

N. 42353
R. 40934

CEGERS '94

**EL RIESGO HUMANO Y
LA GERENCIA DE RIESGOS**

MADRID, 7 Y 8 DE MARZO DE 1994

**PERSONAL OBJETO DE REGULARIZACION
Y/O ACOMODACION DE PLANTILLAS:
EXPOSICION DE PROBLEMAS
* BAJAS INCENTIVADAS**

**Por: D. Antonio Méndez Baiges
Vicepresidente de la ASOCIACION DE JURISTAS
ESPECIALIZADOS EN PREVISION SOCIAL**

Antonio Méndez Baiges
ABOGADO

Carranza, 21, 1.ª derecha
Tels. 445 95 72 - 445 87 01
Fax. 593 37 02
28004 Madrid.

**FISCALIDAD DE LOS PLANES DE
PREJUBILACION Y JUBILACION ANTICIPADA**

Madrid, Febrero 1994.

ANTONIO MENDEZ BAIGES
Bufete de Abogados y Actuarios
Vicepresidente de A.J.E.P.S.
Letrado asesor de OCOPEN

I. INTRODUCCION.

La fiscalidad que afecta a los planes de prejubilaciones y jubilaciones anticipadas acordados en el seno de las Empresas es susceptible de ser analizada desde una triple óptica:

- Planteamiento general del tratamiento fiscal del empresario que soporta el coste de las prejubilaciones y jubilaciones anticipadas.
- Planteamiento general del tratamiento fiscal de los trabajadores afectados.
- Incidencia sobre dichos tratamientos fiscales del medio de instrumentación de las prejubilaciones y jubilaciones anticipadas.

La normativa vigente sobre la materia es harto abigarrada y a menudo confusa o vacilante, así como los criterios de la administración tributaria, de la doctrina y de la jurisprudencia. Se trata, por tanto, siguiendo el modelo de las reflexiones de otros expertos en la materia, de intentar clarificar y resumir las líneas más generales sobre la cuestión, dejando espacio abierto a la polémica y el debate.

II. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TRATAMIENTO FISCAL PARA EL EMPRESARIO.

El coste de las rentas de prejubilación o jubilación anticipada comprometidas por el empresario para complementar las prestaciones del sistema público (es decir, las prestaciones por desempleo, tanto del nivel contributivo como del nivel asistencial, y/o las pensiones de jubilación de la Seguridad Social, respectivamente) constituirá normalmente gasto deducible, de uno u otro modo, en el Impuesto sobre Sociedades de dicho empresario, dentro del concepto de "Gastos de Personal" (artículos 104 a 108 de vigente Reglamento del Impuesto).

Dado que las que se ven normalmente inmersas en procesos de esta índole son Empresas de tamaño mediano o grande, es menos probable que se encuentren en esta situación los empresarios individuales sometidos a tributación por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Si, aún así, se diera el caso, normalmente se tratará de Empresas de mayor tamaño, por lo cual los titulares de las mismas se hallarán por lo regular sometidos al régimen de estimación directa de los rendimientos de actividades empresariales en el IRPF. Por ello, según lo previsto la vigente Ley del IRPF (artículo 42), se les aplicará con carácter general para la determinación del rendimiento neto de su actividad empresarial las mismas normas del Impuesto sobre Sociedades.

Sin perjuicio de las matizaciones que más adelante se verán al analizar la incidencia del medio de instrumentación sobre el tratamiento fiscal, los pagos efectuados en cada ejercicio para financiar o hacer frente a las prejubilaciones o jubilaciones anticipadas constituirán normalmente, conforme a los principios generales, gasto deducible en dicho ejercicio, por el criterio de imputación de ingresos y gastos según se devengan los unos y producen los otros (artículos 22.1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y 44 de su Reglamento).

Por tanto, si en el ejercicio en que se efectúan los pagos son mayores los gastos deducibles que los ingresos computables, habrá pérdidas,

las cuales serán compensables en los cinco ejercicios siguientes conforme a la normativa del Impuesto sobre Sociedades (artículo 18 de la Ley). En consecuencia, la disminución de la presión fiscal que proporciona el mecanismo de la compensación de pérdidas podrá verse diluida si los pagos se producen durante un lapso de tiempo en el que dichas pérdidas se arrastran a lo largo de varios ejercicios (supuesto habitual, pues las Empresas que proceden a regular una porción importante de su plantilla a través de prejubilaciones y jubilaciones anticipadas lo hacen con frecuencia en el marco de situaciones de crisis, asociadas normalmente a pérdidas sostenidas).

La restricción anterior puede mitigarse o evitarse si los gastos que venimos examinando obtuvieran la consideración de gastos amortizables y, en consecuencia, su cómputo a efectos fiscales pudiera diferirse y distribuirse en varios ejercicios.

En este sentido, pudiera encontrarse base para ello en el artículo 67.1.d) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, que entre los gastos amortizables a efectos fiscales considera incluidos:

"Gastos de modificación de la estructura de la Empresa y los originados por expedientes de crisis debidamente autorizados."

También podría acudir a lo dispuesto en el artículo 69.3 del mismo Reglamento, que asimila a los gastos de primer establecimiento, a fin de admitir fiscalmente su amortización en varios ejercicios, a los siguientes:

"... gastos de modificación de estructura derivados de planes de reconversión industrial debidamente autorizados o de alteraciones tecnológicas significativas del proceso productivo."

Los conceptos de expediente de crisis y plan de reconversión industrial debidamente autorizados remiten a la legislación laboral; los de modificaciones de la estructura de la Empresa y alteraciones significativas del proceso productivo son conceptos jurídicos indeterminados cuya admisión en un caso concreto, especialmente a los ojos de la Administración Tributaria, resulta más imprevisible.

Los gastos que venimos refiriendo deben amortizarse normalmente en un plazo de cinco años (artículo 67.2 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades y, por remisión, artículo 194 de la Ley de Sociedades Anónimas), ampliándose consecuentemente, para cada cuota de amortización distinta de la primera, el plazo de que se dispone para compensar pérdidas.

Como la que venimos examinando se trata de una amortización exclusivamente a efectos fiscales, contablemente el importe de los pagos para financiar o hacer frente a la prejubilaciones y jubilaciones anticipadas constará como gasto del ejercicio en que dichos pagos efectivamente se realicen, mientras que fiscalmente el gasto se repartirá entre varios ejercicios. La disparidad entre el gasto contable y el fiscal se compagina mediante la técnica de efectuar ajustes extracontables en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades en los ejercicios fiscales afectados.

En el supuesto concreto de las prejubilaciones, además de las contribuciones para pago de rentas que complementen las prestaciones de desempleo, tanto del nivel contributivo como del nivel asistencial, no es infrecuente que la Empresa, durante la fase de desempleo subsidiado del trabajador, financie o se haga cargo de unas cotizaciones adicionales para éste a la Seguridad Social a fin de mejorar el nivel de pensión futura al que el trabajador puede aspirar cuando alcance la jubilación. Como normalmente estas cotizaciones se arbitran mediante la suscripción de un Convenio Especial con la Seguridad Social por parte del trabajador prejubilado, lo que se suele acordar es que la Empresa se haga cargo del coste de dichas cotizaciones, actuando por cuenta y en nombre del trabajador.

Este coste será también gasto fiscalmente deducible para la Empresa, por los mismos motivos aducidos al principio de esta sección, constituyendo paralelamente las cantidades abonadas por cuenta y en nombre del trabajador ingreso fiscal para este último. Ello plantea, entre otros, el problema de que el pagador debe efectuar la correspondiente retención a cuenta del IRPF sobre el ingreso del trabajador. Por tanto, para que el trabajador llegue a percibir la

cuantía total de lo que debe ingresar en la Tesorería de la Seguridad Social, habrá de emplearse la técnica del "gross up", es decir, de elevar al íntegro dicha cuantía, si bien ello significa un mayor gasto para el empresario y un mayor ingreso para dicho trabajador a efectos de su declaración anual del IRPF.

Lo anterior puede evitarse si se consigue que el empresario sea el directamente obligado al pago de las cotizaciones. Ello es posible en el marco y con los requisitos establecidos en la reciente Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 29 de junio de 1993, de desarrollo del Real Decreto 825/1993, de 28 de mayo, por el que se determinan las medidas laborales y de Seguridad Social específicas a que se refiere el artículo 6 de la Ley de Industria. En este caso, ya que las cotizaciones se ponen directamente a cargo del empresario, cabe esperar que las mismas constituyan gasto deducible para dicho empresario conforme al artículo 106.a) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades en el concepto de cargas sociales, sin constituir paralelamente ingreso para el empleado, tal como sucede con la parte de cotización a la Seguridad Social a cargo del empresario para los trabajadores en activo.

III. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TRATAMIENTO FISCAL DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS.

Las percepciones derivadas de la prejubilaciones o jubilaciones anticipadas constituyen ingresos para los trabajadores afectados a fin de ser incluídos en la base imponible de su IRPF en el concepto de rendimientos del trabajo.

No obstante lo anterior, en la medida en que las prejubilaciones y jubilaciones anticipadas que venimos examinando son normalmente fruto del despido del trabajador, ya se trate de un despido individual o colectivo, ya sea un despido resuelto mediante conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (SMAC) o mediante decisión judicial, se admite que lo percibido por el trabajador se encuentra exento hasta el límite de las indemnizaciones legales por despido o cese.

La Administración ha distinguido siempre entre el origen colectivo o individual del despido para, por remisión a la legislación laboral, determinar el límite aplicable, distinguiendo así entre la extinción del contrato en el marco de un expediente de regulación de empleo y el despido improcedente individual.

Como es sabido, la indemnización legal que procede en el caso del expediente de regulación de empleo es de veinte días de salario por año de servicio, y prorrate de períodos inferiores, con el límite de doce meses (artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores), y la que procede en el caso de despido improcedente es de cuarenta y cinco días por año de servicio, y prorrate de períodos inferiores, con el límite de cuarenta y dos meses (artículo 56).

Antes de la entrada en vigor de la actual Ley del IRPF (enero de 1992) la Administración, en un primer momento, fijaba el límite fiscal, en los mencionados casos, respectivamente en doce y cuarenta y dos meses. Más adelante, pasó a fijarlo en el mínimo, para cada trabajador, entre veinte días por año y doce meses (expediente de regulación) y entre cuarenta y cinco días por año y cuarenta y dos meses (despido improcedente). Por su parte, los Tribunales acabaron

por imponer el límite único de la cuantía correspondiente al despido improcedente en todo caso, aún cuando hubiera mediado expediente de regulación de empleo.

En la actualidad, se considera que el artículo 9.1.d) de la vigente Ley del IRPF viene a zanjar la cuestión en el sentido de que el límite estará siempre en la indemnización obligatoria que corresponda a cada trabajador según la modalidad de extinción del contrato (expediente de regulación o despido individual), consagrando así legalmente la que fuera la última doctrina administrativa.

En consecuencia, únicamente el exceso de lo percibido por el trabajador afectado por la prejubilación o jubilación anticipada sobre el mencionado límite de indemnización obligatoria se considera rendimiento del trabajo sometido al IRPF, y a su sistema de retenciones, en el ejercicio en que se perciba.

También merece mención expresa la cuestión de la necesidad del carácter forzoso del despido a fin de poder acogerse a la exención contemplada en el citado artículo 9.1.d) de la Ley del IRPF. Hacemos notar que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en sentencia de 6 de junio de 1992, sienta la posiblemente más recta doctrina sobre este particular.

En dicha sentencia se precisa que el derecho a acogerse o no, establecido en ciertos expedientes de regulación de empleo, no impide que quienes se acojan puedan disfrutar de la exención propia de las indemnizaciones de los expedientes de regulación de empleo, sin que pueda argüirse en contra del disfrute de dicha exención la "voluntariedad" de la baja. Admitir lo contrario constituiría un duro golpe a la posibilidad de incentivar bajas en las Empresas.

Dicha sentencia es interesante, asimismo, por encontrar una justificación teórica plausible a la dualidad del tratamiento dispensado a las rentas percibidas como consecuencia de un expediente de regulación de empleo: la exención de la suma de pagos de renta que no exceda del límite de la indemnización legal por cese se justifica, en apariencia, por tener una causa indemnizatoria; el

sometimiento a tributación (y retención) del exceso parece justificardo por tener una causa distinta, de naturaleza asistencial o de previsión.

En cuanto a los despidos individuales, a título de curiosidad debe señalarse, siquiera sea de pasada, que alguna jurisprudencia reciente ha considerado que unas indemnizaciones, concretamente por jubilación anticipada, estaban completamente sujetas al IRPF y a su sistema de retenciones al no existir en el caso examinado despido improcedente judicialmente declarado.

Por último, en cuanto a las posibles prestaciones que puedan acordarse para el caso de fallecimiento del trabajador prejubilado o jubilado anticipadamente, en la Administración parece prevalecer el criterio de que se hallan sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

IV. INCIDENCIA DEL MEDIO DE INSTRUMENTACION.

El medio de instrumentación habitual de los compromisos por prejubilación o jubilación anticipada es la entrega de los valores actuales de las rentas comprometidas por el empresario con los trabajadores que han pasado a dichas situaciones a una Entidad Gestora o Aseguradora.

También puede darse el caso, al menos teóricamente, de que el empresario haga frente a los compromisos directamente, sin aseguramiento, con cargo a una provisión para responsabilidades constituida en el pasivo conforme a la normativa contable.

El caso de no aseguramiento es infrecuente; casi impensable en las prejubilaciones y jubilaciones anticipadas derivadas de expedientes de regulación de empleo acordados con los representantes del personal y homologados por la autoridad laboral. En el caso de que, no obstante, llegara a constituirse, la provisión puede reputarse de provisión para pensiones u obligaciones similares o de provisión para otras contingencias, habida cuenta de la finalidad indemnizatoria que, al menos en parte, tienen los pagos a efectuar con cargo a dicha provisión.

Si se hace hincapié en lo primero, la dotación a la provisión no puede constituir en modo alguno gasto deducible, habida cuenta de lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones respecto de los fondos internos, y únicamente los pagos anuales a los trabajadores afectados constituirá gasto de cada ejercicio en virtud del artículo 106.g) del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades. Si se hace más bien hincapié en el carácter indemnizatorio de los compromisos para los que se constituye la provisión, podría incluso defenderse la deducción de las dotaciones a la misma con apoyo en el artículo 84 del vigente Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, si bien podemos advertir ya que ello iría notablemente en contra de los criterios normalmente mantenidos por la Administración.

Debe señalarse sobre este mismo particular que está en fase de

estudio y elaboración, en el seno de la Administración, un anteproyecto de Ley de Supervisión de los Seguros Privados que, por un lado, pretende pasar a incluir las prestaciones de prejubilación entre las que pueden suministrar los Planes de Pensiones y, por otro, pretende imponer que los compromisos por prestaciones susceptibles de ser suministrados a través de un Plan de Pensiones (lo que incluirá no ya sólo las jubilaciones, anticipadas o no, sino también las citadas prejubilaciones) no puedan instrumentarse a través de fondos internos, sino que obligatoriamente haya que "externalizarse" a seguros de vida o Planes y Fondos de Pensiones. En caso de que este anteproyecto salga adelante y se convierta en Ley con las mencionadas innovaciones, ello pondrá punto y final a la anterior discusión, ya que en modo alguno resultará posible la instrumentación de las prejubilaciones y jubilaciones anticipadas a través de provisiones contables o fondos internos.

En cuanto al medio de instrumentación habitual de las prejubilaciones y jubilaciones anticipadas, es decir, el seguro de rentas, la Administración viene distinguiendo la calificación correspondiente a las situaciones creadas al amparo de expediente de regulación de empleo de las situaciones de despido individual.

En cuanto a las primeras, la Administración considera que nos hallamos ante los denominados sistemas alternativos a Planes y Fondos de Pensiones, siendo la consecuencia básica de esta calificación el que la Empresa puede deducir la prima pagada para la adquisición de las rentas de prejubilación o jubilación anticipada con las siguientes condiciones:

- Que el pago de dicha prima resulte obligatorio (supuesto que normalmente se dará en la práctica, por hallarnos en el marco de un expediente de regulación de empleo acordado con los representantes de los trabajadores y homologado por la autoridad laboral).
- Que la Empresa se desprenda de la titularidad de los recursos destinados al pago de las prestaciones (lo que también se dará, ya que interviene la Compañía de Seguros).

- Que se impute la prima a los trabajadores asegurados en la proporción que a cada uno le corresponda.

La opción entre deducir e imputar vs. no deducir y no imputar parece dar a la Empresa la posibilidad de renunciar a la deducción con tal de evitar la repercusión fiscal inmediata del pago de la prima sobre los trabajadores. Ello podría llegar a resultar incluso asumible en el caso de Empresas con pérdidas continuadas que no tenga serias expectativas de poder compensarlas en el margen de tiempo, ya visto anteriormente, que la Ley proporciona.

En el caso normal de imputación de la prima a los trabajadores afectados, si ésta se lleva a cabo en el mismo ejercicio en que dicha prima se satisface de una sólo vez, la misma constituirá gasto deducible para la Empresa en dicho ejercicio, pero asimismo, en la parte que exceda de los límites de exención de la indemnización por cese, estará sometida a tributación en el IRPF del empleado en el mismo ejercicio.

Para evitar al empleado esta consecuencia de tributar en el ejercicio de adquisición de la renta y no en los ejercicios de percepción de la misma, lo cual podría resultar contrario incluso al principio constitucional de capacidad contributiva, la Administración ha llegado a admitir la posibilidad de que el empresario, si bien paga la prima de una sólo vez, difiera la deducción fiscal de la misma y la acompañe a lo sucesivos cobros de renta por parte de los asegurados, hasta que la suma de dichos cobros alcance el importe de aquélla. Además, admite que no es necesario efectuar ingresos a cuenta del IRPF sobre la prima como rendimiento del trabajo en especie, porque ésta se reputa como contribución a un sistema alternativo a Plan de Pensiones y dichas contribuciones no están sujetas a tales ingresos a cuenta (artículo 53.2 del Reglamento del IRPF). En cuanto al trabajador, comenzará a tributar por la renta percibida en la medida en que la misma exceda del límite de indemnización exenta, como ya se vió, estando dicha renta sujeta a las correspondientes retenciones de los rendimientos del trabajo en el IRPF.

Las anteriores conclusiones de la Administración, aparte de no presentar la deseable coherencia interna completa, pueden ser discutidas de raíz, al menos, si no por lo que se refiere a las jubilaciones anticipadas, sí por lo que se refiere a las prejubilaciones. En efecto, dado que la prejubilación no es hoy por hoy una contingencia que pueda ser cubierta a través de un Plan de Pensiones, difícilmente puede conceptuarse al seguro que cubre dicha prejubilación como sistema alternativo a Planes de Pensiones, de donde se deduce la artificiosidad y posible inoperancia del esquema de tributación "montado" por la Administración que venimos describiendo. Sin embargo, la no admisión de dicho esquema podría llevar a conclusiones más inquietantes aún.

Ejemplo de estas conclusiones inquietantes es el caso de la consideración que, según alguna resolución de la Dirección General de Tributos, tiene para la Administración el supuesto de rentas de prejubilación o jubilación anticipada derivadas, no de un expediente de regulación de empleo, sino de un despido improcedente individual acordado ante el SMAC o decretado por la jurisdicción social, aún cuando las mencionadas rentas estén aseguradas. Este supuesto la Administración no lo reputa de sistema alternativo a Planes de Pensiones, de modo que el empresario debe deducir la totalidad de la prima en el año de su imposición en todo caso, ya que en el IRPF del trabajador ésta, como tal prima de seguro pagada por el empresario para el trabajador, se considera un rendimiento de trabajo en especie que se percibe de una sólo vez y que se halla sometido a ingreso a cuenta. Los pagos anuales de renta derivados de esa prima se tratan como rendimiento del capital mobiliario de cada ejercicio y deben tributar por el sistema de "forfait" previsto en el artículo 37.3.e) de la Ley del IRPF.

Una vez más sorprende que situaciones totalmente idénticas -rentas de prejubilación o jubilación anticipada aseguradas-, por el hecho de que difiera un elemento aparentemente no esencial -naturaleza colectiva o individual del despido-, reciban unas calificaciones y, consiguientemente, unos tratamientos fiscales absolutamente dispares.

Antonio Méndez Baiges
ABOGADO

Ello muestra, una vez más, la gran dosis de incertidumbre e inseguridad jurídica que rodea a toda la cuestión de la fiscalidad de las indemnizaciones por cese o despido, de las pensiones, de los seguros del personal y materias análogas.

EMPRESA EN CRISIS

TECNOLOGICA
FINANCIERA
RECURSOS HUMANOS
GESTION
ETC...

SOLUCIONES

INVERSION
RECONVERSION
REGULACION
ETC...

INCENTIVAR BAJAS /MANTENER CLIMA LABORAL

EXPEDIENTE DE REGULACION DE EMPLEO

* Art. 51º DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

* R. D. 696/1980 DE 14 DE ABRIL

* R. D. 2732/1981 DE 30 DE OCTUBRE

ACUERDO

PERIODO DE DISCUSION Y CONSULTAS

DESACUERDO

ACUERDO

COMUNICACION A LA AUTORIDAD LABORAL

EXTINCION DE LOS CONTRATOS, OIDA LA GESTORA DEL DESEMPLEO

DESACUERDO

SOLICITUD DE LA EXTINCION DE LOS CONTRATOS, APORTANDO
LA DOCUMENTACION NECESARIA

DECISION DE LA AUTORIDAD LABORAL (SILENCIO = DENEGACION)

RECURSO DE ALZADA: RESOLUCION (SILENCIO = AUTORIZACION)

JURISDICCION SOCIAL

CONSECUENCIAS DEL EXPEDIENTE

EXTINCION DE CONTRATOS

*** 20 DIAS POR AÑO DE SERVICIO**

DERECHO A INDEMNIZACION

*** MAXIMO 12 MESES**

DESEMPLEO / JUBILACIONES / AEJAS

ALTERNATIVAS DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS

*** PRESTACION CONTRIBUTIVA**

DESEMPLEO

*** PRESTACION ASISTENCIAL (SUBSIDIO)**

JUBILACION ANTICIPADA

AYUDAS EQUIVALENTES A LA JUBILACION ANTICIPADA

SOLICITUD DE AEJAS

EMPRESAS EN CRISIS (EXPEDIENTE APROBADO)

JUSTIFICACION DE LA SOLICITUD

RELACION DE AFECTADOS: TRABAJADORES CON 60 AÑOS O MAS

CONFORMIDAD INDIVIDUALIZADA

COMPROMISOS DE LA EMPRESA :

REALIZAR SU APORTACION

ANTICIPAR PAGOS RETRASADOS POR SU CULPA

CUANTIA DE LAS AEJAS

*** 75% DE LA REMUNERACION MEDIA DE LOS 6 ULTIMOS MESES**

**MAXIMO: LA PENSION DE JUBILACION DE LA SEGURIDAD SOCIAL
CALCULADA COMO SI TUVIERA 65 AÑOS**

*** ASIMILADO AL ALTA: COTIZACION POR CONTINGENCIAS COMUNES
(MEDIA DE LAS 6 ULTIMAS BASES MENSUALES DE COTIZACION)**

*** REVALORIZACION NO ACUMULATIVA AL I.P.C.**

FINANCIACION Y PAGO DE LAS AEJAS

**FINANCIACION: 60% A CARGO DE LA EMPRESA
40% A CARGO DEL ESTADO**

FRACCIONAMIENTO: HASTA 4 AÑOS SI HAY GARANTIAS

**COMPLEMENTOS ADICIONALES SON A CARGO DE LA EMPRESA
PERO PUEDEN SER ABONADOS POR LA GESTORA**