



Roj: STSJ MAD 15365/2012  
Id Cendoj: 28079330052012100968  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso  
Sede: Madrid  
Sección: 5  
Nº de Recurso: 1035/2010  
Nº de Resolución: 988/2012  
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO  
Ponente: JOSE ALBERTO GALLEGO LAGUNA  
Tipo de Resolución: Sentencia

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

**Sección Quinta**

C/ General Castaños, 1 - 28004

33009710

**NIG:** 28.079.33.3-2010/0160351

**Procedimiento Ordinario 1035/2010**

**Demandante:** D./Dña. Salome

PROCURADOR D./Dña. CARMEN ARMESTO TINOCO

**Demandado:** Tribunal Económico-Administrativo Regional de Madrid. Ministerio de Economía y Hacienda

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE**

**MADRID**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN QUINTA**

**SENTENCIA 988**

RECURSO NÚM.: 1035-2010

PROCURADOR D./DÑA.: CARMEN ARMESTO TINOCO

**Ilmos. Sres.:**

**Presidente**

**D. José Alberto Gallego Laguna**

**Magistrados**

**D. José Ignacio Zarzalejos Burguillo**

**Dña. María Rosario Ornosá Fernández**

**Dña. María Antonia de la Peña Elías**

**D. Álvaro Domínguez Calvo**

-----

En la Villa de Madrid a 16 de Noviembre de 2012

Visto por la Sala del margen el recurso núm. 1035-2010 interpuesto por D<sup>ÑA</sup>. MARIA Salome representado por el procurador D<sup>ÑA</sup>. CARMEN ARMESTO TINOCO contra fallo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid de fecha 21.6.2010 reclamación nº NUM003 , NUM002 , NUM001 , NUM000 interpuesta por el concepto de ACTUACIONES ENTRE PARTICULARES habiendo sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por su Abogacía.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Por la representación procesal del recurrente, se interpuso el presente recurso, y después de cumplidos los trámites preceptivos, formalizó la demanda que basaba sustancialmente en los hechos del expediente administrativo, citó los fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso, y concluyó con la suplica de que en su día y, previos los trámites legales se dicte sentencia de conformidad con lo expuesto en el suplico de la demanda.

**SEGUNDO:** Se dio traslado al Abogado del Estado, para contestación de la demanda y alegó a su derecho lo que consideró oportuno, y solicitó la confirmación en todos sus extremos del acuerdo recurrido.

**TERCERO:** No estimándose necesario el recibimiento a prueba ni la celebración de vista pública, se emplazó a las partes para que evacuaran el trámite de conclusiones, lo que llevaron a efecto en tiempo y forma, señalándose para la votación y fallo, la audiencia del día 13-11-2012 en que tuvo lugar, quedando el recurso concluso para Sentencia.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. José Alberto Gallego Laguna.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Se impugna en este recurso contencioso administrativo la resolución dictada por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid el día 21 de junio de 2010 en la que acuerda desestimar las reclamaciones económico- administrativas números NUM003 , NUM002 , NUM001 y NUM000 interpuestas contra actos de retención de Telefónica Data España, S.A., meses de septiembre, noviembre de 2009, febrero y marzo de 2010.

**SEGUNDO:** La recurrente solicita en su demanda que se anule y deje sin efecto la resolución recurrida y se declare su derecho al reconocimiento de renta de naturaleza irregular a la indemnización que percibe que las cantidades que percibe. Alega, en resumen, como fundamento de su pretensión que reclama el reconocimiento de renta de naturaleza irregular para la indemnización que viene percibiendo como consecuencia del expediente de Regulación de Empleo NUM004 y, por tanto, reclamando su derecho a que se le efectúe las reducción del 40% de las retenciones a cuenta del IRPF y no se le efectúe una retención sobre el 100% como viene practicando de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U., siendo el ERE de carácter forzoso, siendo una indemnización que se produce una única vez, lo que no hay que confundir con la manera en que se cobra, que se fracciona en mensualidades durante varios años. Alega que a dicha indemnización tiene derecho por haber trabajado durante 38,7 años ininterrumpidos y que dicha indemnización que se cobra de forma fraccionada en mensualidades, no se percibe en forma de renta, ni de forma periódica ni recurrente, y considera que además se cumple que el cociente resultante entre los años de generación al derecho de la indemnización (38,7 años) y los ejercicios de fraccionamiento (9 periodos impositivos: desde el año 2006 hasta el año 2014) en los que se percibe la indemnización es superior a 2. Manifiesta la recurrente que por parte de Telefónica se le ha dado un agravio comparativo respecto de otros compañeros, al no reconocer a la recurrente sólo 5,49 años de servicios prestados a la última empresa del Grupo (Telefónica Data).

La recurrente alega que aporta resolución de recurso de reposición de la Administración de Montalbán, relativa a liquidación provisional del año 2009 en la que se acuerda estimar el recurso de reposición por considerar que procede la reducción del 40%, confirmando la liquidación presentada por el contribuyente.

**TERCERO:** Como antecedentes relevantes debe tenerse en cuenta que como se desprende de las alegaciones del recurrente y de los documentos aportados al expediente administrativo y al presente recurso, la ahora recurrente, trabajadora de la empresa Telefónica Data España, S.A.U., suscribió contrato de desvinculación incentivada, de fecha 1 de julio de 2006, en virtud del cual cesó en su relación laboral y se acogió al programa incentivado de desvinculación contenido en el Plan Social autorizado por Resolución de la Dirección General de Trabajo de fecha 2 de diciembre de 2005, dictada en el Expediente de Regulación de Empleo NUM004 , acordado entre la empresa y la representación de los trabajadores.

Sobre la cuestión planteada, la Sala se ha pronunciado ya, de forma repetida, respecto de otros expedientes de regulación de empleo.

Según consta en los documentos aportados por la recurrente, concretamente en el referido contrato en sus Estipulaciones se expresa: " *Tercera.- D.ª Salome durante el periodo comprendido entre la fecha de baja y la del mes anterior al que cumpla 61 años de edad, percibirá una renta mensual de carácter fijo, no revisable ni reversible en caso de fallecimiento, de 4.202,25 euros. No obstante, durante el periodo que abarque la prestación por desempleo, la Empresa abonará una renta igual a la diferencia entre el importe de la prestación por desempleo que en cada momento se tenga derecho y la cuantía de la renta mensual que le corresponda anteriormente definida, incrementada durante este periodo, en el importe equivalente al coste de las cotizaciones a la Seguridad Social que hubiese de realizar el empleado.*

*Desde el mes en el que cumpla 61 años hasta el mes inmediatamente anterior a los 65 años, percibirá una renta mensual de 2.842,73 euros.*

*Cuarta.- Estas rentas se dejarán de percibir en caso de que la empleada fuera declarada en situación de Incapacidad Permanente Absoluta para todo Trabajo. Igualmente cesará la obligación de abonar la renta en caso de fallecimiento.*

*Quinta.- La empresa sufragará directamente a la Tesorería General de la Seguridad Social el 100% del Convenio Especial, hasta la fecha del cumplimiento de los 61 años, del trabajador que no tuviera la condición de mutualista al 1-1-1967. A partir de esa edad, si no reúne los requisitos legalmente establecidos para acceder a alguna de las modalidades de jubilación legalmente previstas percibirá, además, el 50% del importe del Convenio Especial con la Seguridad Social que acredite haber suscrito, y exclusivamente hasta que se cumplan las condiciones legalmente establecidas para poder acceder a cualquiera de las modalidades de jubilación.*

*Sexta.- El Anexo I antes citado, que se incorpora al cuerpo del contrato, recoge pormenorizadamente los requisitos, condiciones económicas aplicables e incompatibilidades."*

De la hoja de cálculo correspondiente al acuerdo de desvinculación aportada por la recurrente, se desprende que el salario regulador se ha calculado teniendo en cuenta la retribución anual de 71.624,76 euros (suma de 55.9822,00 de salario fijo anual y 15.702,76 de 50% retribución variable), que dividido entre 12 meses resulta un salario regulador mensual de 5.968,73. Dicho importe es el que se tiene en cuenta para calcular los importes que figuran en el contrato antes citado.

De los documentos referidos, hay que concluir que en la forma de cálculo prevista del importe percibido, se tiene en cuenta la suma de los devengos anuales en el momento de la baja, no estando calculada en función de la antigüedad ni considerando un periodo de generación superior a dos años lo que impediría considerar el importe percibido como rendimiento irregular, conforme al art. 18.2 de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al no concurrir los supuestos de dicho precepto, pues se trata de rendimientos obtenidos por el sujeto pasivo de forma periódica o recurrente, al percibirlos mensualmente y su ciclo de producción no es superior a dos años, al considerar la retribución anual en el momento de la baja.

Con respecto a la naturaleza regular o irregular del rendimiento, hay que destacar que el art. 18 de la Ley 35/2006 dispone, como regla general, que los rendimientos íntegros del trabajo se computarán en su totalidad, excepto que sea aplicable alguna de las reducciones que detalla a continuación la norma, cuyo apartado 2 establece que se aplicará el 40 por 100 de reducción "en el caso de rendimientos que tengan un periodo de generación superior a dos años y que no se obtengan de forma periódica o recurrente". Dos son, por tanto, los requisitos establecidos legalmente para aplicar tal reducción: 1º) que el rendimiento tenga un periodo de generación superior a dos años; 2º) que el rendimiento no se obtenga de forma periódica.

Así las cosas, la Sala no comparte la tesis del recurrente y estima que tienen el carácter de renta regular, ya que las cláusulas del Acuerdo de prejubilación ponen de relieve que la antigüedad en la empresa no era un requisito para acogerse al sistema de prejubilación, ni las cantidades a percibir se fijaban en atención a los años trabajados, sino en función de las retribuciones percibidas en el momento de extinguirse la relación laboral, prestación que además se obtenía de forma periódica, de modo que no estamos ante un rendimiento irregular porque es un ingreso habitual del interesado percibido de forma periódica (mensual) hasta su jubilación, no tratándose de una renta vinculada a la duración del contrato laboral. Si se admitiera el criterio de la parte actora se le estaría dispensando un trato privilegiado en relación con otros contribuyentes de rendimientos anuales similares, lo que resultaría contrario al fin que persigue el legislador.

Por otro lado, aunque el art. 10.1.f) del Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas incluya entre los rendimientos del trabajo obtenidos de forma notoriamente irregular "las cantidades satisfechas por la empresa a los trabajadores por la resolución de mutuo acuerdo de la relación laboral", tal calificación exige que el rendimiento se impute en un único período impositivo, requisito que no concurre en este caso.

Siendo necesario tener en cuenta que respecto del Ley 40/1998 referida el Tribunal Supremo se ha pronunciado en la sentencia de 10 de mayo de 2006 de su Sala de lo Contencioso-Administrativo (Rec. n.º 29/2004) en Recurso de Casación en Interés de Ley declarando como doctrina legal «*que no es de aplicación a los rendimientos percibidos como complementos de prestaciones públicas derivados de prejubilaciones de expedientes de regulación de empleo, rendimientos satisfechos mensualmente por una compañía aseguradora y según la póliza de Seguro Colectivo concertada para tales casos, el régimen de las Rentas Irregulares*» .

En la misma sentencia se argumenta que "El artículo 17.2 a) de la Ley 40/1998 de 9 de Diciembre establece: «Como regla general, los rendimientos íntegros se computarán en su totalidad, excepto que les sea de aplicación alguna de las reducciones siguientes: a) El 30 por 100 de reducción, en el caso de rendimientos que tengan un período de generación superior a dos años y que no se obtengan de forma periódica o recurrente, así como aquellos que se califiquen reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo. El cómputo del período de generación, en el caso de que estos rendimientos se cobren de forma fraccionada, deberá tener en cuenta el número de años de fraccionamiento, en los términos que reglamentariamente se establezcan». El precepto citado supedita la reducción que en él se contempla a que el rendimiento 1) tenga un periodo de generación superior a dos años, y a 2) un requisito de índole negativa, que no se obtenga de forma periódica o recurrente. Además, se considera rendimientos irregulares los que se determinan así reglamentariamente.

Por lo que hace al periodo de generación: No existe un período de generación, pues el nacimiento del derecho no va unido a la duración de la vida activa del trabajador y que se extingue en la situación que se contempla; y es que esa vida no origina el derecho a la prestación complementaria, que, por el contrario, naciendo de un expediente de regulación de empleo (ERE) está encaminada a compensar la pérdida de tal vida activa del trabajador. Y esta indemnización se calculará normalmente en función de ciertos parámetros y magnitudes, que lo son esencialmente de futuro, tales como tiempo que reste hasta la edad de jubilación, pérdida de salario que tiene lugar y consiguiente disminución del período de cotización a la Seguridad Social, etc. Es decir, el nacimiento del derecho, sin ningún período temporal de generación, se produce con la aprobación del ERE por la Autoridad Laboral y conforme a la legislación laboral aplicable, lo que puede tener lugar, bien porque aquella Autoridad homologue un acuerdo previo, cuando existe, o bien porque la Autoridad, si no hay acuerdo, resuelva aprobando la propuesta.

Se trata pues, de una autorización administrativa de extinción de la relación laboral, extinción que ni siquiera se produce automáticamente, sino con la notificación individual del acto al trabajador, que desde entonces, queda en situación de desempleo.

Y significativamente, no se trata de un derecho del trabajador, que se haya acumulado por algún tipo de capitalización, sino que no es otra cosa que una verdadera indemnización, que nace con el daño o perjuicio consistente en la extinción del contrato de trabajo, con sus efectos inherentes a pérdida también de período de cotización temporal para un cálculo futuro de la pensión de la Seguridad Social.

En resumen pues, se trata de un efecto instantáneo y que carece de cualquier tipo de período de generación, que pudiese extenderse en el tiempo.

Y supuesto ello, entra en juego el derecho a cobrar la concreta indemnización prevista en el Seguro Colectivo, para los casos de prejubilación.

En conclusión pues, no existiendo período alguno de generación, la misma -ya sólo por ello- no puede ser siquiera, ni superior, ni inferior a dos años, con lo que claramente se está fuera del supuesto previsto en el artículo 17.2 a), párrafo primero de la Ley.

Lo dicho valdría incluso para cualquier caso, bien se tratase de un pago único, o bien de un pago periódico o recurrente, pues en todo caso, el nacimiento del derecho es, según lo dicho, instantáneo y por ello, ajeno a cualquier período de generación.

*En lo referente a la forma de su obtención: Las indemnizaciones entregadas a los trabajadores, según lo expuesto, eran en forma de renta mensual y por consiguiente, absolutamente periódicas o recurrentes, con el marcada carácter que se deriva precisamente de aquel abono mensual.*

*En rigor, ni siquiera se trataría de un pago que, habiendo nacido ya el derecho a percibirlo, pudiese sufrir un aplazamiento o fraccionamiento, puesto que en realidad, la situación jurídica derivada de los pagos por el Seguro Colectivo, es la siguiente: El trabajador percibirá las indemnizaciones, en la medida que prolongue su vida (en desempleo) hasta el momento de la jubilación, sea esta anticipada o no, por lo que si el trabajador falleciese con anterioridad, el derecho, así concebido, también se extinguiría (y sin perjuicio de otros efectos distintos, que no son ahora el caso). Quiere decirse con ello, en conclusión, que se trata de un derecho no predeterminado en su extensión, duración y efectos, por lo que en tal sentido, se trata de una percepción condicional y con carácter aleatorio. Y si ello es así, ni siquiera se estaría en presencia de un supuesto de fraccionamiento que, en cualquiera de sus modalidades, prevé el artículo 17.2 a), párrafo segundo de la Ley 40/1998 .*

*Así pues, dada la regularidad y periodicidad de los pagos, desaparece toda la razón de ser de protección para una renta irregular y aislada, que se contempla en los preceptos citados como infringidos, por lo que la reducción que prevén, es totalmente inaplicable." .*

Doctrina del Tribunal Supremo que es perfectamente aplicable al presente caso, pues aunque en el presente caso no intervenga una compañía de seguros, coincide plenamente con el caso analizado en el presente recurso en cuanto se produce la extinción de la relación laboral por un Expediente de Regulación de Empleo y, como se señala en dicha sentencia, lo que se produce es el nacimiento del derecho a la indemnización como consecuencia de la extinción de la relación laboral, sin que haya un periodo de generación, por lo que a los efectos del presente recurso, no resulta relevante que el abono de la prestación periódica mensual se haya efectuado por la propia compañía que era la empleadora hasta la extinción de la relación laboral, sin intervención de una compañía de seguros.

Debiendo añadirse que la circunstancia de que a otros trabajadores se les haya practicado otro tipo de retención por la empresa, no determina la procedencia de la retención pretendida por la recurrente, ya que la consideración o no de rendimiento irregular viene determinada por la norma fiscal, según es interpretada por el Tribunal Supremo, con independencia de la interpretación que haya efectuado la empresa en otros supuestos.

Tampoco concurre en este caso el supuesto contemplado en el art. 10.2 del Reglamento del Impuesto ya citado, ya que tal precepto no sólo se refiere a los rendimientos del trabajo que se perciban de forma fraccionada, sino que requiere que tengan un periodo de generación superior a dos años, sin que concurra esta última circunstancia, pues, como se ha dicho no se ha justificado que tengan un periodo de generación superior a dos años los rendimientos percibidos por la recurrente como consecuencia del acuerdo analizado, por ello no es procedente considerarlos como rendimientos irregulares aunque hubiere resultado superior a dos el cociente resultante de dividir el número de años de prestación de servicios, computados de fecha a fecha, entre el número de periodos impositivos de fraccionamiento.

En cuanto a la alegación respecto de la resolución del recurso de reposición de la Administración de Montalbán, relativa a liquidación provisional del año 2009, debe señalarse que la citada resolución ni la liquidación de la que procede no son objeto de este recurso, que se limita a determinar la procedencia o no de la reducción del 40 % en la retención, por lo que no procede entrar a valorarla, pero tampoco condiciona la presente sentencia, que se debe ajustar a lo dispuesto en los preceptos citados de acuerdo con la interpretación dada por el Tribunal Supremo, ello sin perjuicio de los efectos que se haya derivado de la referida resolución del recurso de reposición en cuanto a la liquidación provisional

Por todo lo cual procede la desestimación del recurso contencioso administrativo, declarando conforme a Derecho la resolución recurrida.

**CUARTO:** En base a lo dispuesto en el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , no procede especial imposición de costas, al no apreciarse en la actuación de las partes temeridad o mala fe.

## FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de Doña Salome , contra la resolución dictada por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid el día 21 de junio de 2010, sobre actos de retención en concepto de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, declarando conforme a Derecho la resolución recurrida. Sin imposición de costas.



Notifíquese esta resolución conforme dispone el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , expresando que contra la misma no cabe recurso.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN:** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, hallándose celebrando audiencia pública el día en la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ