vida activa del trabajador y que se extingue en la situación que se contempla», sino que «el nacimiento del derecho, sin ningún período temporal de generación, se produce con la aprobación del ERE por la Autoridad Laboral y conforme a la legislación laboral aplicable». Y entendía también, por otro lado, que, dado que las indemnizaciones entregadas a los trabajadores eran «en forma de renta mensual», su obtención debía calificarse de absolutamente periódica o recurrente.

La DGT, como se ha dicho, llega en estos casos (trabajadores que en el marco de un ERF acceden a esquemas de prejubilación que se instrumentan a través de seguro colectivo) a la misma conclusión que el Tribunal Supremo (i. e., inaplicabilidad de la reducción), pero sigue un razonamiento distinto. Entiende la DGT que el importe de la indemnización que exceda del límite exento en aplicación del artículo 7.e) de la Ley del IRPF, está sujeto a tributación bajo el régimen establecido para las prestaciones percibidas por los beneficiarios de seguros colectivos. Con la Ley del IRPF actualmente vigente, este régimen establece la tributación como rendimiento de trabajo de las prestaciones percibidas en la parte que exceda de las contribuciones imputadas fiscalmente al trabajador y de las aportaciones realizadas por éste, y no permite la aplicación de coeficientes de reducción con independencia de que las prestaciones se reciban en forma de renta o de capital.

Pero las indemnizaciones son pagadas directamente por la empresa o por un tercero, en otros casos cuando no se trata de jubilaciones o cuando el razonamiento y la conclusión de la DGT ya no son los mismos. Así, afirma la DGT (consultas V0117/2009, V1641/08, V2073/07, V1736/07, V1647/07, V1401/07, entre las más recientes) que puede aplicarse la reducción del 40% sobre las cuantías que excedan la indemnización exenta *siempre que el número de años de prestación de servicios en la empresa, computados de fecha a fecha, dividido entre el número de períodos impositivos en que se perciben los rendimientos sea superior a dos*.

Esto es, el criterio utilizado por la DGT para interpretar qué debe entenderse por período de generación ya no mira al tiempo transcurrido desde el momento en que se reconoció al trabajador el derecho a esa indemnización, sino al período durante el cual existió la relación laboral cuya extinción se pretende compensar.

Parece que existen buenos argumentos para defender en este caso la preferencia de este criterio interpretativo sobre el otro. En primer lugar, porque en estos casos la indemnización se determina en función del período de tiempo durante el que se ha prolongado la relación laboral, a diferencia de lo que ocurría con la indemnización pagada en los casos de prejubilaciones, en los que el cómputo de la indemnización se determina en función del tiempo que resta hasta la edad de jubilación. Pero, además, es que si lo que el legislador laboral pretendía era suavizar el coste de las reestructuracio-

nes económicas que exigen un redimensionamiento de la plantilla, no tiene sentido que, como consecuencia del tratamiento fiscal dispensado a dicha renta, normas promulgadas para favorecer a la empresa terminen en un resultado opuesto a su finalidad.

En cualquier caso, como se ha apuntado, el carácter irregular del importe de la indemnización que exceda de la cuantía legal ha sido reiteradamente admitido por la DGT en numerosas y recientes consultas vinculantes. Esto significa, a tenor del artículo 89 de la Ley General Tributaria, que los órganos de la Administración tributaria encargados de la aplicación de los tributos deberán admitir la aplicación de la reducción del 40% a cualquier obligado tributario que se encuentre en la misma situación que los referidos en la consulta, mientras no exista un pronunciamiento judicial en contrario.

GLORIA MARÍN BENÍTEZ Y LUIS AGUILAR ROMERA (*)

RESPONSABILIDADES Y RIESGOS POR LA PUESTA EN CIRCULACIÓN DE UN PRODUCTO

No es en absoluto extraño que en nuestra vida cotidiana identifiquemos como defectuoso un producto que no funciona o que presenta problemas en relación con las condiciones inicialmente acordadas. Ahora bien, la identificación de un producto como *defectuoso* no es del todo correcta desde un punto de vista estrictamente jurídico.

En el ordenamiento jurídico español, la puesta en circulación de un producto puede generar tres tipos de problemas respecto de los consumidores y usuarios, y, en consecuencia, tres tipos de responsabilidades:

- (i) En primer lugar, que no sea idóneo o eficaz, o que, según se ha indicado, presente divergencias con las condiciones pactadas al momento de su adquisición. Es lo que se conoce como *responsabilidad por falta de conformidad del producto*.
- (ii) En segundo lugar, que no ofrezca la seguridad que de él se espera y genere daños económicos, ya sean corporales o materiales. Este tipo

(*) Abogados del Área de Derecho Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid).