

La reforma laboral realmente necesaria

Llevamos ya más de dos años palpando las consecuencias de la última reforma laboral del gobierno. Como era de esperar el resultado obtenido ha sido nulo. Desde el gobierno nos explican que se ha conseguido “ralentizar” la destrucción del empleo y desde la oposición y los sindicatos, nos dicen que esta reforma ha sido la causa principal del aumento del paro.

¿Cuál es la realidad?

La realidad es que el empleo no lo destruyen o lo crean las reformas laborales, ni la política del gobierno, sino la situación de la economía, que depende de la iniciativa de la sociedad (la famosa iniciativa privada), del contexto internacional, y de la capacidad de capitalización (muy condicionada por la situación bancaria). No obstante, es cierto que también incide el marco jurídico del país. Incluyendo, como no, la regulación laboral y su secuela: La seguridad o la inseguridad jurídica.

¿En qué consiste la regulación laboral española?

Después del parcheo realizado por el PP y dejando de lado lo accesorio, las características que delimitan el marco jurídico actual en materia laboral son las siguientes:

1. La existencia de los llamados **sindicatos “más representativos”** que reciben fuertes subvenciones públicas. Estos sindicatos viven de espalda a la realidad laboral española integrada por PYMES y

MICROPYMES, puesto que desarrollan toda su actividad en el ámbito de la administración y de las grandes empresas. Con estos coexisten unas **asociaciones patronales** de las mismas características. Ambos resultan una dócil correa de transmisión de los intereses políticos y financieros de los que dependen para su supervivencia.

2. La existencia de una **negociación colectiva** que genera ley imperativa. Esta negociación se realiza entre los sindicatos "más representativos" y las asociaciones patronales, bien a nivel de empresa (las grandes empresas), bien de sectores económicos (convenios sectoriales). Estos convenios sustraen del control de los trabajadores y empresarios en las PYMES y MICROPYMES aspectos tan importantes para la buena marcha del negocio como los sueldos, las excedencias, la productividad o la jornada. Es cierto que tras la reforma laboral existe la posibilidad de descolgarse del convenio colectivo, pero es un mecanismo que en la práctica ha quedado fuera del alcance de las pequeñas y medianas empresas.
3. La existencia de **una ley especial** que ha perdido todo contacto con el tronco civil del que nace. Además, nace viciada en su base, porque pretende proteger al trabajador contra un empresario y una empresa que ya no existen, generando una dinámica de enfrentamiento ajena a la realidad de la economía. Puede resultar adecuada, como mal menor, en empresas de gran tamaño y con una fuerte capitalización (un alto volumen de inmovilizados). En estas empresas se cumple, al menos, el axioma de que el empresario es propietario de los medios de producción y el trabajador (alienado respecto del producto según criterios marxistas) solo aporta un pequeño impulso en las largas cadenas de fabricación. En este contexto existe una justificación para aplicar la discriminación positiva a favor del operario, creando para ello una ley y una jurisdicción especiales. Por el

contrario, en empresas pequeñas (menos de veinticinco trabajadores y cinco millones de euros de facturación) y sobre todo en las de servicios, este axioma no se cumple. El empresario suele ser un “emprendedor” que aporta su crédito y recursos (se arriesga) para sacar adelante un proyecto y que depende de los trabajadores para conseguirlo (el principal medio de producción es el factor humano y este no pertenece al empresario). Se trata de un esfuerzo en **colaboración** que escapa absolutamente del marco laboral clásico. Cada uno de estos trabajadores tiene contacto directo con el producto final y la capacidad para perjudicar o desarrollar de forma efectiva el negocio.

4. La existencia de una **jurisdicción especial** (la social) en cuyo origen profesional se ha primado el acceso directo sobre el ordinario por oposición, produciendo un colectivo judicial fuertemente ideologizado.
5. **El despido es causal**. El contrato laboral es el único del ordenamiento civil que pese a ser indefinido no se puede resolver de forma unilateral por una de las partes. El despido objetivo se indemniza con veinte días por año trabajado, el disciplinario procedente con ninguno y el improcedente con treinta y tres días por año trabajado. El trabajador puede reclamar contra el despido en el plazo de veinte días. Se han eliminado los salarios de tramitación en el caso del despido declarado improcedente, si la empresa opta por la extinción del vínculo, pero se mantienen para el caso de readmisión. Además, sigue existiendo la posibilidad de que el despido sea declarado nulo por vulneración de derechos fundamentales. Para recurrir en suplicación el empresario debe consignar el importe de la condena (que en algunos juzgados consideran que alcanza a la indemnización y a los salarios de tramitación de forma conjunta y no alternativa).
6. Las **condiciones laborales** de los trabajadores están sometidas a los principios de mínimos (no pueden

empeorarse respecto de las legales), de consolidación (las condiciones más favorables se consolidan) y de irrenunciabilidad de derechos. Cualquier **modificación sustancial de las condiciones de trabajo, como el propio despido, tiene que ser causal** y requiere de un procedimiento especial colectivo o individual que se encuentra siempre sometido a control judicial.

Las anteriores son las grandes líneas que definen el ordenamiento en materia laboral. Se trata de un sistema sumamente ineficiente que polariza las relaciones industriales, genera enfrentamientos y conflictividad, afecta de forma arbitraria a la toma de decisiones estratégicas de las empresas y produce riesgos e inseguridad jurídica para los operadores económicos.

Pongamos el caso de una empresa pequeña (una ferretería) con un solo trabajador, que comparte horario con el empresario para atender al público. El trabajador que tiene quince años de antigüedad disfruta de un salario relativamente elevado 2.200 € mensuales porque en la época de bonanza (hasta 2007) se le ha ido actualizando cada año (también el empresario ha disfrutado de unos elevados beneficios a lo largo del mismo periodo).

Con la crisis, el empresario que lleva un año poniendo dinero para cubrir las pérdidas se ve precisado de reducir este salario a 1.500 € mediante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (en realidad necesitaría reducirlo a 1.200 €, pero no puede porque quedaría por debajo del fijado en el convenio colectivo). El trabajador demanda y el juicio se fija para ocho meses después. Durante los meses siguientes el ambiente en la tienda es pésimo y las ventas se resienten. Finalmente (a los tres meses) el empresario decide renunciar a la modificación sustancial y despedir al trabajador por razones disciplinarias. El trabajador demanda contra el despido, pidiendo la nulidad (readmisión obligatoria con salarios de tramitación) por vulneración de derechos

fundamentales (el despido sería una represalia contra el trabajador) o, subsidiariamente la indemnización legal.

El nuevo juicio se señala para seis meses después. El empresario en este tiempo ha contratado a otra persona para que le ayude. Finalmente se celebra el juicio y el juzgado, otros tres meses después, dicta sentencia declarando la nulidad del despido. El empresario para recurrir necesita consignar los salarios de tramitación de nueve meses (19.800 €). Finalmente consigue el dinero e interpone, el recurso de suplicación ante el TSJ. Además, como no quiere readmitir al trabajador porque ya ha contratado a otro, tiene que pagar los salarios y el coste de seguridad social del despido durante todo el tiempo que el juzgado tarde en dictar sentencia. El TSJ tarda 14 meses en dictar una sentencia (el empresario lleva pagados para entonces 41.888 € y ha consignado otros 19.800). La sentencia modifica la de instancia y extingue el vínculo (al menos indirectamente), condenando al empresario a pagar una indemnización de 36.300 €. El empresario, agotados todos sus recursos (llevamos ya 97.988 € de cargas económicas), no es capaz de hacer frente a la indemnización. El trabajador (al que había que defender a toda costa porque era la parte débil) inicia la ejecución, obligando al empresario a cerrar la tienda y mal vender el local comercial (los ahorros de toda su vida) para pagar al trabajador.

¿Es frecuente este caso?

Según las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de un total de 12,26 millones de trabajadores 2,63 millones trabajan en empresas con entre uno y nueve trabajadores y otros 2,44 millones lo hacen en empresas con entre 10 y 50. Supone un total de más del 41 % del empleo total del país. Más del 41 % de empresas y trabajadores que soportan un marco legal que no está pensado para ellos y que ha sido negociado por sindicatos, patronales y políticos,

pensando solo en la administración y en las grandes empresas (e incluso en el mero interés personal).

¿Cuál es entonces la reforma laboral realmente necesaria?

La reforma laboral pendiente, en opinión de todos los expertos, es doble. Por una parte habría que generar un régimen especial para las empresas que, **por ejemplo**, cumplan los siguientes tres requisitos: 1) Tener menos de 25 trabajadores 2) Tener menos de cinco millones de facturación y 3) Tener un activo inmovilizado neto operativo (sin contar las inversiones no operativas) de menos de 300.000.

Estas empresas:

1. Quedarían exentas de la negociación colectiva y podrían establecer sus propias condiciones laborales sin empeorar, eso sí, las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y en el resto de la normativa de referencia (pe. La relativa al salario mínimo interprofesional)
2. La modificación sustancial de condiciones de trabajo dejarían de requerir una causa objetiva y se podrían aplicar libremente con un preaviso de tres mensualidades. Si el trabajador optara por la renuncia indemnizada (20 días por año con un límite de 9 mensualidades) se aplicaría el mismo mecanismo que para los despidos.

Independientemente de lo anterior y con alcance para las empresas de cualquier tamaño, habría que reformar el ET de manera que los despidos dejaran de ser causales y se pudiera despedir libremente con un preaviso de, por ejemplo, tres mensualidades (compensable económicamente) y una indemnización de 20 días por año trabajado, pero con un límite de 24

mensualidades en lugar de 12 (combinando el preaviso y la indemnización no empeoraría las garantías que disfrutaban actualmente los trabajadores). El despido disciplinario tendría efecto inmediato, pero si fuera declarado improcedente se compensaría al trabajador con las tres mensualidades del preaviso omitido y la indemnización de 20 días por año trabajado). El despido sería comunicado al FOGASA por la empresa junto con sus balances y cuentas de resultados de los últimos tres años (la del último con periodificación mensual). **La indemnización le sería directamente exigible por el trabajador al FOGASA** al que podría demandar ante la jurisdicción social en caso de discrepancia. **En el caso de renuncia unilateral del trabajador (con o sin cambio de trabajo) este no perdería la indemnización devengada que se acumularía con la que devengue en la siguiente empresa en la que trabaje.** Si a la vista de los estados contables aportados por la empresa el FOGASA aprecia que el despido ha sido arbitrario podrá repercutirle 5 días por cada año que el trabajador haya permanecido en la empresa.

En caso de desacuerdo entre la empresa y el FOGASA sería competente la jurisdicción laboral. La deuda sería aplazable en los mismo términos que las deudas fiscales. Con este sistema se evitaría: 1) Que las empresas tiendan a precarizar y rotar el empleo para evitar la acumulación de pasivos laborales, 2) Que las empresas decidan no despedir cuando lo necesitan u opten por despedir a trabajadores con menos antigüedad, por simple falta de recursos económicos 3) Que los trabajadores con cierta antigüedad permanezcan a disgusto en una empresa solo para no perder su antigüedad. Además se trasladaría la conflictividad potencial al FOGASA, reduciéndola puesto que se trata de un tercero al que se puede presumir un criterio objetivo y se aportaría seguridad jurídica a la empresa que una vez tomada la decisión de despido y pagado el preaviso, queda exenta del riesgo y ventura de la evolución de los procedimientos judiciales. El sistema se debería implantar de golpe siendo el FOGASA el

responsable directo del pago de las indemnizaciones desde el día siguiente a su entrada en vigor. Con carácter transitorio se podría repercutir a la empresa por parte del FOGASA una parte cada vez menor de la indemnización.

Este sistema, u otro alternativo en la misma línea, sería beneficioso para las empresas y para los trabajadores. A cambio, solo se le puede hacer una objeción que es la de su financiabilidad. Un modelo parecido, pero con capitalización de las indemnizaciones mediante un seguro privado, se ha estudiado actuarialmente en Austria con indemnizaciones de 10 días en el caso de despidos objetivos y 20 para los improcedentes, calculándose que solo requeriría una aportación empresarial del 1,53 % sobre el salario bruto del trabajador.

Lo que se puede garantizar es que a los pocos meses de implantarse esta reforma se podría reciclar más de la mitad de los efectivos actualmente dedicados a la jurisdicción social en toda España, con el correspondiente ahorro de costes. Además, se modificaría la dialéctica de trabajo, reorientándola del conflicto permanente de intereses a la colaboración entre los interesados.

No queremos dar soluciones de salón a problemas que sabemos que son complejos. Solo hemos pretendido demostrar que lo realmente necesario no es una reforma sino un cambio radical de nuestro sistema laboral y que este cambio hay que hacerlo desde un concepto actualizado de lo que son las relaciones laborales.

Alberto Berdión | Socio Director

Deducibilidad del sueldo de los administradores de las sociedades de capital

▪ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Noviembre de 2013

Recientemente se ha producido una Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo que vuelve a poner sobre la mesa el asunto de la deducibilidad del sueldo percibido por los administradores de las sociedades de capital.

Recordemos que la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2008, dictada al amparo de la Ley 61/1978 de 27 de diciembre del Impuesto sobre Sociedades, exigía para que la retribución de los administradores fuera deducible los siguientes requisitos: a) que la retribución estuviera fijada, sin excepción, en los estatutos de la sociedad y b) que el gasto fuera necesario y obligatorio.

Posteriormente, la entrada en vigor de la Ley 43/1995 y después la del vigente Real Decreto Legislativo 4/2004 de 5 de marzo, en la dinámica de aproximar lo más posible la base imponible al resultado contable, deja sin efecto esta sentencia. Esta circunstancia motivó un informe de la Dirección General de Tributos de 12 de marzo de 2009 en el que se decía que «los gastos representativos de las retribuciones satisfechas a los administradores de las sociedades mercantiles tienen la consideración de gasto fiscalmente deducible en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades, de acuerdo con los términos del TRLIS, cuando los estatutos establezcan el carácter remunerado del cargo (se elimina el requisito de necesidad y el de obligatoriedad), aunque no se cumpliera de forma escrupulosa con todos y cada uno de los

requisitos que, para cada tipo de retribución, establece la normativa mercantil».

Por su parte la nueva Sentencia dice que «En el régimen de estimación directa, la base imponible se calculará corrigiendo, mediante la aplicación de los preceptos establecidos en la presente Ley, el resultado contable determinado de acuerdo con las normas previstas en el Código de Comercio, en las demás leyes relativas a dicha determinación y en las disposiciones que se dicten en desarrollo de las citada normas.» Y añade que “entre esas correcciones figura la del artículo 14.1.e) de la Ley fiscal, en la que se establece que no tienen la consideración de gasto deducible los donativos o liberalidades”. Por último, acudiendo a la normativa mercantil, deja establecido que tanto en las SL como en la SA, para que el cargo de administrador sea retribuido debe constar así, expresamente, en los estatutos, y concluye que, “no constando esta disposición estatutaria, la concesión de una retribución al administrador solo puede hacerse con el carácter de una liberalidad y, por tanto, no resultaría deducible”.

Hasta aquí, no hay nada nuevo.

La auténtica novedad que aporta esta Sentencia consiste en extender este criterio restrictivo al sueldo del personal de alta dirección (el que realice funciones que se puedan considerar incluidas dentro de las funciones generales de un administrador) cuando concorra además en ellos el carácter de administradores.

Establece a este respecto la Sentencia que: “ si pasamos a la distinción entre funciones, debe señalarse que la jurisprudencia de la Sala Primera, de lo Civil, de este Tribunal Supremo (representada por las Sentencias recogidas en el Fundamento de Derecho Decimocuarto de la de fecha 13 de noviembre de 2008), ha entendido que sólo es compatible la relación de carácter laboral especial de alta dirección

(gerencia) con la de carácter mercantil del cargo de administrador cuando las funciones que se realizan por razón de la primera son distintas de las que llevan a cabo por razón del último cargo y se trate de una actividad específica diversa; en otro caso, ambas relaciones (la mercantil y la laboral) son incompatibles, debiendo prevalecer la calificación mercantil y sólo podrá percibir remuneraciones por dicha función cuando esté previsto así en los estatutos.”(Sentencias de la Sala Cuarta de 29 de septiembre de 1998, y 22 de diciembre de 1994). Y, **aunque se reconoce que los miembros del Consejo de Administración pueden tener al mismo tiempo una relación laboral con la empresa, ello no es posible cuando se trata de desempeñar al mismo tiempo el cargo de consejero y trabajos conectados con la organización, dirección y gestión de la empresa, como tampoco los de alta dirección,** dado que en tales casos el doble vínculo tiene el único objeto de la suprema gestión y administración de la empresa, es decir, que el cargo de administrador o consejero comprende por sí mismo las funciones propias de la dirección (Sentencia del TS de 26 de diciembre de 2007)».

Por último, se trate de una liberalidad, o de una remuneración, las retribuciones de los administradores quedarán sujetas a una **retención a cuenta del IRPF del 42 %**.

Visto lo anterior, parece evidente que siempre será mejor recoger en los estatutos el carácter remunerado del cargo. Luego, si realmente el administrador cobra por este concepto (o así lo aprecia la Administración) el gasto será deducible. Si, por el contrario, no cobra o cobra por otro concepto diferente, esta disposición estatutaria no desvirtuará estas circunstancias.

No obstante, desde el punto de vista de **Seguridad Social** esta opción tiene implicaciones importantes, pero en sentido inverso. Para administradores que además sean socios con más de 1/3 del capital social de la sociedad y a los que, consiguientemente, les corresponde el régimen de Autónomos

(RETA), la opción no es relevante. En cambio, para administradores que no sean socios mayoritarios de la sociedad y desempeñen el cargo de forma gratuita, la mención estatutaria de que el cargo es retribuido puede suponer un alta obligatoria en el régimen asimilado.

Por lo tanto, para tomar una decisión razonable en este asunto, habría que distinguir entre aquellas sociedades en las que no hay más empleados que los propios administradores o, incluso habiéndolos, existe una prueba clara de que los administradores realizan trabajos laborales ordinarios y aquellas otras en las que esto no sea así, o, al menos, no resulte evidente. En estas segundas, si queremos deducir el salario que perciban los administradores por cualquier concepto (sino es por la administración la AEAT va a entender que se cobra por la dirección con el resultado equivalente), deberíamos prever en los estatutos el carácter remunerado del cargo y someter la retribución a una retención del 42 %. En las primeras (muy frecuentes debido al aumento del autoempleo) la cuestión es más dudosa. Una solución práctica podía ser la de establecer estatutariamente el carácter remunerado del cargo cuando por su situación accionarial los administradores queden encuadrados en el RETA y no hacerlo en el caso contrario que, por cierto, no es el más frecuente.

Alberto Berdión | Socio Director

La leyenda del déficit tarifario

Una de las grandes preocupaciones del Gobierno de Mariano Rajoy es la de poner en orden el sistema eléctrico, que, según

nos cuentan, arrastra un **déficit de tarifa que amenaza con convertirse en un problema de primer nivel para la economía española.**



Este déficit es una deuda reconocida por el Gobierno a las eléctricas contra los consumidores. Ascende a 23.159 millones y este año sumará en torno a 3.600 millones más. Se crea porque los ingresos regulados del sistema eléctrico supuestamente no son suficientes para cubrir los costes asociados a las actividades reguladas. Esto es así desde 2007, cuando los Gobiernos empezaron a utilizar la parte regulada de la factura para moderar las posibles subidas de la luz. El déficit se genera porque el Gobierno no repercute en la tarifa los supuestos costes reales de la electricidad. En otras palabras, porque lo que pagan los consumidores en la factura de la luz es insuficiente para cubrir los costes que alegan tener las compañías eléctricas.

Esta deuda la soportan en sus balances los grupos eléctricos integrados en UNESA: Iberdrola, Endesa, Gas Natural Fenosa, EON y EDP. Desde 2011 la han titulizado en **el FADE**, fondo estatal que la ha ido colocando en el mercado con aval público.

Existe una explicación interesada del lobby eléctrico según la cual los costes que producen este agujero derivan de que los gobiernos han metido en la tarifa conceptos políticos como las primas para incentivar las energías renovables o la protección al carbón nacional. Estas decisiones habría elevado los costes reales y el Gobierno no los habría trasladado a la tarifa para evitar subir el recibo de la luz, que, pese a todo, se ha incrementado en **más de un 60%**, desde 2007.

¿Es esto cierto?

La **tarifa de la luz** se compone de dos partes: el precio de generar energía, que se determina en la subasta eléctrica y el coste de las actividades reguladas, que lo marca el Gobierno. Las actividades reguladas tradicionales son la distribución, el transporte y la operación del sistema, aunque es cierto que en los últimos años se han incluido otras partidas, como las primas a las renovables, los sobrecostes por generar electricidad en las islas o **la amortización de los déficits anteriores**. No obstante, todos estos conceptos por si solos no explican el incremento exponencial del coste que imputan las eléctricas en sus estados contables y cuya no repercusión integra en el recibo ha disparado el déficit que tarde o temprano acabaremos pagando entre todos. Para entender este déficit hay que acudir al otro coste que nos repercuten en las facturas, que es **el de producción de la energía** (50 % de la tarifa total).

¿Cómo se fija el coste de producción de la energía?

La ORDEN ITC/1601/2010, de 11 de junio, por la que se regulan las subastas CESUR (Contratos de energía para el suministro de último recurso) a que se refiere la Orden ITC/1659/2009, de 22 de junio, ambas al amparo de la disposición adicional vigésima del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, a los efectos de la determinación del coste estimado de los contratos mayoristas para el cálculo de la tarifa de último recurso, asigna al Operador del Mercado Ibérico de Energía-Polo Español (OMEL ahora OMIE), directamente o a través de una filial, la organización y gestión de las subastas de adquisiciones de energía eléctrica por parte de las comercializadoras de último recurso (Subastas CESUR). **La próxima subasta se celebrará el 19 de diciembre** y será determinante para el recibo de la luz del primer trimestre de 2014. Este sistema parece garantizar la objetividad de los costes repercutidos (o incorporados al déficit que acabaremos pagando entre todos), que quedan

bendecidos con la pátina del libre mercado.

¿Cuál es su mecanismo?

En primer lugar se fija un precio de salida elevado y se esperan las ofertas de compra, que normalmente son escasas. Al no haberse cubierto toda la oferta se repite el proceso con un precio algo más bajo y así sucesivamente hasta que la demanda iguala a la oferta para cada uno de los bloques subastados. El problema es que la subasta se produce en régimen de oligopolio tanto desde la perspectiva de las comercializadoras de último recurso (compradores) que están integrados por las subsidiarias de las grandes empresas de siempre (UNESA), como desde la perspectiva de los vendedores, que en lo esencial, son estas mismas empresas. Además existe una enorme opacidad en torno a la subasta, que no publica la información sobre las pujas, ni el desglose de los bloques subastados, ni las adjudicaciones intermedias realizadas, ni aporta ninguna información sobre el algoritmo que determina los porcentajes sucesivos de bajada.

Estos datos solo son conocidos por la OMIE en cuyo Consejo de Administración ¡oh sorpresa! Se encuentran representadas todas las mismas grandes eléctricas comentadas.

Para entender esta situación tenemos que acudir a los Consejos de Administración de estas eléctricas en las que en un breve repaso y sin ánimo de ser exhaustivos, nos encontramos, en Iberdrola, al ex ministro del PP Ángel Acebes, en Gas Natural Fenosa, a Don Felipe González Márquez (PSOE), en Endesa España al actual abogado de la infanta Miguel Roca Junyent (Convergencia), y, como asesor externo para Latinoamérica, a Don José María Aznar (PP), en Endesa Chile a Elena Salgado (PSOE), y en ENEL (Endesa Italia) a Pedro Solbes.

Hasta aquí los datos. Y ahora vamos a fabular un poco. Imaginemos un grupo imaginario de empresas en un país también imaginario que debido a su vinculación al poder, a la crisis

económica y a su propia mala gestión, tienen importantes necesidades de financiación. Afortunadamente, se trata de empresas que concurren en un sector regulado donde es el gobierno el que determina el precio que paga el consumidor final. Al principio piensan en subir la tarifa, pero el Gobierno duda porque esto no es popular y hay elecciones constantemente, a los Ayuntamientos, a las CCAA, al Estado, o al Parlamento Europeo.

Además, nadie entendería por qué los ciudadanos de este país imaginario tendrían que pagar la mala administración de unas enormes compañías privadas que pagan sueldos exorbitantes a sus directivos, mientras los demás se aprietan el cinturón. Y alguien tuvo una idea genial. ¿Por qué no hinchar el coste de producción? Luego, si el gobierno puede admitir su incorporación a la factura del consumidor, perfecto y, si no, mejor aún, nos hacemos las víctimas y emitimos una deuda que tarde o temprano pagará el Estado. Pero ¿Cómo convencer a la gente de que efectivamente los costes distribuidos corresponden a los costes de generación del producto? Fácil, piensan en el “Think Tank” de estas grandes compañías. Creamos unas sociedades distribuidoras, montamos una subasta para venderles la producción al precio que nos interese y decimos que ese es el coste de producción. Así nadie podrá decir que el gobierno nos favorece a costa de los consumidores. Y dicho y hecho, el Gobierno legisló lo necesario y en el país imaginario se empezó a hablar de un nuevo engendro que había llegado para quedarse: el deficit tarifario.

Afortunadamente en España no tenemos que preocuparnos porque esto sólo puede ocurrir en un país imaginario ¿O no?

Alberto Berdión | Socio Director

Sobre las multas de tráfico de la Guardia Civil

El Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 de Granada ha condenado a la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil a pagar el complemento de productividad que le negó a un agente por haber rebajado el número de sanciones impuestas a conductores. En esta misma línea un juzgado de Badajoz ha condenado a Tráfico por *“convertir a los agentes en máquinas de denunciar”*. La sentencia ampara la denuncia de un agente del Subsector de Tráfico de la Guardia Civil que recurrió a los tribunales al serle retirado el plus de productividad y que se dio de baja por motivos psicológicos. La sentencia hace hincapié en el hecho de que la actividad del agente en cuestión no había variado en los últimos meses, durante los cuales sí cobró el plus, y en marzo de 2011 se le retiró por haber obtenido un rendimiento inferior a sus compañeros, algo que la juez considera *“una fundamentación jurídica muy genérica”* ya que *“el agente desconocía cuáles de sus actividades habían sido consideradas insuficientes por sus mandos para no cobrar la productividad”*.



Estas sentencias no son más que la punta del iceberg de un fenómeno general que no solo afecta a la Guardia Civil sino a un elevado número de funcionarios con competencias sancionadoras y/o recaudatorias que se están viendo sistemáticamente presionados para incrementar el número y la

cuantía de las exacciones que realizan.

En el caso de la Guardia Civil existen unos documentos que los expertos en la Agrupación General de Tráfico denominan Resumen de Actividades Individuales (RAI) y Resumen de Actividad de Unidades (RAU) que sirven para medir el rendimiento de los agentes. Son estos resúmenes los que determinan su derecho a cobrar el complemento de productividad. En este baremo los auxilios en carreteras valen un punto, y las intervenciones en accidentes 2 puntos, mientras que una denuncia por velocidad les otorga 4, una denuncia por el uso del teléfono móvil 3 o una denuncia por seguro obligatorio 2,5.

Como explica la sentencia de Granada “estos criterios no solo no son objetivos, sino que, por motivos recaudatorios, pueden dar lugar a una actitud inquisitorial o persecutoria contra el ciudadano (...) en la medida en que se otorga mucho más valor a las propuestas de sanción (multas de tráfico) que a otros cometidos de tanta trascendencia como los desempeñados por los integrantes del Sector de Tráfico de la Guardia Civil».

La Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil justificaba la retirada de los 213 euros mensuales del plus de productividad al agente denunciante alegando «dejadez y falta de interés en el desempeño de sus funciones», pero el juez reprocha que se centre específicamente en la no imposición de multas de tráfico.

Este sistema de retribución tiene su fundamento legal en el artículo 30 en relación con el 28 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 en virtud del cual “La valoración de la productividad deberá realizarse en función de circunstancias objetivas relacionadas con el tipo de puesto de trabajo y el desempeño del mismo y, en su caso, con el grado de participación en la consecución de los resultados u objetivos asignados al correspondiente programa”. Teniendo en consideración que los principios y objetivos de la Guardia Civil de Tráfico son los

de *“Auxiliar, impedir con la presencia que se cometan infracciones y denunciar estas cuando no se puedan impedir”*, resulta bastante evidente que la asignación de más puntos por la denuncia de infracciones que por las labores de auxilio en carretera se desvía sensiblemente de lo establecido en la Ley con lo que tanto el RAU como el RAI, resultarían claramente susceptibles de impugnación en vía contencioso administrativa.

Conforme a lo que venimos sosteniendo en este blog, las realidades emergentes como, en este caso, la crisis económica con su secuela presupuestaria y sus necesidades recaudatorias, no pueden justificar la subversión de las normas legales, cuyo respeto es lo único que nos separa de cualquier dictadura bananera. Para recaudar se han establecido los impuestos, las tasas y las contribuciones especiales y no las multas que deben tener una finalidad sancionadora y no recaudatoria. La alteración de este orden no deja de constituir una forma de prevaricación que atenta contra los derechos de los ciudadanos, incluido el derecho a la dignidad profesional del funcionario. Como han manifestados recientemente desde la AUGG (Asociación Unificada de la Guardia Civil) *“Hay determinadas ubicaciones que puedes poner 40 multas, pero sin afectar positivamente a la seguridad vial”*.

Las consecuencias se reflejan, por ejemplo, en el gráfico interanual de denuncias por infracción de la Ley de Seguridad Vial del destacamento de Tráfico de Cádiz, que publica Europa Press, pasándose de las aproximadamente 300 multas de enero de 2011 a las 1.500 de enero de 2013, o el paso de las poco más de 200 multas de octubre de 2010 a las más de 800 de octubre de este año. A nivel nacional es difícil dar una información general porque las estadísticas publicadas por la DGT solo alcanzan a 2007. No obstante, mirando las series históricas por provincias y por Comunidades Autónomas, se aprecia un importante y continuado crecimiento en la cifra más significativa que es la de denuncias por vehículo y año.

Cuando, desde la perspectiva de la audiencia de cualquier

telediario, reflexionamos sobre lo que está fallando en este país se impone siempre, al menos, una respuesta y es que el colectivo político no respeta el marco jurídico, sino que utiliza el estado de derecho para enmascarar y justificar un desenfrenado y sistemático abuso de poder.

¡¡Y ahora viene la Ley de Seguridad Ciudadana!!

ALBERTO BERDIÓN | Socio Director

Los servicios de terceros de confianza en los nuevos adeudos bancarios SEPA

La adaptación de los procedimientos bancarios a los nuevos mecanismos de pago previstos para la SEPA (Single Euro Payments Area) conforme al Reglamento Europeo 260/2012 implica un importante avance en la integración del espacio común europeo.

En lo relativo a los adeudos (los antiguos recibos domiciliados) esta regulación supone la desaparición de estos instrumentos tradicionales que son sustituidos por los **adeudos bancarios directos** que presentan dos variantes. Una modalidad básica (CORE) y otra para uso exclusivo entre empresas, autónomos y profesionales (B2B).

Ambas requieren que el deudor, titular o apoderado en la cuenta de cargo, firme una orden de domiciliación o mandato.

El procedimiento ha sido desarrollado en los cuadernos 19.14 y 19.44 de la Serie de Normas y Procedimientos Bancarios de CECA/AEB y ambos requieren de la emisión del consentimiento

previo (un mandato) por parte del titular de la cuenta de cargo mediante una orden de domiciliación que deberá definir un número de referencia que identifique los futuros cargos. Se aconseja que este mandato se recoja en el formulario normalizado de Orden de Domiciliación de Adeudo Directo SEPA" (Anexo VI). Las reglas establecen que el deudor cumplimentará la orden de domiciliación y se la enviará al acreedor que será responsable de su archivo y custodia. **La orden deberá ser firmada por el deudor** en su calidad de titular de la cuenta o por un autorizado (cualquiera con una firma ya bastanteadada en la cuenta). Los datos relacionados con la orden de domiciliación deberán transmitirse de forma electrónica (si está en papel se transformará a formato electrónico) a la entidad bancaria del acreedor que se la enviará a la del deudor.

No obstante la Ley 16/2009 de 13 de noviembre de Servicios de Pago establece en su artículo 25 que **"Las operaciones de pago se considerarán autorizadas cuando el ordenante haya dado el consentimiento para su ejecución. A falta de tal consentimiento la operación de pago se considerará no autorizada. El ordenante y su proveedor de servicios de pago acordarán la forma en que se dará el consentimiento así como el procedimiento de notificación del mismo.**

Por su parte el Reglamento 260/2012 establece en su artículo 5.3.a) que los proveedores de servicios de pago del beneficiario deberán garantizar **"que el ordenante de su consentimiento** tanto al beneficiario como al proveedor de servicios de pago del ordenante (directa o indirectamente a través del beneficiario), que las órdenes así como toda posible modificación o cancelación posterior, queden en poder del beneficiario o de un tercero por cuenta de este y que el proveedor de servicios de pago informe al beneficiario de esta obligación de conformidad con los artículos 41 y 42 de la Directiva 2001/64/CE".

Teniendo en consideración que los cuadernos CECA/AEB son meras

instrucciones para la ordenación del sector bancario español y que el medio mediante el cual se recoja el consentimiento del deudor no afecta a los procesos de integración de pagos, resulta evidente que el mandato del deudor se podrá recoger mediante la orden de adeudo firmada manual o electrónicamente **o por cualquier otro medio que se acuerde entre las partes**. Esta referencia al acuerdo sobre el medio empleado coincide, además, con el requisito general para prestar el consentimiento en los contratos electrónicos mediante terceros de confianza recogido en el artículo 25 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la información que establece que “1) Las partes podrán pactar que un tercero archive las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos y que consigne la fecha y la hora en que dichas comunicaciones han tenido lugar. La intervención de dichos terceros no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a Derecho para dar fe pública. 2) El tercero deberá archivar en soporte informático las declaraciones que hubieran tenido lugar por vía telemática entre las partes por el tiempo estipulado que, en ningún caso, será inferior a cinco años. “

En conclusión, desde nuestro punto de vista la intervención de terceros de confianza puede ser un medio no solo legalmente válido, sino logísticamente óptimo para ordenar el enorme flujo de estas comunicaciones que va a a a requerir la implantación del SEPA en nuestro país.

ALBERTO BERDIÓN |Socio Director

Análisis: Ley 14/2013 de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

La Ley de Emprendedores ya está aprobada. Tras una tramitación parlamentaria que se ha prolongado durante más de dos meses, el Congreso dio luz verde al texto definitivo la pasada semana. El objetivo de la nueva ley es facilitar la actividad y la creación de las pymes. Para el ministro de Hacienda, Cristóbal Montoro, la Ley de Emprendedores supone «un paso más» para superar la crisis y asegura que ahora España cuenta con nuevas herramientas para favorecer el emprendimiento.

En una primera aproximación pensamos que esta Ley peca, en algunos de sus apartados, de la misma improvisación que hemos denunciado en otras reformas del gobierno. Nos parece innecesario, por ejemplo, crear una figura excepcional como la del “Emprendedor de Responsabilidad Limitada” que resulta casi imposible de encajar en el marco jurídico general. En cambio, nos parece un notable avance que la persona natural se beneficie, como la jurídica, del efecto remisorio de las deudas en el contexto de un procedimiento universal y garantista como debe ser el de concurso de acreedores. En un ámbito más anecdótico, se vuelven a rebautizar “cosas” ya inventadas para darles un aire de novedad. ¿No hubiera sido mejor llamar a esta Ley de “apoyo a micropymes” en lugar de insistir en una palabra tan infantil? A lo mejor lo que ocurre es que se ha querido evitar el uso de una palabra “empresa” que lamentablemente tiene una larga connotación negativa en este país. Pero ¿no hubiera sido mejor usar esta Ley y algunas otras en la misma línea, para hacer algo de pedagogía sobre este asunto. Para trasladar a la opinión pública la evidencia de que son los empresarios los que con su creatividad, riesgo

y esfuerzo, están tirando de la economía. Que no hay nada de malo en apoyar este esfuerzo, limitando su riesgo, agilizando los trámites de creación de los vehículos jurídicos para sus negocios, o atenuando algunos de los costes administrativos con los que se encuentran.

El nombre elegido, por otra parte, puede estar encubriendo otra realidad: Que muchos de los actuales “emprendedores” no tienen auténtica vocación empresarial. Que mucho del emprendimiento tiene su origen en una situación de crisis general que ha producido la desmantelación de una gran parte del tejido productivo de este país. Que muchas empresas están sustituyendo empleo estable por servicios externos para ajustar sus costes e incrementar su flexibilidad y capacidad de adaptación. Teniendo en cuenta que esta situación se revertirá cuando cambie la situación económica, hay que preguntarse ¿Va la Ley dirigida a este colectivo? ¿Nos encontramos, por consiguiente, ante una modificación temporal o, pese al nombre elegido, esta reforma tiene vocación de continuidad? Ya lo veremos.

Resumimos a continuación las claves de la Ley.

1. **Responsabilidad limitada para el emprendedor:** El emprendedor, persona física, podrá proteger una parte de su patrimonio personal ante las eventuales deudas que pudiera generar su actividad. La vivienda habitual del emprendedor estará protegida, pero su valor no deberá superar los 300.000 euros (450.000 euros si es en poblaciones de más de un millón de habitantes). A este objeto la vivienda tendrá que inscribirse en el Registro Mercantil, señalando que es el inmueble que se pretende desvincular de las obligaciones derivadas de la actividad empresarial. Tanto en el Registro Mercantil como en toda la documentación del autónomo deberá constar la condición de Emprendedor de Responsabilidad Limitada mediante la incorporación a su nombre, apellidos y datos de identificación fiscal de las siglas

“ERL”. La circunstancia deberá constar, asimismo, en la hoja de inmatriculación de la vivienda en el Registro de la Propiedad. El Emprendedor de Responsabilidad Limitada deberá depositar cuentas anuales en el Registro Mercantil y transcurridos siete meses desde el cierre del ejercicio fiscal (la Ley habla de ejercicio social por una errata puesto que no se trata de una sociedad) perderá la limitación de la responsabilidad, recuperándola en el momento de la presentación extemporánea. En nuestra opinión se trata de una chapuza. Al crearse una nueva institución jurídica segregándola del marco regulatorio general se generan infinitas incertidumbres. Por ejemplo, se dice que la limitación de responsabilidad no es oponible cuando se produzca fraude o negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones con terceros siempre que así constare acreditado por sentencia firme o en concurso declarado culpable. Esta previsión resultará inoperante porque normalmente la deuda será declarada por una sentencia del Juzgado que por lógica procesal no alcanzará a determinar el dolo o el fraude mercantil.

2. **Sociedad limitada con capital inferior al mínimo legal:** Se permite una especie de constitución sucesiva en el caso e SRL que en la práctica implica que estas no tendrán que tener el capital mínimo de 3.000 euros para empezar a operar. Teniendo en cuenta que esta situación no es transitoria por naturaleza, como en el caso correlativo de las SA, se perfila como un nuevo subtipo societario que se constituye sin capital mínimo y cuyo régimen jurídico es idéntico al de las SRL, excepto por ciertas obligaciones tendentes a garantizar una adecuada protección de terceros.
3. **Se establecen los Puntos de Atención al Emprendedor** que en el fondo no son más que un nuevo nombre para los puntos PAIT de CIRCE en los que **IBERIS LEX SERVICIOS EMPRESARIALES S.L** tiene un largo desempeño, aunque con una significativa ampliación de su objeto.

4. **Mediación concursal y negociación extrajudicial de deudas:** El deudor, cuyo pasivo no exceda de los cinco millones de euros, que se encuentre en situación de insolvencia, puede negociar ante un mediador concursal, nombrado por el registrador mercantil o un notario. El texto incluye la exoneración de deudas residuales del deudor persona física en los casos de liquidación del patrimonio cuando no haya sido declarado culpable de la insolvencia en el concurso. Esto, como anticipábamos, nos parece una novedad de un alcance enorme y va en la línea de una reivindicación ya antigua de este BLOG ([El concurso de acreedores de la persona física ¿una segunda oportunidad?](#))
5. **Apoyos fiscales en los Impuestos sobre la Renta de Personas Físicas y Sociedades**
 - a) **Reinversión de beneficios:** las empresas con un volumen de negocio inferior a diez millones de euros podrán deducirse hasta un 10% de los beneficios obtenidos en el período impositivo que se reinviertan en activos afectos a la actividad económica a partir del 1 de enero de 2013.
 - b) **I+D +i:** Se permite que las deducciones por I+D+i que no puedan aplicarse en un ejercicio puedan recuperarse mediante un sistema único de devoluciones. Se empezará aplicar ya a los gastos e inversiones en I+D realizados en 2013.
 - c) **Reducción de rentas procedentes de determinados activos intangibles:** Las rentas procedentes de los derechos de uso o explotación de patentes, dibujos, modelos, planos, formulas, o procedimientos secretos, de derechos sobre informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales, o científicas, se integrarán en la base imponible en un 40 % de su importe con algunos requisitos.
 - d) **Contratación de discapacitados:** Se establecen deducciones en la cuota por importe de entre 9.000 y 12.000 euros por la contratación de trabajadores discapacitados dependiendo del grado.
 - e) **Exención por reinversión:** Se establece un incentivo fiscal en el IRPF a favor de los *business*

angels, o de las personas interesadas en aportar solo capital para el inicio de una actividad o *capital semilla*, mediante la exención por reinversión en acciones o participaciones de sociedades de nueva creación. **f) Consolidación de los tipos especiales para sociedades de nueva creación:** Estas entidades pasan a tributar en los dos primeros ejercicios de actividad al 15 % los primeros 300.000 euros de la Base Imponible y al 20 % el resto.

6. **IVA de caja (desde el 1 de enero de 2014):** Las sociedades y autónomos cuyo volumen de operaciones no supere los dos millones de euros podrán aplazar el pago del IVA hasta el momento del cobro de la factura sin exceder, en ningún caso, del 31 de diciembre del año siguiente a aquel en el que se haya realizado la operación. Correlativamente tampoco podrán deducir el IVA soportado hasta que concurren estas mismas circunstancias. La opción por este régimen especial deberá realizarse en el plazo que se establezca reglamentariamente. Las empresas que no hayan optado por el criterio de caja, pero reciban facturas de proveedores que lo apliquen, tendrán que deducir el IVA con los mismos condicionantes. Administrativamente hablando la repercusión del IVA se hará en el momento de emitir las facturas, con independencia de la fecha en la que se ingrese. Quedan excluidas de este régimen, entre otras, las operaciones de régimen simplificado, agricultura pesca y ganadería, adquisiciones intracomunitarias, importaciones, y las entregas exentas recogidas en los artículos 20 al 25 de la LIVA. La mecánica de la exclusión resulta poco clara. ¿Afecta solo a las operaciones en sí mismas o al ciclo de valor añadido completo? ¿Se aplica, por ejemplo, el criterio de caja al IVA soportado en las adquisiciones de los bienes exportados? En caso afirmativo, si además de exportar se vende en territorio nacional ¿habrá que aplicar una prorrata de caja? Suponemos que la

aplicación de la reforma motivara un cierto número de consultas y resoluciones interpretativas.

7. **Reducciones a la Seguridad Social aplicables a Autónomos:** Se amplía la llamada tarifa plana establecida por la Ley 11/2013 de 26 de julio para que alcance a los mayores de 30 años.
8. **Apoyo a la refinanciación de los emprendedores:** Se modifica la Ley Concursal en lo referente a los acuerdos de refinanciación y se refuerza el sistema público de avales y garantías públicas.
9. **Contratación pública:** Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.
10. **Fomento a la internacionalización:** Se perfecciona el marco regulatorio de las cédulas de internacionalización y se crean los «bonos de internacionalización», con el fin de añadir mayor flexibilidad a la emisión de títulos que tengan como cobertura préstamos vinculados a la internacionalización. Se incorpora un nuevo régimen de visados y autorizaciones de residencia, por lo que se facilita y agiliza la concesión de permisos de residencia, por razones de interés económico, a través de un procedimiento ágil.

ALBERTO BERDIÓN | Socio Director

¿En qué me afecta la última

reforma hipotecaria del gobierno?

Esta es la pregunta que con mas frecuencia se nos plantea cada vez que se habla de este asunto en el Consejo de ministros o este se debate en el Parlamento y que sin ánimo de resultar exhaustivos trataremos de responder en las siguientes líneas.



En nuestra opinión el efecto fundamental va a ser el de ahondar en la disposición a negociar y renegociar los impagos que se inició con el código de buenas practicas y se ha ido acentuando con las reformas y sentencias sucesivas. Las diferentes medidas adoptadas, aunque insuficientes desde una perspectiva del ejecutado, han deteriorado levemente el terreno de juego por el que transitaban los ejecutantes, permitiendo que la negociación por intereses desemboque con cada vez mayor frecuencia en un acuerdo extrajudicial.

Las novedades fundamentales son las siguientes:

1. **Limitaciones a la libertad contractual:** Serán necesarias al menos tres cuotas impagadas para que la entidad pueda solicitar la ejecución. Esta medida se limita a dar efecto inmediato a la doctrina que ya se había abierto camino respecto del carácter abusivo de la ejecución por impago de una sola cuota. Resulta tímida y no aporta ninguna novedad de fondo. También se han limitado los intereses de mora hasta un máximo de 3 veces el interés legal (todavía por encima de las 2,5 veces que establece la Ley de Crédito al Consumo), se ha impedido su capitalización (su incorporación al principal de la deuda para que generen a su vez nuevos intereses) y se ha pospuesto su pago hasta el final del proceso de

ejecución cuando ya se haya pagado el principal y los intereses ordinarios. Otra medida, derivada en este caso de una sentencia del Tribunal Supremo, es la obligación de que el firmante de una hipoteca sea debidamente informado de los pormenores del contrato. Así, las cláusulas que puedan elevar el riesgo para el hipotecado –como las de suelo, techo o las que ligan los intereses a divisas extranjeras– deberán contar con su firma y un texto manuscrito manifestando su comprensión. Por otra parte, se limitará a 30 años el plazo máximo por el que se concederán préstamos hipotecarios y se permite al firmante aportar su propia tasación en lugar de la del banco

2. **Adjudicación.** Se establece el precio de salida mínimo del inmueble en el 75% del valor de tasación que se le asignó en el momento de conceder la hipoteca, en lugar de recurrir a nuevas tasaciones y, si la subasta quedara desierta, el ejecutante no podrá adjudicarse la vivienda por menos del 70% de del valor de tasación. Esto implica que en el caso de un préstamo del que reste por pagar por principal e intereses un importe inferior al 52,5 % del valor de tasación inicial el banco, si se lo adjudica, que es con mucho el caso mas frecuente, no tendrá nada más que reclamar al deudor (salvo las costas que también se han limitado). Es un paso más en la dirección correcta. Por otra parte, si tras la adjudicación de la vivienda aún quedara importe por pagar y el ejecutado fuera capaz de cubrir el 65% del importe en los cinco años siguientes o el 80% en 10 años, el resto de la deuda le sería condonado. Además la entidad deberá aplicar a rebajar la deuda el 50% de las plusvalías que obtenga si consigue vender el inmueble en los 10 años siguientes a su adjudicación.
3. **Suspensión del desahucio.** Atendiendo, en parte, al criterio asentado por el Tribunal Europeo de Justicia se faculta al juez para suspender cautelarmente un desahucio si el afectado denuncia cláusulas abusivas. Si

la ejecución está motivada por una de estas condiciones abusivas, la Justicia (o el notario en su caso) podrá paralizar el proceso definitivamente mientras que si la cláusula es abusiva pero no desencadenó el desahucio, este continuará sin la aplicación de dicha parte del contrato. Mas que de recoger la doctrina asentada por el TEJ se ha tratado mediante esta medidas, en nuestra opinión, de paliar la posible interpretación mas amplia que de la misma pudieran hacer nuestros juzgados de primera instancia.

Alberto Berdión Osuna | Socio director

Análisis: la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo sobre el sistema español de ejecución hipotecaria

Ya publicamos en este blog un post analizando el **informe de la abogada general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) Julianne Kokott** sobre la incompatibilidad del sistema de ejecución hipotecaria español con la Directiva 93/13/CEE en materia de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores. Ya anticipamos que era práctica habitual del TJUE atenerse a las directrices marcadas en sus informes por los abogados generales y que, consiguientemente, cabía esperar una sentencia contraria a algunos de los artículos de la ley española, como así ha sido.



La explanada con las dos torres.
Fuente: Tribunal de Justicia de la
Unión Europea

La noticia se encuentra ahora en el efecto que esta Sentencia puede producir en el complicado panorama hipotecario español. La Sentencia nos deja un sabor agri dulce. Nos alegra que mediante esta resolución se haya llevado un cierto alivio a muchas familias en situación de extrema y urgente necesidad. No obstante, se trata de un mecanismo limitado, que solo sirve para detener algunas ejecuciones y que solo lo hace de forma provisional. En aquellos casos en los que se ejecute una garantía hipotecaria establecida en un contrato de préstamo que contenga cláusulas abusivas tal y como las define la directiva comunitaria citada y la propia normativa de consumidores española, se podrá detener la ejecución de forma cautelar, entrar a la valoración de estas cláusulas y, en su caso, anularlas. Nada más. Una vez anuladas estas cláusulas, el deudor seguirá debiendo al ejecutante el importe del préstamo (quizás algo menos si se ha anulado la relativa a los

intereses de demora o algo más si la paralización ha sido larga) y seguirá respondiendo de la deuda con la vivienda y con todos sus bienes presentes y futuros.

Por otra parte, hay que plantearse como funcionará esta nueva garantía. Nos encontramos ante una Sentencia que incide en un mecanismo meramente procesal. No se está cuestionando la normativa española de consumo, que sigue siendo la aplicable para determinar si una cláusula resulta o no abusiva. Tampoco se está cuestionando la responsabilidad universal de los deudores afectados (desde luego no aporta nada sobre la tan traída y tan llevada dación en pago). En nuestro país la competencia funcional para determinar el carácter abusivo o no de una cláusula en un contrato de consumo corresponde a los juzgados de lo mercantil. Las ejecuciones hipotecarias, por el contrario, tienen lugar ante los juzgados de primera instancia. Además, en estos procedimientos solo cabe alegar (695 LEC) la extinción de la garantía o la errónea determinación de la cantidad exigible (no desde luego la nulidad de las cláusulas del contrato).

Teniendo en cuenta estos condicionantes, nos preguntamos cómo se va a articular la tutela que se deriva de la Sentencia del TJUE. No parece previsible (ni acorde a derecho) que los juzgados de primera instancia vayan a detener las ejecuciones para entrar a valorar de oficio el carácter abusivo o no de las cláusulas de los contratos, teniendo en cuenta que esta circunstancia no constituye el objeto del procedimiento y que carecen de la jurisdicción necesaria para ello. Por el contrario, sí parece perfectamente posible que cualquier juzgado de lo mercantil en el que se esté entendiendo de la anulabilidad de las cláusulas de un contrato que haya motivado una ejecución hipotecaria, declare la suspensión cautelar de dicho procedimiento y ordene la anotación preventiva correspondiente. También parece razonable que, dotado de este apoyo, el juzgado de primera instancia paralice efectivamente las actuaciones.

En vista de lo anterior, habría que recomendar a todos los ejecutados hipotecarios que ampliaran su defensa mediante la interposición de una demanda ante el juzgado de lo mercantil, alegando, en su caso, el carácter nulo de las cláusulas del contrato de préstamo, y pidiendo la suspensión del procedimiento como medida cautelar. Insistimos en que esto no soluciona nada. En muchos casos, los ejecutados no dispondrán de los medios económicos necesarios para la ampliación de las acciones procesales de defensa. En otros muchos, la posible nulidad de las cláusulas no tendrá la entidad suficiente para que, finalmente, se solicite la suspensión cautelar. En todos los casos, la declaración de la nulidad solo habrá supuesto algo más de tiempo para el ejecutado. Con menos intereses de demora o incluso teniendo que esperar a que se sumen más cuotas impagadas para recomenzar la ejecución, los deudores seguirán enfrentándose a la pérdida de sus viviendas y a una situación de insolvencia futura permanente.

Las auténticas soluciones tienen que venir, por el contrario, de la mano del legislador, o bien mediante una reforma de la Ley hipotecaria, aumentando aún más el porcentaje de valor de tasación por el que el ejecutante se adjudica el inmueble, o bien mediante una reforma de la Ley Concursal que permita que en los mismos casos en los que no se extiende la responsabilidad a los administradores de las personas jurídicas, las personas físicas dejen de responder con sus bienes futuros, y pasen a hacerlo exclusivamente con los presentes. Se trata de que, de una vez por todas, un error cometido en un momento de sus vidas no margine de forma irreparable a tantos y tantos ciudadanos, mientras los bancos, las grandes constructoras y los políticos (los otros y auténticos responsables de la situación) parecen disfrutar de una “patente de corso” prácticamente ilimitada.

Alberto Berdión Osuna | Socio Director

Medidas de apoyo al emprendedor y estímulo del crecimiento y creación de empleo (III)



El desempleo juvenil en España es un problema estructural, que se ha visto agravado por la crisis, y que presenta graves consecuencias para la situación presente y futura de los jóvenes españoles.

Durante el tercer trimestre de 2012, España registró una tasa de desempleo del 54,1% para los jóvenes menores de 25 años, frente al 23% de la UE-27, según datos de Eurostat.

Si atendemos al desglose de los datos de la Encuesta de población Activa (EPA) para el cuarto trimestre de 2012, la tasa de paro se sitúa en el 74% en el grupo de población compuesto por jóvenes de entre 16 y 19 años, en el 51,7% entre los jóvenes con edades comprendidas entre los 20 y los 24 años, y en el 34,4% entre los jóvenes que tienen entre 25 y 29

años.

Atendidas las anteriores circunstancias resulta evidente que hay que acoger con agrado cualquier conjunto de medidas que como las contenidas en el Real Decreto-ley 4/2013 de 22 de febrero intenten paliar esta situación.

Las novedades fundamentales son las siguientes: ayudas de Seguridad Social y desempleo para jóvenes autónomos, incentivos fiscales para emprendedores y estímulos para la contratación de jóvenes desempleados. Esta semana analizaremos cada uno de ellos. Hoy tratamos el apoyo a la contratación de jóvenes desempleados.

Estímulos para la contratación de jóvenes desempleados

a) **Incentivos a la contratación a tiempo parcial con vinculación formativa:** Las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, que celebren contratos a tiempo parcial con vinculación formativa con jóvenes desempleados menores de treinta años tendrán derecho, durante un máximo de doce meses, a una reducción de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado, del 100 por cien en el caso de que el contrato se suscriba por empresas cuya plantilla sea inferior a 250 personas, o del 75 por ciento, en el supuesto de que la empresa contratante tenga una plantilla igual o superior a esa cifra. Este incentivo podrá ser prorrogado por otros doce meses, siempre que el trabajador continúe compatibilizando el empleo con la formación, o la haya cursado en los seis meses previos a la finalización del período a que se refiere el párrafo anterior.

Los trabajadores deberán cumplir alguno de los siguientes requisitos: a) No tener experiencia laboral o que esta sea inferior a tres meses b) Proceder de otro sector de actividad, en los términos que se determinen reglamentariamente c) Ser

desempleado y estar inscrito ininterrumpidamente en la oficina de empleo al menos doce meses durante los dieciocho anteriores a la contratación. Los trabajadores deberán compatibilizar el empleo con la formación o justificar haberla cursado en los seis meses previos a la celebración del contrato.

La formación, no teniendo que estar vinculada específicamente al puesto de trabajo objeto del contrato, podrá ser: a) Formación acreditable oficial o promovida por los Servicios Públicos de Empleo. b) Formación en idiomas o tecnologías de la información y la comunicación de una duración mínima de 90 horas en cómputo anual. **Para la aplicación de esta medida, el contrato podrá celebrarse por tiempo indefinido o por duración determinada**, de acuerdo con lo establecido en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. **La jornada pactada no podrá ser superior al 50 por cien de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo** comparable. Para poder acogerse a esta medida, las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, deberán no haber adoptado, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, decisiones extintivas improcedentes.

La limitación afectará únicamente a las extinciones producidas con posterioridad a la entrada en vigor de este real decreto-ley, y para la cobertura de aquellos puestos de trabajo del mismo grupo profesional que los afectados por la extinción y para el mismo centro o centros de trabajo. Para la aplicación de los beneficios, la empresa deberá mantener el nivel de empleo alcanzado con el contrato a que se refiere este artículo durante, al menos, un período equivalente a la duración de dicho contrato con un máximo de doce meses desde su celebración. En caso de incumplimiento de esta obligación se deberá proceder al reintegro de los incentivos. No se considerará incumplida la obligación de mantenimiento del empleo a que se refiere este apartado cuando el contrato de trabajo se extinga por causas objetivas o por despido

disciplinario cuando uno u otro sea declarado o reconocido como procedente, ni las extinciones causadas por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de los trabajadores o por la expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato, o por resolución durante el período de prueba.

b) **Contratación indefinida de un joven por microempresas y empresarios autónomos:** Las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, **con una plantilla inferior a nueve trabajadores**, que **contraten de manera indefinida, a tiempo completo o parcial**, a un joven desempleado menor de treinta años tendrán derecho a una reducción del 100 por cien de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado durante el primer año de contrato. Esta reducción se encuentra condicionada, asimismo a que no se haya tenido ningún vínculo laboral anterior con el trabajador, a no haber celebrado otros contratos de este tipo y a no haber adoptado, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, decisiones extintivas improcedentes en los mismos términos que para el supuesto anterior.

Para la aplicación de los beneficios, la empresa deberá mantener en el empleo al trabajador contratado al menos dieciocho meses desde la fecha de inicio de la relación laboral, salvo que el contrato se extinga por causa no imputable al empresario o por resolución durante el período de prueba. Asimismo, deberá mantener el nivel de empleo en la empresa alcanzado con el contrato a que se refiere este artículo durante, al menos, un año desde la celebración del contrato. En caso de incumplimiento de estas obligaciones se deberá proceder al reintegro de los incentivos. No se considerarán incumplidas las obligaciones de mantenimiento del empleo anteriores en los mismos casos que en el supuesto anterior. En estos supuestos se podrá, además, celebrar un nuevo contrato al amparo de este artículo, si bien el período

total de bonificación no podrá exceder, en conjunto, de doce meses.

c) Incentivos a la contratación en nuevos proyectos de emprendimiento joven: Tendrán derecho a una reducción del 100 por cien de la cuota empresarial de la Seguridad Social durante los doce meses siguientes a la contratación los trabajadores por cuenta propia menores treinta años, y sin trabajadores asalariados, que desde la entrada en vigor de este real decreto-ley contraten por primera vez, de forma indefinida, mediante un contrato de trabajo a tiempo completo o parcial, a personas desempleadas de edad igual o superior a cuarenta y cinco años, inscritas ininterrumpidamente como desempleadas en la oficina de empleo al menos durante doce meses en los dieciocho meses anteriores a la contratación o que resulten beneficiarios del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo.

Para la aplicación de estos beneficios se deberá mantener en el empleo al trabajador contratado, al menos, dieciocho meses desde la fecha de inicio de la relación laboral, salvo que el contrato se extinga por causa no imputable al empresario o por resolución durante el período de prueba. En estos casos se podrá celebrar un nuevo contrato de este tipo si bien el período total de aplicación de la reducción no podrá exceder, en conjunto, de doce meses.

d) Primer empleo joven: Para incentivar la adquisición de una primera experiencia profesional, las empresas podrán celebrar contratos temporales con jóvenes desempleados menores de treinta años que no tengan experiencia laboral o si ésta es inferior a tres meses. Estos contratos se regirán por lo establecido para los eventuales por circunstancias de la producción. Se considerará causa del contrato la adquisición de una primera experiencia profesional. La duración mínima del contrato será de tres meses y la máxima de seis, salvo que se establezca una duración superior por convenio colectivo

sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, sin que en ningún caso dicha duración pueda exceder de 12 meses. El contrato deberá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial siempre que, en este último caso, la jornada sea superior al 75 por ciento de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable.

Para poder acogerse a esta medida, las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, deberán no haber adoptado, en los seis meses anteriores a la celebración del contrato, decisiones extintivas improcedentes. Las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, que, una vez transcurrido un plazo mínimo de tres meses desde su celebración, transformen en indefinidos los contratos a que se refiere este artículo tendrán derecho a una bonificación en las cuotas empresariales a la Seguridad Social de 41,67 euros/mes (500 euros/año), durante tres años, siempre que la jornada pactada sea al menos del 50 por cien de la correspondiente a un trabajador a tiempo completo comparable. Si el contrato se hubiera celebrado con una mujer, la bonificación por transformación será de 58,33 euros/mes (700 euros/año). La empresa debe cumplir las habituales condiciones de mantenimiento de empleo.

e) **Incentivos a los contratos en prácticas para el primer empleo:** Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11.1 del Estatuto de los Trabajadores podrán celebrarse contratos en prácticas con jóvenes menores de treinta años, **aunque hayan transcurrido cinco o más años desde la terminación de los correspondientes estudios.** Las empresas, incluidos los trabajadores autónomos, que concierten un contrato en prácticas con un menor de treinta años, tendrán derecho a una reducción del 50 por ciento de la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes correspondiente al trabajador contratado durante toda la vigencia del contrato. En los supuestos en que el trabajador estuviese realizando prácticas no laborales en el momento de

la concertación del contrato de trabajo en prácticas, la reducción de cuotas será del 75 por ciento.

f) Incentivos a la incorporación de jóvenes a entidades de la economía social: a) Bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social durante tres años, cuya cuantía será de 66,67 euros/mes (800 euros/año), aplicable a las cooperativas o sociedades laborales que incorporen trabajadores desempleados menores de 30 años como socios trabajadores o de trabajo. En el caso de cooperativas, las bonificaciones se aplicarán cuando éstas hayan optado por un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores por cuenta ajena b) Bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social aplicables a las empresas de inserción en los supuestos de contratos de trabajo suscritos con personas menores de 30 años en situación de exclusión social de 137,50 euros/mes (1.650 euros/año) durante toda la vigencia del contrato o durante tres años, en caso de contratación indefinida.

Coordinado por Alberto Berdión Osuna | Socio director

Medidas de apoyo al emprendedor y estímulo del crecimiento y creación de empleo (II)



El desempleo juvenil en España es un problema estructural, que se ha visto agravado por la crisis, y que presenta graves consecuencias para la situación presente y futura de los jóvenes españoles.

Durante el tercer trimestre de 2012, España registró una tasa de desempleo del 54,1% para los jóvenes menores de 25 años, frente al 23% de la UE-27, según datos de Eurostat.

Si atendemos al desglose de los datos de la Encuesta de población Activa (EPA) para el cuarto trimestre de 2012, la tasa de paro se sitúa en el 74% en el grupo de población compuesto por jóvenes de entre 16 y 19 años, en el 51,7% entre los jóvenes con edades comprendidas entre los 20 y los 24 años, y en el 34,4% entre los jóvenes que tienen entre 25 y 29 años.

Atendidas las anteriores circunstancias resulta evidente que hay que acoger con agrado cualquier conjunto de medidas que como las contenidas en el Real Decreto-ley 4/2013 de 22 de febrero intenten paliar esta situación.

Las novedades fundamentales son las siguientes: ayudas de Seguridad Social y desempleo para jóvenes autónomos, incentivos fiscales para emprendedores y estímulos para la contratación de jóvenes desempleados. Esta semana analizaremos cada uno de ellos. Hoy tratamos los incentivos fiscales:

Incentivos fiscales para emprendedores

Con efecto para los periodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 2013.

- **Quedan exentas de tributación por IRPF las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora cuando se perciban en la modalidad de pago único**

establecida en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, siempre que las cantidades percibidas se destinen a las finalidades y en los casos previstos en la citada norma. Esta exención estará condicionada al mantenimiento de la acción o participación durante el plazo de cinco años, en el supuesto de que el contribuyente se hubiera integrado en sociedades laborales o cooperativas de trabajo asociado o hubiera realizado una aportación al capital social de una entidad mercantil, o al mantenimiento, durante idéntico plazo, de la actividad, en el caso del trabajador autónomo.

- **Los contribuyentes que inicien el ejercicio de una actividad económica y determinen el rendimiento neto de la misma con arreglo al método de estimación directa, podrán reducir en un 20 por ciento el rendimiento neto positivo declarado con arreglo a dicho método en el primer período impositivo en que el mismo sea positivo y en el período impositivo siguiente.** A estos efectos se entenderá que se inicia una actividad económica cuando no se hubiera ejercido actividad económica alguna en el año anterior a la fecha de inicio de la misma, sin tener en consideración aquellas actividades en cuyo ejercicio se hubiera cesado sin haber llegado a obtener rendimientos netos positivos desde su inicio. Cuando con posterioridad al inicio de la actividad a que se refiere el párrafo primero anterior se inicie una nueva actividad sin haber cesado en el ejercicio de la primera, la reducción prevista en este apartado se aplicará sobre los rendimientos netos obtenidos en el primer período impositivo en que los mismos sean positivos y en el período impositivo siguiente, a contar desde el inicio de la primera actividad. La cuantía de

los rendimientos netos a que se refiere este apartado sobre la que se aplicará la citada reducción no podrá superar el importe de 100.000 euros anuales. No resultará de aplicación la reducción prevista en este apartado en el período impositivo en el que más del 50 por ciento de los ingresos del mismo procedan de una persona o entidad de la que el contribuyente hubiera obtenido rendimientos del trabajo en el año anterior a la fecha de inicio de la actividad.

- **Las entidades de nueva creación, constituidas a partir de 1 de enero de 2013, que realicen actividades económicas tributarán, en el primer período impositivo en que la base imponible resulte positiva y en el siguiente, con arreglo a la siguiente escala:** a) Por la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros, al tipo del 15 por ciento b) Por la parte de base imponible restante, al tipo del 20 por ciento. A los efectos de lo previsto en esta disposición, no se entenderá iniciada una actividad económica: a) Cuando la actividad económica hubiera sido realizada con carácter previo por otras personas o entidades vinculadas en el sentido del artículo 16 de esta Ley y transmitida, por cualquier título jurídico, a la entidad de nueva creación b) Cuando la actividad económica hubiera sido ejercida, durante el año anterior a la constitución de la entidad, por una persona física que ostente una participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad de nueva creación superior al 50 por ciento. No tendrán la consideración de entidades de nueva creación aquellas que formen parte de un grupo en los términos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio, con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas.

Coordinado por Alberto Berdi3n Osuna | Socio director

Mañana terminamos el an3lisis con el repaso de los est3mulos para la contrataci3n de j3venes empleados.