



Roj: STSJ M 10059/2015 - ECLI:ES:TSJM:2015:10059
Id Cendoj: 28079330052015100899
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 5

Nº de Recurso: 685/2013
Nº de Resolución: 904/2015
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 , Planta 1 - 28004

33009750

NIG: 28.079.00.3-2013/0012724

Procedimiento Ordinario 685/2013

Demandante: D. /Dña. Nemesio

PROCURADOR D. /Dña. LUIS PIDAL ALLENDESALAZAR

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 904

RECURSO NÚM.: 685-2013

PROCURADOR D. /DÑA.: LUIS PIDAL ALLENDESALAZAR

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

En la Villa de Madrid a 15 de Septiembre de 2015

Visto por la Sala del margen el recurso núm. 685-2013 interpuesto por D. Nemesio representado por el procurador D. LUIS PIDAL ALLENDESALAZAR contra fallo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid de fecha 22.3.2013 reclamación nº NUM000 , interpuesta por el concepto de **IRPF** 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: Estimándose necesario el recibimiento a prueba y una vez practicadas las mismas, se emplazó a las partes para que evacuaran el trámite de conclusiones, lo que llevaron a efecto en tiempo y forma, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 15-9-2015 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 22 de marzo de 2013 en la que acuerda desestimar la reclamación económico administrativa número NUM000 , interpuesta contra acuerdo de 13 de Enero de 2010, dictado por la Administración de Alcorcón de la Delegación de Madrid de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, desestimatorio de la solicitud de rectificación de autoliquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas ejercicio 2008, Referencia NUM001 , siendo el importe reclamado en este recurso la cantidad de 8.708,38 euros.

SEGUNDO: El recurrente solicita que declare la no sujeción al **IRPF** del ejercicio 2008 del importe de 89.000# percibido por el demandante en el ejercicio de 2008, del Plan de Pensiones de Empleados de **Telefónica** FONDITEL, y todo lo demás que proceda en consecuencia; y reconozca, por ello, el derecho a obtener la devolución del ingreso indebido de 8.708,38#, más sus correspondientes intereses de demora. Subsidiariamente de lo anterior, dicte en su día Sentencia por la que, estimando parcialmente el presente Recurso, reconozca el derecho del demandante a la devolución del importe que resulte por el **IRPF**, ejercicio de 2008, más sus intereses de demora, derivado de:

-No considerar rendimiento de trabajo el importe resultante de sumar la totalidad de los descuentos efectuados en sus nóminas en concepto de Cuotas Seguro Colectivo.

-Considerar como rendimientos del trabajo, después de aplicar a dichos rendimientos la reducción del 75%, el exceso sobre el anterior importe, hasta la cifra 89.000#, importe percibido de la dotación inicial en el Plan de Pensiones de **Telefónica**, reconocido por **Telefónica** en concepto de "Derechos por Servicios Pasados".

Alega, en resumen, como fundamento de su pretensión, que formuló solicitud de rectificación de su autoliquidación del **IRPF** del ejercicio de 2008, de la que derivaba la devolución de ingresos indebidos por importe total de 8.708,38#, más el interés de demora correspondiente, al entender que, en su declaración del **IRPF** del ejercicio de 2008, incluyó indebidamente en los rendimientos del trabajo la cantidad de 89.000# percibida en forma de capital del Plan de Pensiones de Empleados de **Telefónica** FONDITEL. Ha sido trabajador dependiente, en virtud de relación laboral, de la compañía "**Telefónica** de España, S.A.", durante 39 años, 6 meses y 20 días, desde que ingresó en la misma el día 10 de noviembre de 1958 hasta la fecha de 1 de junio de 1998. En origen, todos los trabajadores de **Telefónica** figuraban como asegurados en un seguro colectivo de riesgo y supervivencia suscrito por la compañía, como uno de los instrumentos de su previsión social, complementada con una mutualidad, la Institución **Telefónica** de Previsión (ITP). Dicho seguro colectivo, que cubría el riesgo del personal activo y pasivo de la Compañía **Telefónica**, estaba instrumentado mediante las pólizas que, a continuación, se describen. El riesgo de muerte e invalidez total y permanente y accidentes se cubría inicialmente mediante las pólizas nº NUM002 y NUM003 , ambas concertadas con una agrupación ("pool") de compañías de seguros, encabezada por la Compañía de Seguros

Metrópolis, S.A. Este seguro tenía dos escalas: Escala simple. El capital asegurado se determinaba conforme a los emolumentos que percibía el trabajador y variaba con los sucesivos aumentos salariales del mismo. La prima del seguro era pagada materialmente por **Telefónica**, detrayéndola del importe a abonar al trabajador en su nómina, pero imputándola al trabajador, figurando en la nómina como ingreso del trabajador. Sobre esta cantidad, **Telefónica** practicaba la retención a cuenta del **IRPF** que resultara de aplicación; Escala doble. El capital asegurado era el doble que en el supuesto anterior, variando también con los sucesivos aumentos salariales. La escala doble fue voluntaria para el trabajador hasta el 31 de diciembre de 1978. Desde el 1 de enero de 1979 se convirtió en obligatoria. En esta escala doble, la prima del seguro era pagada por mitades por el trabajador y por **Telefónica**. La prima del seguro también era pagada materialmente por **Telefónica**, detrayéndola en su totalidad del importe a abonar al trabajador en su nómina. **Telefónica** imputaba al trabajador la mitad de esta prima, figurando en la nómina como ingreso del trabajador. También, sobre esta cantidad, **Telefónica** practicaba la retención a cuenta del **IRPF** que resultara de aplicación. La otra mitad era soportada directamente por el trabajador, siendo restada del importe líquido a percibir en la nómina.

Las prestaciones cubiertas en las dos pólizas eran:

Por la póliza nº NUM002 :

- Fallecimiento por muerte natural.
- Invalidez total y permanente por enfermedad. El importe de estas prestaciones era igual al capital asegurado.

Por la póliza nº NUM003 :

- Fallecimiento por accidente laboral y no laboral.
- Invalidez total y permanente por accidente laboral o no laboral.

La cuantía de estas prestaciones correspondía al capital asegurado. Invalidez parcial por accidente laboral o no laboral. En este caso, se abonaba un porcentaje del capital asegurado en el momento del accidente, fijado por la compañía aseguradora, una vez determinado por ésta el grado de invalidez del asegurado.

El riesgo de supervivencia se cubría, inicialmente, por otra póliza de Metrópolis, pero desde el 1 de enero de 1983, **Telefónica** liberó el pago de primas de la anterior póliza, pasando a ser soportado por un fondo de autoseguro.

La percepción de esta prestación se efectuaba de la siguiente forma:

Mujeres: 100% del seguro de jubilación al cumplir la edad de 65 años. Varones: se percibía de forma fraccionada en anualidades iguales al cumplir la edad de 65 años; y el 100% a la edad de 70 años. A partir de 1 de enero de 1987, se percibía el 100% del seguro de jubilación a la edad de 65 años.

El cálculo del importe a percibir correspondiente al seguro de jubilación se establecía de acuerdo con los siguientes criterios acordados en su día (ya que, desde el 1 de enero de 1983, se convierte en un fondo interno) con Metrópolis, S.A.:

El trabajador acogido a la escala simple percibía el total del capital asegurado.

Para el trabajador acogido a la escala doble, se tomaba como base el capital asegurado al 1 de enero de 1978, con un mínimo de 24.040,48# (4.000.000 pts.). Al jubilarse, cada empleado percibiría el capital asegurado a 1 de enero de 1978, más la mitad del incremento, desde esa cantidad anterior, a la que tuviera asegurada en el momento de la jubilación.

Trabajador incorporado al seguro con posterioridad a 1978:

Si el capital asegurado al vencimiento del seguro era superior a 24.040,48# (4.000.000 pts.), percibiría a la jubilación los 24.040,48#, más la mitad de la diferencia del capital asegurado en el momento de la jubilación, entre ese capital y los 24.040,48#.

Si el capital asegurado, al vencimiento del seguro, era inferior a 24.040,48# (4.000.000 pts.), a la jubilación percibía la totalidad del capital asegurado.

El demandante formalizó su adhesión voluntaria al seguro colectivo de los empleados de **Telefónica** de la Compañía de Seguros Metrópolis, Certificado de Seguro nº 44.778, escala doble. Por tanto, mensualmente, le eran descontadas de sus nóminas los importes correspondientes para el pago de las primas de este seguro,

en función de su escala de aseguramiento. Las compensaciones que **Telefónica** efectuaba sobre las primas de dicho seguro estaban sujetas a **IRPF**, que le era retenido de sus haberes.

Con fecha 1 de julio de 1992, **Telefónica**, previo acuerdo con los sindicatos y, tras efectuar un referéndum entre los empleados, constituyó un Plan de Pensiones, alternativo al seguro colectivo, de forma tal que cada empleado debía optar libremente por permanecer en el seguro o acogerse al Plan. Para los trabajadores que, como es el caso del demandante, decidieron incorporarse al Plan, **Telefónica** instrumentó esta alternativa en forma de renuncia al seguro colectivo. A cambio de esta renuncia al seguro de supervivencia, **Telefónica** reconoció al demandante, en concepto de "derechos por servicios pasados" un importe inicial en el Plan de Pensiones de 89.466,87#.

Considera que **los importes percibidos del seguro de supervivencia** que nos ocupa, por cuya renuncia **Telefónica** le reconoció la dotación inicial en el Plan de Pensiones de 89.466,87# **en concepto de "derechos por servicios pasados"**, al no instrumentar compromiso alguno por pensiones, deben tributar en el **IRPF** como rendimientos del capital mobiliario; a salvo que resulte de aplicación a los mismos lo dispuesto en la Disposición Transitoria cuarta de esta Ley del **IRPF**, relativa al "Régimen transitorio de los contratos de seguro de vida generadores de incrementos o disminuciones de patrimonio con anterioridad a 1 de enero de 1999". En el supuesto que el rescate se produzca en forma de capital, el rendimiento neto obtenido calculado conforme lo dispuesto en el artículo 25 LIRPF, podrá reducirse, en la parte del mismo generado antes del 20 de enero de 2006 que corresponda a cada una de las primas satisfechas hasta el día 31 de diciembre de 1994 por la aplicación de los coeficientes reductores de los incrementos de patrimonio hasta esa fecha vigentes. Cita la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de nuestro Tribunal Supremo, en su Sentencia de fecha 27 de julio de 2002, entre otras. En cuanto a la decisión del trabajador de permanecer en el Seguro Colectivo, o incorporarse al Plan de Pensiones, la misma STS entiende que el trabajador no estaba renunciando a derecho alguno que le correspondiera, sino que estaba eligiendo una de las dos opciones que ofertaba la compañía, o bien permanecer en el seguro colectivo, o incorporarse al Plan de Pensiones. Resulta, por todo ello, que la dotación inicial de 89.466,87# que **Telefónica** reconoció en el Plan de Pensiones en concepto de "derechos por servicios pasados", por un importe "equivalente a sus derechos consolidados" no tiene otro origen ni otra causa que el ejercicio de la opción, instrumentada mediante la renuncia que, en su día, efectuó al seguro y, por tanto, se debió nutrir de la transferencia que **Telefónica** realizó al Plan de Pensiones de los fondos, las reservas, del seguro al que el demandante renunció. Por ello, los importes aportados al Plan de Pensiones tienen un doble origen. La dotación inicial en concepto de "derechos por servicios pasados" por un importe individualizado en este caso de 89.466,87# "equivalente a sus derechos consolidados" procede del ejercicio de la opción. Las restantes cantidades sí son, en sentido estricto, aportaciones al plan de pensiones. Y, por ello, los importes que mi representado ha percibido del Plan de Pensiones tienen una doble naturaleza y han de tributar del modo que proceda, en función de ese doble origen. De una parte, tributarán como rendimientos del trabajo los importes recibidos del Plan de Pensiones que deriven de las aportaciones en sentido estricto realizadas al mismo; mientras que los importes recibidos del Plan que deriven de la dotación inicial por importe de los 89.466,87# reconocida por **Telefónica**, deberán tributar como rendimientos del capital mobiliario al proceder de un seguro de vida.

Por todo ello resulta un ingreso indebido por importe de 8.708,38 # realizado en la declaración del **IRPF** del ejercicio de 2008, por diferencia entre la cantidad pagada en concepto de cuota del citado impuesto, por importe de 10.843,86 #, y la cantidad a pagar por importe de 2.135,48 #, que resulta del borrador de la declaración del **IRPF** del mismo ejercicio, realizado sin incluir en la base imponible el importe percibido del Plan de Pensiones. Cita, entre otras la Sentencia nº 567, de fecha 12 de junio de 2013, recaída en el PO 576/2011, dictada por la misma Sección 5ª, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid.

Manifiesta que a la fecha del escrito de demanda, ni a la de las reclamaciones de las que trae causa, **la parte demandante no conserva las nóminas ni otros certificados de retenciones proporcionados por Telefónica**, distintos de los que se han aportado, en los que consta la detracción de cantidades para el pago de la prima del seguro. **Se trata de documentos cuya antigüedad oscila entre los 50 años de los primeros hasta los 15 de los últimos, que no se han conservado por entender que carecían de utilidad.** En todo caso, de los anteriores y **del certificado de vida laboral que constan en el expediente administrativo, resulta acreditado que trabajó ininterrumpidamente en Telefónica desde 1958 hasta 1998, y en estos años estuvo pagando, mediante detracción de sus nóminas, la prima del Seguro Colectivo.**

TERCERO: El Abogado del Estado, en la contestación a la demanda, sostiene, en síntesis, que hay que tener en cuenta que, cuando en 1992 **Telefónica** creó su plan de pensiones, ofreció a sus trabajadores dos posibilidades: o bien continuar con su derecho a percibir la prestación de supervivencia establecida en el

contrato de seguros celebrado con la Compañía Metrópolis, o bien, integrarse en el plan de pensiones creado. Ante esta alternativa, el recurrente optó por incorporarse al plan de pensiones por lo que se le reconocieron unos derechos por los servicios prestados sin exigencia de imputación fiscal alguna. Ello no significa que el recurrente ejercitara entonces el derecho de rescate del contrato de seguro y su liquidación se aportase a un Plan de Pensiones. Tampoco supuso una transformación del seguro colectivo en un Plan de pensiones. No. La elección del recurrente supuso incorporarse a un Plan de Pensiones y que su empresa realizara una serie de aportaciones al nuevo Plan a favor del recurrente. Por tanto, no puede hablarse, como manifiesta el demandante, de un origen diferenciado en las aportaciones realizadas al Plan de Pensiones sino que todas proceden, puesto que así se establece en el régimen transitorio al que se acogió **Telefónica**, de una misma fuente, las aportaciones del promotor.

Cita el art. 108.4 de la LGT y la sentencia esta Sección 5ª de Madrid en su S. 20502/2008 de 21 julio, con cita de la del TS de 11-10-04. Tanto por una como por otra vía legal, resulta que **si el recurrente, en aplicación del art. 17.2.a.3ª de la LIRPF 2006 -que califica como rendimientos del trabajo a todas las prestaciones percibidas por los beneficiarios de planes de pensiones sin posibilidad de deducir importes por contribuciones al plan-, declaró como rentas de trabajo las cantidades percibidas de Fonditel, a él, y a nadie más, corresponde acreditar la existencia del error y los presupuestos necesarios para la rectificación de su declaración y la aplicación de la no sujeción reclamada.** En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Castilla-León, Burgos, en casos equivalentes (Sentencias núm. 259/2012, de 25 mayo, recurso núm. 11812011, núm. 552/2012 de 20 marzo, recurso 0002321/2008; y núms. 211/2011 de 13 mayo y 156/2011 de 12 abril) y la Sentencia del TSJ del País Vasco nº 424/2011, de 10 de junio.

El recurrente entrega sus nóminas, cuyos textos presentan el problema analizado por la Sentencia de la Sala de Burgos, citada, sin exista fehacientemente dato alguno que permita saber qué parte es de aportaciones de la empresa y qué parte procede de las cuotas abonadas por el recurrente.

CUARTO: Una vez delimitadas las cuestiones planteadas por las partes en este litigio, como ya se ha señalado por esta Sala en las sentencias de 12 de junio de 2013 (recurso contencioso administrativo nº 576/2011), 12 de febrero de 2014 (recurso nº 893/11), 25 de febrero de 2014 (recurso nº 1138/11), 28 de abril de 2015 (recurso nº 176-2013) y 30 de junio de 2015 (recurso nº 466-2013), entre otras, ha de tenerse en cuenta la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en varias sentencias, pudiendo citarse, entre otras, las de 5 de marzo de 2007, 12 de marzo de 2007, 20 de marzo de 2007, 8 de octubre de 2007 y 21 de enero de 2008, dictadas en recursos de casación para unificación de doctrina, que anulan sentencias de esta Sala y Sección dictadas en los años 2002, 2003 y 2004.

Pudiendo señalarse entre las últimas sentencias del Tribunal Supremo sobre la cuestión debatida, la de 9 de mayo de 2008, dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina, en la que respecto de una sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sede Granada), determina lo siguiente: "Sobre el tema debatido se viene pronunciando esta Sala, entre otras, por las sentencias de esta Sala de 27 de Julio, 16 de Septiembre y 2 de Octubre de 2002, 12 de Julio de 2003, 7 de Abril y 1 de Junio de 2004, y 11 de Abril de 2005 y 20 de Febrero y 6 y 7 de Marzo y 2 y 10 de octubre de 2006, a favor de la tesis que propugna la recurrente.

Así en la última citada se señala que "podemos en definitiva abordar el juicio contradictorio entre las tesis contrapuestas, que hemos de resolver a favor de la tesis de la parte recurrente, puesto que la retención practicada en la nómina demuestra, sin lugar a dudas, que las cantidades entregadas como consecuencia del seguro colectivo, deben considerarse como primas correspondientes a dicho contrato, deducibles de la cuota íntegra del impuesto, como una consecuencia derivada de un contrato de seguro de vida, al haber alcanzado el reclamante la edad pactada, y recibir el capital asegurado, y no, como se ha considerado por la Administración, como una renta irregular de trabajo personal.

Recordemos las tajantes apreciaciones probatorias que se contienen en las sentencias contradictorias, en contraste con la indefinición a que llegó la recurrida.

Debemos añadir, por ello, que el Fondo de Pensiones constituido por **Telefónica** lo fue en 1992, y aunque el ejercicio a que se refieren las actuaciones es el de 1995, en la sentencia recurrida no se acredita suficientemente que haya habido aportaciones de **Telefónica** para el pago de las primas, lo cual determina que, en aras del mantenimiento de la unidad de doctrina, haya de rechazarse la tesis de la Administración, no pudiendo considerarse que la cantidad percibida deba atribuirse a dos conceptos diferentes, a saber, el rescate de un seguro de supervivencia y lo derivado del Fondo aludido.

Resultaba aplicable, en consecuencia, el art. 48.1.i) de la Ley 18/1991 , a cuyo tenor "cuando la alteración del valor del patrimonio proceda[...] de contratos de seguros de vida o invalidez, conjunta o separadamente, con capital diferido, el incremento o disminución patrimonial vendrá determinado por la diferencia entre la cantidad que se perciba y el importe de las primas satisfechas, sin perjuicio de lo previsto en los artículos 9, apartado uno, letra e) y 37, apartado uno, número 3, letra f) de esta Ley " .

Pues bien, **de acuerdo con la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, y partiendo de que en el presente caso no se ha acreditado por el recurrente mediante la aportación de las nóminas, la retención practicada en la nómina, al no haber aportado ninguna nómina ni al expediente administrativo ni al presente recurso, por lo que no demuestra las cantidades entregadas como consecuencia del seguro colectivo, que en su caso deberían considerarse como primas correspondientes a dicho contrato, deducibles de la cuota íntegra del impuesto, como una consecuencia derivada de un contrato de seguro de vida, al haber alcanzado el reclamante la edad pactada, y recibir el capital asegurado.**

Frente a las alegaciones efectuadas por los recurrentes en casos similares al presente, **la aportación de las nóminas no puede considerarse como una prueba diabólica, pues es al recurrente al que corresponde acreditarlas, conforme a lo dispuesto en el art. 105.1 de la Ley General Tributaria y así ha podido apreciarlo esta Sala en otros recursos de otros empleados de la misma entidad, en los que sí se han aportado las nóminas por los recurrentes en cada caso.**

A una conclusión similar, precisamente amparándose en la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, ya se llegó por el propio Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid en la resolución dictada el 24 de febrero de 2011 en la que estimó la reclamación económico administrativa número NUM004 , que fue examinada en la sentencia de esta Sala dictada el 23 de abril de 2013 en el recurso contencioso administrativo número 435/2011 .

En el caso analizado en este recurso, es aplicable la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que en el art. 17.2.a).5ª considera, en todo caso, rendimientos del trabajo:

"5ª Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los planes de previsión social empresarial.

Asimismo, las prestaciones por jubilación e invalidez percibidas por los beneficiarios de contratos de seguro colectivo, distintos de los planes de previsión social empresarial, que instrumenten los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, en los términos previstos en la disposición adicional primera del texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones , y en su normativa de desarrollo, en la medida en que su cuantía exceda de las contribuciones imputadas fiscalmente y de las aportaciones directamente realizadas por el trabajador."

Por tanto, sólo los importes que excedan de las contribuciones imputadas fiscalmente y de las aportaciones directamente realizadas por el trabajador, pueden considerarse rendimientos del trabajo, lo que supone que los importes de descontados en las nóminas no pueden considerarse rendimientos del trabajo, contrariamente a lo argumentado por la Administración.

Sin embargo, como ya se ha indicado en el presente caso no se aportan las nóminas, por lo que no resultan acreditados los importes descontados de sus nóminas al recurrente.

De lo expresado se deduce que el importe que ha de ser considerado como aportación efectuada por el trabajador constituye la suma de la totalidad de **los descuentos efectuados en sus nóminas, pero no han resultado acreditados mediante la presentación de las oportunas nóminas.** En todo caso, **debe hacerse referencia a que al no aportarse las nóminas resulta imposible calcular la cantidad total anual del importe deducido en concepto de seguro colectivo, cantidad que resultaría exenta de tributación.** Dicho importe no podría ser considerado como rendimiento del trabajo y sólo el exceso sobre dicha cifra hasta el total del importe reconocido en concepto de Derechos por Servicios Pasados a 1-7-1992, de Plan de Transferencia: 49.069,14 # y de Plan de Amortización: 40.397,73 #, resultando la suma de 89.466,87 euros, según consta en certificado del Plan de Pensiones de Empleados de **Telefónica**, aportado al expediente administrativo, (habiendo percibido en el año 2008 en forma de capital el importe de 89.000,00 Euros, importe sobre el que se practicó una retención de 13.350,00 Euros, de Fonditel Pensiones, Entidad Gestora de Fondos de Pensiones, S.A., en su condición de de Entidad Gestora de "Empleados de **Telefónica** de España, Fondo de Pensiones", en el que se encuentra integrado el Plan de Pensiones Empleados de **Telefónica**, según consta en el certificado aportado, fechado en abril de 2009), ha de imputarse como rendimiento del trabajo, pero sobre dicho importe se debe tener en cuenta que el art. 94 del citado Real Decreto Legislativo 3/2004 , regula

los porcentajes de reducción aplicables a determinados rendimientos procedentes de contratos de seguro y en su apartado 2 establece lo siguiente: "A los rendimientos derivados de las prestaciones percibidas en forma de capital, establecidas en el artículo 16.2.a).5.ª de esta ley cuando las aportaciones efectuadas por los empresarios hayan sido imputadas a las personas a quienes se vinculen las prestaciones, y a los rendimientos derivados de percepciones en forma de capital de los contratos de seguro a que se refiere el artículo 23.3 de esta ley, **les resultarán de aplicación los siguientes porcentajes de reducción:**

a) El 40 por ciento, para los rendimientos que correspondan a primas satisfechas con más de dos años de antelación a la fecha en que se perciban, y para los rendimientos derivados de prestaciones por invalidez a las que no resulte de aplicación lo previsto en el párrafo b) siguiente.

b) **El 75 por ciento para los rendimientos que correspondan a primas satisfechas con más de cinco años de antelación a la fecha en que se perciban, y para los rendimientos derivados de prestaciones por invalidez, en los términos y grados que reglamentariamente se determinen.**

Este mismo porcentaje resultará de aplicación al rendimiento total derivado de prestaciones de estos contratos que se perciban en forma de capital, cuando hayan transcurrido más de ocho años desde el pago de la primera prima, siempre que las primas satisfechas a lo largo de la duración del contrato guarden una periodicidad y regularidad suficientes, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

c) *Reglamentariamente podrán establecerse fórmulas simplificadas para la aplicación de las reducciones a las que se refieren los párrafos a) y b) anteriores "*

Por tanto, **de acuerdo con el precepto citado, en el presente caso supone que ha de aplicarse el 75% de porcentajes de reducción, como manifiesta el recurrente en la pretensión que formula en forma subsidiaria, ya que el mismo es aplicable en virtud de la Disposición transitoria undécima de la Ley 35/2006 que regula el régimen transitorio aplicable a las prestaciones derivadas de los contratos de seguros colectivos que instrumentan compromisos por pensiones y que determina:**

"2. Para las prestaciones derivadas de contingencias acaecidas a partir de 1 de enero de 2007 correspondientes a seguros colectivos contratados con anterioridad a 20 de enero de 2006, podrá aplicarse el régimen fiscal vigente a 31 de diciembre de 2006. Este régimen será sólo aplicable a la parte de la prestación correspondiente a las primas satisfechas hasta 31 de diciembre de 2006, así como las primas ordinarias previstas en la póliza original satisfechas con posterioridad a esta fecha".

Si bien esa reducción no puede calcularse sobre todo el importe percibido por el actor sino solo hasta la suma que se corresponde con la parte rescatada de la dotación inicial aportada por **Telefónica** en concepto de derechos reconocidos por **Telefónica** por servicios pasados en 1.992 y que ascienden a 89.466,87 euros, por lo que habiendo recibido en el ejercicio de 2008 el importe de 89.000,00 euros, es sobre esa cantidad sobre la que debe calcularse.

En consecuencia, procede la estimación parcial del recurso contencioso administrativo, declarando no conforme a Derecho la resolución recurrida, anulándola y dejándola sin efecto, así como el acuerdo del que trae causa, declarando el derecho del recurrente a la devolución del importe resultante de efectuar el cálculo más arriba establecido.

En cuanto a las alegaciones de ambas partes en torno a las sentencias que citan de varios Tribunales Superiores de Justicia, hay que señalar que dichas sentencias no vinculan a esta Sala.

QUINTO: En base a lo dispuesto en el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la redacción dada por la Ley 37/2011, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de D. Nemesio, contra la resolución dictada por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid el día 22 de marzo de 2013, sobre Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 2008, declarando no conforme a Derecho la resolución recurrida, anulándola y dejándola sin efecto, así como el acuerdo del que trae causa, declarando el derecho del recurrente a la devolución del importe resultante según lo especificado en el fundamento cuarto de esta sentencia, desestimando el resto de las pretensiones de la demanda. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.



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