



Roj: **STSJM 12748/2016** - ECLI: ES:TSJM:2016:12748

Id Cendoj: **28079330052016101171**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **17/11/2016**

Nº de Recurso: **276/2015**

Nº de Resolución: **1172/2016**

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:** 28.079.00.3-2015/0004907

251658240

**Procedimiento Ordinario 276/2015**

**Demandante:** D./Dña. Marino

PROCURADOR D./Dña. MARIA JESUS BEJARANO SANCHEZ

**Demandado:** TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO REGIONAL DE MADRID MEH

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

**DE**

**MADRID**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN QUINTA**

**SENTENCIA 1172**

RECURSO NÚM.: 276-2015

PROCURADOR D./DÑA.: MARÍA JESÚS BEJARANO SÁNCHEZ

**Ilmos. Sres.:**

**Presidente**

**D. José Alberto Gallego Laguna**

**Magistrados**

**Dña. María Rosario Ornosá Fernández**

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

**Dña. Carmen Álvarez Theurer**



-----  
En la Villa de Madrid a 17 de Noviembre de 2016

Visto por la Sala del margen el recurso núm. 276-2015 interpuesto por D. Marino representado por la procuradora Dña. María Jesús Bejarano Sánchez contra fallo del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid de fecha 27.01.2015 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 súplica 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 la votación y fallo, la audiencia del día 15-11-2016 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 27 de enero de 2015 en la que acuerda desestimar la reclamación económica administrativa número NUM000, interpuesta contra acuerdo de 20 de febrero de 2012, dictado por la Administración de Guzmán el Bueno 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 2010, siendo el importe reclamado la cantidad de 44.496,64 euros.

**SEGUNDO:** El recurrente solicita en su demanda que se Anule la resolución impugnada y se declare el derecho del recurrente a la devolución del importe resultante teniendo en cuenta que debe considerarse como exento el importe de las aportaciones al Seguro Colectivo por importe de 4.914,01 euros y se incluya como rendimiento íntegro del trabajo la cantidad de 52,776,84 euros, sobre la que se debe aplicar una reducción del 75%.

Alega, en resumen, como fundamento de su pretensión, que prestó servicios para la empresa **Telefónica** de España desde el 07/11/1974, según se observa a la vista del Informe de vida Laboral que consta aportado al Expediente Administrativo. En esa fecha se adhiere al Seguro Colectivo suscrito por la empresa **Telefónica** de España con la aseguradora METROPOLIS S.A., en el año 1941, al objeto de complementar las prestaciones con cargo a la Mutualidad Institución **Telefónica** de Previsión Social., el cual cubría entre otras prestaciones la cobertura de supervivencia, aportando el empleado, cuotas mensuales, tributando al **IRPF**; al mismo tiempo, los empleados de **TELEFONICA**, aportaban unas primas obligatorias a la mutualidad Institución **Telefónica** de Previsión Social (ITP), constituida al amparo de la Ley de Mutualidades de 1941. Se aportan con la demanda nóminas del año 1975 al año 1992. De dichas nóminas se acredita que al actor le fueron practicados descuentos en concepto de "cuota del seguro colectivo" por importe de 704.422 pesetas (4.414,07 euros) en esos años concreto. Dado que las nóminas correspondientes al periodo comprendido entre los años 1976-1985 ambos inclusive, no se pueden aportar por no disponer de ellas, estima esta parte que se podría cuantificar a la baja en un importe de 73.200 pesetas (439,94 euros), teniendo en cuenta para ello las cuotas descontadas en el año 1975 cuyo importe asciende a 610 pesetas mensuales, lo que supondría 7.320 pesetas al año, cantidad esta que sería inferior a lo realmente descontado, toda vez que cada año subía el importe que se descontaba en concepto de Cuota seguro colectivo". Si bien es cierto que en algunas nóminas se le compensa parte del descuento en concepto de "cuota seguro colectivo"; no es menos cierto que en las mismas nóminas se le practica una retención en concepto de I.R.P.F. COMP. SEGURO COLECTIVO. Es decir la cantidad que se le compensa está sujeta a tributación en el **IRPF** por lo cual ya ha tributado en su momento, por lo que someterlo nuevamente a tributación supondría una doble imposición fiscal.



En el año 1992, y después de proceder a la disolución de la Institución **Telefónica** de Previsión Social, la **Telefónica** constituye, al amparo de la Disp. Trans. Primera de la Ley 8/1987 y Disp. Trans. Primera de su Reglamento, que contempla el trasvase de los patrimonios que el personal tenga reconocidos por Servicios Prestados como Prestación Complementaria de la Institución, sin renuncia alguna a los derechos y exenciones reconocidas con anterioridad a dicha creación, un Fondo de Pensiones de Sistema de Empleo, reconociendo a la demandante unos **derechos pasados por importe de 57.690,85 €, tal y como se recoge en certificación que consta aportada al Expediente Administrativo.**

A dicho Plan de Pensiones de Sistema de Empleo, se efectúan aportaciones, obligatorias tanto por parte de la empresa como por el trabajador, consistentes en el 6,87 % y un 2,2 % respectivamente, del salario regulador del trabajador, en cada momento; como se estipula en el art. 21 del Reglamento de Plan de Pensiones de Empleados de **Telefónica**. En el art. 22 del citado reglamento se reconoce una participación por cuota parte en el fondo de capitalización determinado en función de tres conceptos: las aportaciones directas e imputadas, las rentas generadas por los recursos invertidos y en su caso los quebrantos y gastos y se mencionan los derechos consolidados por servicios pasados que se efectúa en la Disposición Transitoria Primera.

Llegado al momento de su jubilación, mi representado percibe de Fonditel Pensiones, en su condición de Entidad Gestora de "Empleados de **Telefónica** de España, Fondo de Pensiones", **la cantidad de 157.329,12 euros; declarando dicha cantidad en el IRPF como rendimientos irregulares. Entiende que del pago único percibido por el actor, por importe de 157.329,12 euros, sólo la cantidad de 99.638,27 euros proviene de las aportaciones normalizadas al Plan de Pensiones realizadas desde el 1/7/1992. De la cantidad de 57.690,85 euros correspondiente a los derechos pasados debe estar exenta de tributación la cantidad de 4.914,01 euros y a la diferencia entre ambas cantidades, es decir 52.776,84 euros debe aplicarse una reducción del 75%.**

Alega que la Disposición Transitoria Primera del Reglamento del Plan de Pensiones de Empleados de **Telefónica**, para el personal incorporado a la Empresa con posterioridad al 29-6-87, y condicionado a que ratifiquen su adhesión al Plan efectivamente en el plazo general de un año a contar desde el 1-7-92, el promotor se compromete a aportar extraordinariamente al Plan de Pensiones la cantidad que se refleja en el Anexo B de este Reglamento, y en los plazos que, para cada uno de ellos se indica, siempre que no se excedan los límites legales de aportaciones, en los términos indicados en el Artículo 21 de este Reglamento. De entre estos trabajadores, las aportaciones indicadas para los que tenían relación laboral temporal con el promotor al 1-7-92 quedan, además, condicionadas a que estos trabajadores adquieran la condición de fijos en plantilla de **Telefónica** de España S.A.U., a partir de cuyo momento comenzarán a correr los plazos de financiación indicados en el Anexo B. En los supuestos de cese de la relación laboral, fallecimiento, incapacidad permanente absoluta para todo trabajo de alguno de estos partícipes, el promotor cesará en el pago de estas aportaciones extraordinarias. El montante estimado valorado financieramente a 1 de julio de 1992 suponía 3.417,328.999 pesetas (20,538,560,92 euros) y correspondió para el mes de julio de 1992 una aportación de 59.975.412 pesetas (360.459,48 euros). Las cantidades informadas provisionalmente correspondientes al personal que no ratifique su adhesión, se destinarán a engrosar las cantidades informadas provisionalmente como derechos por servicios pasados y como aportaciones extraordinarias para los trabajadores que si ratifiquen su adhesión. No obstante, la efectividad de estas aportaciones dependerá tanto de la permanencia de la persona en activo en la empresa, como de la posibilidad legal de hacerlas efectivas teniendo en cuenta los límites legales de aportación existentes.

Invoca el art. 17.2.a) 5ª Ley 35/2006 de 28 de noviembre y solo pueden considerarse rendimientos del trabajo los importes que excedan de las contribuciones imputadas fiscalmente y de las aportaciones directamente realizadas por el trabajador, lo que implica que los importes descontados en nómina por ese concepto de Seguro Colectivo los cuales ascienden a 4.914,01 (doc. 2 al 9) están exentos así como la compensación realizada por **Telefónica**, toda vez que la misma se le imputa como rendimiento del trabajo en especie y por el cual tributa el trabajador al **IRPF**. Disposición Transitoria Undécima. 2 de la Ley 35/2006 de 28 de noviembre (régimen transitorio aplicable a las prestaciones derivadas de contratos de seguros colectivos). **Es de aplicación al presente caso el régimen fiscal vigente a 31 de diciembre de 2006, el cual está regulado en el art. 94 del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, que aprobó el Texto Refundido de la Ley del IRPF. Por consiguiente debe aplicarse una reducción del 75% sobre el importe del rendimiento no exento, es decir, sobre 52.776,84 euros. Cita la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 5a, S 25-2-2014, nº 211/2014, rec. 1138/2011.**

**Frente a la alegación del Abogado del Estado** en la contestación a la demanda sobre que la pretensión expuesta en el suplico de la demanda debe ser inadmitida, por el recurrente, en escrito presentado el 14 de diciembre de 2015, alega que la pretensión expuesta en el suplico de la demanda no es causa de inadmisibilidad; toda vez que no se encuentra contenida en el art. 51 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en virtud del contenido del art. 69 de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, **no procede dictar Sentencia**



inadmitiendo el recurso tal y como se pretende por el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda.

**TERCERO:** El Abogado del Estado, en la contestación a la demanda, sostiene, en síntesis, que de conformidad con el art. 17.2.a.3ª del LIRPF 2006, las prestaciones de planes de pensiones se consideran, en todo caso, rendimientos del trabajo, independientemente de la procedencia de las aportaciones, y deben ser objeto de integración en la parte general de la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del perceptor. En la solicitud de rectificación de su autoliquidación por IRPF 2010 el recurrente planteaba que, de las cantidades percibidas por él en tal ejercicio en forma de capital de su Plan de Pensiones en Telefónica, parte de esa cantidad no estaba sujeta a IRPF en modo alguno porque se trata del importe que en 1992, cuando se integró en el Plan de Pensiones de Telefónica, le fue reconocido como derechos en el Plan a cambio de los derechos que hasta entonces ostentaba por las primas pagadas por ella, de su salario en Telefónica, hasta 1992 en razón al seguro colectivo de supervivencia existente en Telefónica hasta ese año 1992. Sostiene el recurrente que no debió él incluir en la base imponible la citada cantidad porque no se trata de rendimiento alguno sino de estricta devolución de las primas pagadas por ella a lo largo de los años por dicho seguro. Sin embargo, 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 detracer 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.

Manifiesta el Abogado del Estado que en razón al carácter revisor de esta jurisdicción, la pretensión expuesta en el suplico de la demanda debe ser inadmitida en cuanto excede de lo solicitado ante el TEAR.

**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 1138/11) y 28 de abril de 2015 (recurso nº 176-2013), 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 se ha acreditado por el recurrente mediante la aportación de parte de las nóminas, correspondientes a los meses de julio de 1975 a diciembre de 1975 y de enero de 1986 a diciembre de 1992, que en las mismas se practicaron reducciones en concepto de "Cuota Seguro Colectivo", y que se practicaron retenciones por el I.R.P.F., lo que evidencia, como manifiesta el Tribunal Supremo 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.

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 28/06210/08, 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, **en las nóminas se aprecia que junto al importe que se descuenta, aparece una cantidad que se resta en concepto de "Compensación Seguro Colectivo" que en las nóminas aportadas es el 100% del importe de descuento por el mismo concepto.**

**También se aprecia en dichas nóminas que se practica retención por I.R.P.F. sobre dicho concepto de Compensación Seguro Colectivo**

**Todo lo cual evidencia que el importe real descontado al trabajador no es valor consignado en el concepto de "Cuota Seguro Colectivo", puesto que hay que tener en cuenta el importe de la compensación.**



El recurrente en la demanda pretende que se tenga en cuenta el importe total, pero ello sólo sería posible si constara acreditado en alguna forma que el citado que se resta de la reducción es imputado fiscalmente al trabajador, recayendo en el recurrente la carga de la prueba conforme a lo dispuesto en el art. 105.1 de la Ley General Tributaria, pero de los documentos aportados no resulta probado el concreto importe imputado fiscalmente al recurrente y las aportaciones directamente efectuadas por el trabajador, ya que, como se ha dicho, junto al importe que se le descuenta en cada nómina de las aportadas, aparece un reintegro del mismo importe al trabajador, por lo que no resulta probado en el presente caso el importe de las aportaciones efectuadas por el trabajador. **Debiendo tener en cuenta que como se aprecia en las nóminas, que la deducción practicada en las nóminas le es reintegrado por la empleadora, por lo que no queda probado mediante las nóminas que se practicara la imputación fiscal por el importe alegado por el recurrente.**

En cuanto a las alegaciones de la demanda sobre la pretendida doble imposición por haberse practicado en su día retención por I.R.P.F., **hay que precisar que lo determinante para la procedencia o no de la exención pretendida es si el recurrente ha probado las contribuciones imputadas fiscalmente y de las aportaciones directamente realizadas por el trabajador, lo que en el presente caso no resulta probado porque al recurrente le fueron devueltos los importes de las cuotas consignados en las nóminas aportadas, de tal manera que sobre dichos importes no puede considerarse que efectuara aportación alguna, con independencia de que en su día se practicada retención por el I.R.P.F., sin que ello suponga doble imposición, pues al no hacer aportación el recurrente en las nóminas aportadas, lo que ocurre es que no puede determinarse el importe exento que pretende.**

**Por otra parte, hay que tener en cuenta que el recurrente no aporta la totalidad de las nóminas.**

**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, descontando los reintegros efectuados por la empleadora en concepto de compensación Seguro Colectivo.**

Lo que ocurre en el presente caso es que el importe al que se refiere el recurrente, que consta en las nóminas como descontado, que cifra en la demanda en 4.914,01 euros le fue reintegrado en las mismas nóminas donde se practica el descuento, por lo que no puede considerarse que el mencionado importe le fuera imputado al recurrente, y por ello no procedería la exención pretendida sobre dicho importe debiendo desestimar en este punto el recurso sobre la exención pretendida de la cantidad de 4.914,01 euros.

Los importes que la empleadora haya abonado al trabajador que no hayan sido objeto de reintegro por la empleadora no pueden ser considerado como rendimientos 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 57.690,85 euros, según consta en certificado del Plan de Pensiones de Empleados de **Telefónica**, aportado al expediente administrativo, 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 sobre dicha cuestión, 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 57.690,85 €.

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.

Por último, en cuanto a la manifestación del Abogado del Estado que considera que la pretensión expuesta en el suplico de la demanda debe ser inadmitida en cuanto excede de lo solicitado ante el TEAR, se debe precisar que el Abogado del Estado no precisa qué supuesto de inadmisibilidad considera que concurre ni a qué concreta pretensión se refiere, sin que pueda considerarse que concurre ninguno de los supuestos previstos en el art. 69 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, **teniendo en cuenta además que la circunstancia de añadir argumentos jurídicos en apoyo de la petición de rectificación no puede considerarse como un exceso sobre la pretensión inicial, y si el Abogado del Estado se refiere a la pretensión de que se aplique una reducción del 75%, constituye una reducción de la pretensión y no un exceso, por lo que debe desestimarse dicha alegación del Abogado del Estado.**

**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. Marino, contra la resolución dictada por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid el 27 de enero de 2015, sobre Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 2010, 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 cabe interponer recurso de casación cumpliendo los requisitos establecidos en los artículos 86 y siguientes de la Ley de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, debiendo prepararse el recurso ante esta Sección en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación.

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.