



Roj: **STSJ BAL 837/2013 - ECLI: ES:TSJBAL:2013:837**

Id Cendoj: **07040330012013100537**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **10/07/2013**

Nº de Recurso: **694/2011**

Nº de Resolución: **542/2013**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **FERNANDO SOCÍAS FUSTER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.ILLES BALEARS SALA CON/AD**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA: 00542/2013**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA ILLES BALEARS**

**SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SENTENCIA**

Nº 542

ILMOS SRS.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Fernando Socías Fuster

D<sup>a</sup> Alicia Esther Ortuño Rodríguez

En la Ciudad de Palma de Mallorca a 10 de julio de 2013.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears los autos Nº **694/2011** dimanantes del recurso contencioso administrativo seguido a instancias de D. **Jacobo** , representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Ana M<sup>a</sup> Vicens Pujol y asistida del Letrado D. Antonio Cirerol; y como Administración demandada la General del **ESTADO** representada y asistida de su Abogado; interviniendo como codemandada la entidad **TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA,S.A** representada por el Procurador D. Miguel Socías Rossello y asistido del Letrado D. Higinio Capote.

Constituye el objeto del recurso las resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Regional en Illes Balears, de fecha 30.06.2011, por medio de la cual se desestiman las reclamaciones económico-administrativas con Nº NUM000 , NUM001 , NUM002 , NUM003 Y NUM004 "y todas aquellas dictadas por dicho Tribunal con arreglo a idéntica petición", en referencia a las reclamaciones formuladas contra las retenciones mensuales por el concepto IRPF, efectuadas sobre la nómina/indemnización del reclamante abonada por la entidad TELEFÓNICA MOVILES ESPAÑA,S.A.

La cuantía se fijó en 510,62 €

El procedimiento ha seguido los trámites del ordinario.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster, quien expresa el parecer de la Sala.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** . Interpuesto el recurso en fecha 2 de septiembre de 2011 -inicialmente acumulada a los autos 608/2011, de los que se desglosó-, se le dio traslado procesal adecuado, ordenándose reclamar el expediente administrativo.

**SEGUNDO** . Recibido el expediente administrativo, se puso de manifiesto el mismo en Secretaría a la parte recurrente para que formulara su demanda, lo que así hizo en el plazo legal, alegando los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, suplicando a la Sala que se dictase sentencia estimatoria del mismo, por ser contrario al ordenamiento jurídico, los actos administrativos impugnados y que por ello declare indebidas las retenciones practicadas, con la consiguiente obligación de la administración tributaria de proceder a la devolución de las cantidades percibidas, desde abril de 2010, debiendo efectuarse un recálculo de la cantidad exenta, computando un total de 27,42 años, hasta la cantidad máxima autorizada por el Estatuto de los Trabajadores.

**TERCERO** . Dado traslado del escrito de la demanda a la representación de la Administración demandada para que contestara, así lo hizo en tiempo y forma oponiéndose a la misma y suplicando se dictara sentencia confirmatoria de los acuerdos recurridos.

**CUARTO**. No recibido el pleito a prueba y declarada conclusa la discusión escrita, se ordenó traer los autos a la vista, con citación de las partes para sentencia, se señaló para la votación y fallo, el día 09.07.2013.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO . PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION LITIGIOSA.**

Como antecedentes fácticos relevantes, interesa destacar:

1º) Que el aquí recurrente ingresó como trabajador en la empresa TELEFONICA DE ESPAÑA,S.A.U. en fecha 29 de julio de 1981. En fecha 1 de julio de 1995, sin solución de continuidad, pasó a prestar sus servicios para entidad TELEFONICA MÓVILES ESPAÑA,S.A.U. -empresas ambas del "Grupo Telefónica"-, reconociéndole esta segunda entidad la antigüedad ganada en la primera. No obstante, con anterioridad, el 22.06.1995 la empresa TELEFONICA DE ESPAÑA,S.A le había concedido una excedencia de dos años de duración "por su incorporación a TELEFONICA MOVILES,S.A." que se haría efectiva a partir del 1 de julio de 1995 dñe modo que a los dos años (01.07.1997) la reincorporación ya lo fue en la empresa TELEFONICA MÓVILES ESPAÑA,S.A.U.

En fecha 1 de enero de 2009 causó baja en esta segunda empresa por su adhesión al Expediente de Regulación de Empleo de dicha entidad.

2º) Que en el abono de la indemnización percibida a resultas del ERE (en modo de "nominas" mensuales), la empresa TELEFONICA MÓVILES ESPAÑA,S.A.U. aplica la correspondiente retención del IRPF.

3º) El ahora recurrente, disconforme con el cálculo de la indicada retención, interpuso reclamaciones económico- administrativas contra cada uno de los actos de retención mensual a partir de la de mayo de 2010. En las reclamaciones se invoca la incorrecta aplicación del art. 7.e de la Ley 35/2006 del IRPF en cuanto a la determinación de la cantidad que debe quedar exenta fiscalmente por tratarse de percepción en virtud del ERE.

Como más adelante se detallará, la discrepancia radica en la determinación del período de servicios prestados para la empresa empleadora. El TEARIB y la empresa codemandada entienden que se ha de atender a los años de servicios para la empresa del ERE (TELEFONICA MÓVILES ESPAÑA,S.A.U.), es decir, algo más de 11 años, mientras que el recurrente entiende que para determinar la base de cálculo de la cantidad exenta se ha de atender a los años de servicio prestados de modo continuado para las empresas del grupo, es decir, desde 1981, ( 27 años y 4 meses ).

4º) Por medio de las resoluciones del TEARIB aquí impugnadas se desestima la reclamación, al entender que la cuestión controvertida -cómputo de años de servicio a tener en cuenta para la determinación de la cantidad exenta de IRPF- debe resolverse en el sentido de que la expresión "años de servicio" para la aplicación de la exención del art. 7,e de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF , debe entenderse como el tiempo realmente trabajado en la empresa, que no necesariamente ha de ser coincidente con la antigüedad reconocida en la misma, ya que pueda pactarse que el trabajador cuente con el reconocimiento de la antigüedad desde que empezó a trabajar en la primera o anteriores empresas. En definitiva, se entiende que para la determinación de la exención no debe computarse la antigüedad reconocida por la empresa, sino los años de servicios efectivos para la entidad en que se realiza el ERE. En nuestro caso, para determinar la exención se computaría desde el 01.07.1995 y no desde 29.07.1981



El recurrente impugna las resoluciones del TEARIB argumentando que "los años de servicio" que deben ser computados a efectos de determinar la cantidad exenta de la indemnización a percibir por el ERE, debe atender a los prestados de manera continuada para las empresas del mismo grupo (o también los prestados de modo sucesivo en el caso de sucesión de empresas) y no sólo a los prestados en la última de las empresas en que se aprueba el ERE. La integración de las empresas TELEFONICA DE ESPAÑA,S.A.U. y TELEFONICA MÓVILES ESPAÑA,S.A.U, dentro de un mismo "grupo de empresas" ha sido reconocido por la entidad codemandada y no negado por la Administración tributaria.

**SEGUNDO. CÓMPUTO DE LOS AÑOS DE SERVICIO PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CANTIDAD EXENTA DE IRPF, EN SUPUESTO DE INDEMNIZACIONES POR E.R.E.**

El art. 7.e de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF , en la redacción aplicable al caso, contemplaba que estaban exentas del impuesto:

"e) Las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en el Estatuto de los Trabajadores, en su normativa de desarrollo o, en su caso, en la normativa reguladora de la ejecución de sentencias, sin que pueda considerarse como tal la establecida en virtud de convenio, pacto o contrato.

Cuando se extinga el contrato de trabajo con anterioridad al acto de conciliación, estarán exentas las indemnizaciones por despido que no excedan de la que hubiera correspondido en el caso de que este hubiera sido declarado improcedente, y no se trate de extinciones de mutuo acuerdo en el marco de planes o sistemas colectivos de bajas incentivadas."

Para la determinación de las indemnizaciones "que hubieran correspondido en el caso de que el despido hubiera sido declarado improcedente" se ha de atender a los años de servicio en la empresa. De ahí, que el núcleo de la cuestión aquí controvertida resida en la determinación del cómputo de los años de servicios a tener en cuenta por el pagador de la indemnización, para determinar la exención que corresponde.

Ya hemos dicho que TELEFONICA MÓVILES ESPAÑA,S.A.U, la empresa que acordó el ERE y paga la indemnización, determina la exención sobre la base de los años trabajados para ésta última, sin computar la antigüedad que se reconoció y ganada por sus anteriores servicios a otra empresa del grupo (TELEFONICA DE ESPAÑA,S.A.U.).

La interpretación del TEARIB aquí impugnada debe rechazarse por la aplicación de la doctrina contenida en las propias sentencias invocadas en sus resoluciones ( SAN 01.03.2007 y STS 30.06.2010 ) y que han sido incorrectamente interpretadas por dicho tribunal administrativo. En ambas sentencias, si bien es cierto que se parte de la premisa de que para determinar el contenido de la expresión "años de servicio" en la fijación de la cuantía de la indemnización por despido improcedente, debe estarse al período de tiempo que el trabajador ha permanecido en la empresa y no a la antigüedad que se le hubiese reconocido, se señala que ello tiene dos excepciones -ya previstas en el Estatuto de los Trabajadores- como lo es el supuesto de la "sucesión de empresas" y el supuesto de la movilidad del trabajador dentro de sociedades que formen parte integrante de un "grupo de empresas". Supuesto este último, que es el que afectaría al aquí recurrente.

La STS de 19 de julio 2010 ya expresa con claridad la premisa base conforme a la cual para la aplicación de la exención del art. 7.e de la Ley del IRPF no ha de estarse al cómputo de la antigüedad reconocida en el contrato. Indica la referida sentencia:

"No podemos en este punto soslayar lo preceptuado por el art. 37 de la LGT que disponía que«[l]a posición del sujeto pasivo y los demás elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares. Tales actos y convenios no surtirán efecto ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas». Pues bien, el último inciso del art. 7.e) de la LIRPF no es más que la traslación a la exención en tal precepto regulada del citado principio recogido en la LGT. En el presente caso, el exceso en la indemnización respecto de la que sería procedente en razón de las normas reguladoras del ET y sus normas de desarrollo, tiene como origen, no la existencia de un Convenio Colectivo, sino el pacto de reconocimiento de antigüedad plasmado en el contrato de trabajo celebrado entre la entidad recurrente y su empleado, por lo que, siendo un pacto entre particulares, no ha de surtir los efectos pretendidos en cuanto a la exención pues no han de afectar a la relación jurídico-tributaria para con la Administración Pública.

Como indica la recurrente en su escrito de interposición, la jurisprudencia social ha indicado como procedente la indemnización en razón de la antigüedad reconocida superior al tiempo de prestación de servicios, cuando la misma lo haya sido a todos los efectos (o expresamente a los indemnizatorios por despido o cese). Ahora bien, tal procedencia indemnizatoria en el ámbito social no afecta al ámbito tributario en cuanto al alcance de la exención regulada en la LIRPF, pues los pactos entre particulares «no surtirán efecto ante la Administración, **sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas** »( art. 36 LGT , cit.). Luego, es perfectamente imaginable que



la indemnización procedente desde el punto de vista laboral por despido o cese de la relación laboral supere la indemnización exenta según la norma tributaria. Pues bien, en la medida en que la recurrente pretende hacer de necesaria coincidencia ambas cantidades, tal alegación ha de ser rechazada. "

Pero a continuación -y con remisión a la STS de 14 de abril de 2005 - indica que ello tiene unas excepciones, como lo son " *que se hubiera acreditado que aquel acuerdo era debido a subrogación por sucesión empresarial, ya que en tal caso el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores impone el mantenimiento del mismo contrato de trabajo* "(FD Tercero STS 14.04.2005 ) " Y a salvo, también, de lo que dejó sentado en relación con la concatenación de contratos dentro del mismo grupo empresarial, la Sala de lo Social de este Tribunal en su Sentencia de 24 de julio de 1989 y en la que sustancialmente se indicó que «*lo decisivo en el caso enjuiciado es que los servicios efectivos a la empresa, entendida como complejo económico a cuya producción está sirviendo el trabajador es la fijada en la sentencia recurrida, por más que la empresa en este decisivo sentido socio-económico esté compuesta de distintas personas jurídicas, cuando esta diversidad de personas jurídicas no ha tenido incidencia real alguna en la unidad y continuidad del trabajo prestado al grupo económico empresarial, como sucede en el caso de autos*» (FD Cuarto STS 14.04.2005 ).

En consecuencia, si el recurrente hubiese trabajado sucesivamente para dos empresas que conforman un "grupo de empresas" se le habría de computar el período de años de servicio en cualquiera de las empresas del grupo.

### **TERCERO. DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES PARA CONFORMAR "GRUPO DE EMPRESAS".**

En el caso que nos ocupa, la administración tributaria no niega que TELEFONICA DE ESPAÑA,S.A.U. y TELEFONICA MÓVILES ESPAÑA,S.A.U, se integren dentro de un mismo "grupo de empresas" tanto desde el punto de vista mercantil como a efectos laborales.

Es la codemandada TELEFONICA MÓVILES ESPAÑA,S.A.U, la que tras reconocer que las dos entidades se integran dentro de un mismo grupo, siendo "de todos conocido", luego afirma que esta integración mercantil no se traduce en una integración a efectos laborales y que no concurren los elementos necesarios para formar un grupo de empresas a efectos laborales, que es lo que permitiría aplicar la excepción indicada y computar todos los años de servicio en cualesquiera empresas del grupo.

En este punto debe precisarse que una vez acreditada la prestación laboral sucesiva para dos empresas del mismo grupo, de modo que la segunda le reconoció la antigüedad en la primera, con ello ya se presume reconocimiento de la conexión y continuidad de la relación laboral prestada indistintamente para las dos empresas del grupo, por lo que si la codemandada pretende negar la existencia del grupo de empresas a efectos laborales, debería haberlo acreditado.

Pero es que además, la integración laboral indistinta en las dos empresas del grupo se hace notablemente evidente con el pacto de 22 de junio de 1995 (acompañado al escrito de contestación a la demanda) y del que resulta que una empresa (TELEFONICA DE ESPAÑA) le reconoce una excedencia voluntaria que se hará efectiva durante el período de actividad laboral para la otra empresa (TELEFONICA MOVILES), reservándose la primera el derecho a reincorporarlo en una u otra empresa, siempre en las mismas condiciones laborales. Es decir, la integración del grupo a efectos laborales es evidente.

Como única prueba invoca sentencias referidas a otras empresas distintas del mismo grupo y que negarían la existencia de "grupo de empresas" a efectos laborales, pero omitiendo otras (como la del TSJ Cataluña de 9 de febrero de 2012 ) que sí sostienen la existencia de grupo a efectos de la aplicación del art. 7.e de la Ley del IRPF . Por cierto, ésta última sentencia en impugnación de acuerdo del TEAR de Cataluña que, a diferencia del criterio del TEAR de Illes Balears, sí estimo reclamaciones económico-administrativas idénticas a la presente.

Procede así, la estimación del recurso.

### **CUARTO, COSTAS PROCESALES.**

No se aprecia ninguno de los motivos que, de conformidad con el art. 139 de la Ley Jurisdiccional , obligue a hacer una expresa imposición de costas procesales, por lo que se estima adecuada su no imposición.

Vistos los preceptos legales mencionados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLAMOS**

1º) Que ESTIMAMOS el presente recurso contencioso administrativo.

2º) DECLARAMOS disconforme con el ordenamiento jurídico los actos administrativos impugnados y, en su consecuencia, los ANULAMOS.



3º) DECLARAMOS indebidas las retenciones mensuales por el concepto IRPF, efectuadas sobre la nómina/indemnización del reclamante abonada por la entidad TELEFÓNICA MOVILES ESPAÑA,S.A., con la consiguiente obligación de la administración tributaria de proceder a la devolución de las cantidades percibidas, desde mayo de 2010, debiendo efectuarse un recálculo de la cantidad exenta, computando un total de 27 años y 4 meses, hasta la cantidad máxima autorizada por el Estatuto de los Trabajadores.

4º) No se hace expresa declaración en cuanto a costas procesales.

Contra la presente sentencia no cabe recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia de la que quedará testimonio en autos para su notificación, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Fernando Socías Fuster que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El Secretario, rubricado.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ