



Roj: **STSJ GAL 6752/2018 - ECLI: ES:TSJGAL:2018:6752**

Id Cendoj: **15030330042018100389**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **14/12/2018**

Nº de Recurso: **15667/2017**

Nº de Resolución: **387/2018**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **FERNANDO FERNANDEZ LEICEAGA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA CON/AD SEC.4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00387/2018

- Equipo/usuario: IL

Modelo: N11600

PLAZA GALICIA S/N

N.I.G: 15030 33 3 2017 0001698

Procedimiento : PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0015667 /2017 /

Sobre: ADMINISTRACION TRIBUTARIA Y FINANCIERA

De D./ña. Pelayo

ABOGADO JOSE ANTONIO MARCOTE ROCHA

PROCURADOR D./Dª. MONICA VAZQUEZ COUCEIRO

Contra D./Dª. TRIBUNAL ECONOMICO-ADMINISTRATIVO REGIONAL DE GALICIA

ABOGADO ABOGADO DEL ESTADO

PROCURADOR D./Dª.

RELATOR: D. FERNANDO FERNÁNDEZ LEICEAGA

NO NOME DE EL-REI

A Sección 004 da Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia pronunciou a

SENTENZA

Ilmos./as. Sres./as. D./Dª

JOSE MARIA GOMEZ E DIAZ CASTROVERDE-PTE

JOSE MARIA ARROJO MARTINEZ

FERNANDO FERNÁNDEZ LEICEAGA

MARIA DELCARMEN NÚÑEZ FIAÑO

A CORUÑA, catorce de decembro dous mil dezaoitto.

No recurso contencioso-administrativo que, co número 15667/2017, presentado por Dº Pelayo , representado polo procurador Sra. Vázquez Couceiro , dirixido polo letrado Dº. Marcote Rocha, contra o acordo de 15.09.2017 do TEAR. É parte a Administración demandada o TEAR/AEAT, representado polo letrado do Estado.



É relator o Ilmo. Sr. D. FERNANDO FERNÁNDEZ LEICEAGA.

ANTECEDENTES DE FEITO

PRIMEIRO. - Admitiuse a trámite o recurso, e practicáronse as dilixencias oportunas, presentado o recorrente a súa demanda, na que solicitou que se acollera integramente o recurso.

SEGUNDO. - Conferido traslado á parte demandada, solicitouse a desestimación do recurso, de conformidade cos feitos e fundamentos de dereito consignados na contestación da demanda.

TERCEIRO. - Recibíndose o asunto a proba e declarado concluso o debate escrito, quedaron as actuacións sobre a mesa para resolver.

CUARTO. - Na sustanciación do recurso observáronse as prescricións legais, sendo a súa contía 2.048,74 EUROS.

FUNDAMENTOS XURIDICOS

PRIMEIRO.- O acto que se recorre é o acordo de 15.09.2017 do TEAR que rexeita a reclamación económico administrativa contra a desestimación da solicitude de rectificación da autoliquidación **IRPF** ano 2011.

O recorrente é xubilado de **telefónica** e considera que ás prestacións recoñecidas polo INSS no ano 2011 lle son de aplicación a DT 2.apartado 3 da Ley 35/2006 , e este criterio aplicoullo o TEAR ós anos 2012 a 2015.

Considera que acreditou que cotizou ó ITP dende o 17/02/1967 ata o 31/12/1991, e formaliza unha petición en cascada, en función da data que se tome en consideración.

SEGUNDO.- Á vista do que a continuación diremos, no estado actual das cousas é **irrelevante se a ITP tiña ou non a condición de mutualidad de previsión social**, sendo evidente que a primeira das pretensións resulta obrigado acollela, dado que así resulta do criterio establecido polo TEAC na resolución de 05.07.2017: <<Para determinar se resultan aplicables as previsións contidas nos apartados 2 e 3 da Disposición Transitoria Segunda da lei 35/2006 , á pensión pública de xubilación que perciben os antigos empregados de **Telefónica**, debe diferenciarse a parte da pensión pública de xubilación que corresponde a achegas á Mutualidad Institución **Telefónica** de Previsión realizadas con anterioridade e con posterioridade ao 1 de xaneiro de 1979, posto que a posibilidade de redución ao 75 por 100 da pensión só pode ser aplicable cando as achegas non puideron ser obxecto de redución ou minoración na base imponible.

Consecuentemente, non resulta aplicable o previsto na Disposición Transitoria Segunda da Lei 35/2006 do 28 de novembro do Imposto sobre a Renda das Persoas Físicas , á parte da pensión pública de xubilación que perciben da Seguridade Social os antigos empregados de **Telefónica SA**, **polas achegas realizadas con posterioridade ao 1 de xaneiro de 1979 ata o 1 de xaneiro de 1992 (data da súa integración na Seguridade Social) pois facéndose estas achegas a Institución **Telefónica** de Previsión polos seus traballadores con carácter sustitutorio do Réxime Xeral da Seguridade Social para cubrir continxencias de morte, xubilación e incapacidade dos empregados da compañía, si foron obxecto de minoración ou dedución na base imposible do Imposto sobre a súa renda persoal, desde o 1 de xaneiro de 1979, tendo en conta a lexislación vixente en cada momento (Lei 44/1978, Lei 18/1991, Lei 40/1998).**

En cambio, a parte da pensión que poida corresponder a achegas anteriores ao 1 de xaneiro de 1979, si ten dereito á aplicación das previsións dos apartados 2 e 3 porque as achegas non eran deducibles, segundo a lexislación vixente no momento. **Neste caso, unha vez acreditada polo interesado a data en que comezou a facer achegas á ITP e o período polo que as estivo facendo, se non se puidese acreditarse a contía concreta das achegas que non puidesen ser obxecto de redución ou minoración na base imponible, integrárase como rendementos do traballo só o 75 por cento da parte correspondente da pensión>>.**

Todo iso sen que, a teor do exposto na devandita resolución, sexa necesaria outra proba que a das cotizacións á devandita data do 1/1/79, o que nin sequera se discute pola Administración.

Do devandito resulta que a controversia se cingue en determinar se a DT 2ª resulta (ou non) tamén de aplicación as achegas realizadas entre o 01.01.1979 e o 01.01.1992 (e as posteriores) , xa que o recorrente discrepa do criterio do TEAC.

A resolución do TEAC realiza un estudo da lexislación tributaria vixente no seu respectivo momento e considera que a Lei 44/1978 - art. 19 - posibilitaba deducir na determinación dos rendementos netos do traballo, como gasto, as cantidades abonadas a montepíos laborais e mutualidades obrigatorias cando dean amparo, entre outros, ao risco de morte.



Redacción semellante (con matices) tiñan a Lei 48/1985, a Lei 18/1991 e a Lei 40/1998.

Tal e como resulta desta normativa e do criterio da DXT o relevante é que esta posibilidade de deducir as achegas existira (posibilidade legal) sendo indiferente que se exercitou ou non .

Como se indicou, o recorrente, sen descoñecer esta normativa, sostén que non resulta de aplicación dado que os traballadores de **Telefónica**, ao ser contratados, facíanse asegurados de METROPOLIS S.A., compañía de seguros, coa que a empresa concertara un seguro colectivo que cubría a continxencia de supervivencia (capital a percibir á xubilación) e tamén cubría o risco de morte.

Deste feito deduce que as achegas ao ITP nunca puideron ser obxecto de dedución xa que o ITP non cubría o risco de falecemento, que estaba cuberto coa póliza con Metrópolis.

O que acontece é que a existencia desta póliza de seguros non presupón que as achegas feitas ao ITP fixéronse á marxe da continxencia de falecemento, que seguían cubertas pola Mutualidad (e complementadas pola póliza de seguros).

A ITP naceu no ano 1944 como mutualidad de previsión social pertencente ao sistema de Previsión Social Obrigatorio, e no ano 1978 recoñécéuselle o carácter de Entidade Xestora da Seguridade Social.

Dado que o relevante son as achegas posteriores ao 01.01.1979, o importante é determinar que continxencias cubría o ITP desde o ano 1978.

De acordo co RD 1879/1978 a ITP estaba obrigada a outorgar - como mínimo- as prestacións incluídas na acción protectora obrigatoria da Seguridade Social e entre estas está a pensión por xubilación ou morte ou supervivencia (así resulta da Orde de 13.02.1967 e do Decreto 1646/1972), polo que a achega feita pola empresa/traballador á ITP desde o ano 1979 cubría o risco de morte (nos termos do art. 19 da Lei 44/1978), o que posibilitaba a correspondente dedución da declaración do **IRPF**.

O propio recorrente recoñece que o regulamento da ITP cubría ditas previsións, e aínda que pretende que non son equiparables ao esixido no art. 19 da Lei 44/1978 - morte- entendemos que isto non é así, dado que o artigo non pretendía engadir maiores previsións que as xerais da SS, senón que facía referencia á situación precedente ao RD 1879/1978: as mutuas só cubrían - obrigatoriamente- as continxencias profesionais.

O devandito obriga a rexeitar esta pretensión do recorrente, ao que hai que engadir que aínda que se puidese compartir a súa tese sobre a cobertura por falecemento aínda teríamos un problema de proba ao que é de aplicación o artigo 105.1 LGT . **E iso porque o feito de que non se deduciron aquelas cotas no IRPF habería de ser acreditado por quen reclama. Máis exactamente: non se trata da proba dun feito negativo, senón a que é necesaria para acreditar o nacemento do dereito á aplicación da DT 2ª da Lei.**

E, no que se refire ao período 1991 ata o 2011, dado que o 01.1992 a ITP integrouse no réxime xeral da Seguridade Social, as achegas que se realizan polo seguro colectivo son exclusivas da compañía, e as que poidan facer os traballadores son voluntarias e neste concepto non poden ser obxecto de dedución, nin se poden equiparar a achegas a unha Mutualidad, que é o que require a a DT 2ª da Lei do Imposto .

Por tanto, tamén rexeitamos a demanda neste punto.

E restaría soamente definir se a cotización do contribuínte con anterioridade a 1/1/1979 habería de seguir o criterio proporcionalidade de anos naturais ou o de días cotizados, sendo este último o que se acepta pola AEAT nas súas últimas resolucións, ben entendido que a efectos do cálculo da porcentaxe da incidencia do cotizado á ITP no total da pensión de xubilación haberá de referirse ao total de días cotizados e non só aos días cotizados que son precisos para xerar o dereito á pensión de xubilación, pois iso levaría a baleirar de contido parte dos días efectivamente cotizados, por máis que outra conclusión beneficie ao contribuínte. Porcentaxe que consideramos correcto dado que non é de aplicación o artigo 163 do RDL 1/1994 xa que non estarmos determinando a contía da pensión de xubilación, senón unha cuestión estritamente fiscal - **aplicación da DT 2.3- e a estes efectos é coherente que para determinala aplicación desta disposición se teñan en conta o total de días cotizados en relación co período dende o ingreso na ITP ata o 31.12.1978, o que nos leva a acoller parcilamente o recurso.**

TERCEIRO.- Non facemos declaración das custas, de conformidade co disposto no artigo 139 da Lei Xurisdiccional .

Por todo o exposto, en nome do Rey, pola autoridade que lle confire a Constitución, esta sala decidiu

FALLAMOS



Que ACOLLEMOS PARCIALMENTE o recurso contencioso-administrativo presentado por D^o Pelayo contra a resolución de 15.09.2017 do TEAR (Rect. IRPF ano 2011, exped, NUM000) anulándoa para que a AEAT integre coma rendemento de traballo o 75% da pensión que proporcionalmente poida corresponder ás achegas anteriores ó 01.01.1979 .

Non facemos declaración das custas.

Notifíquese ás partes e, no seu momento, devólvase o expediente administrativo á súa procedencia, con certificación desta resolución. Contra esta resolución teñen un recurso de casación ante a Sala Terceira do Tribunal Supremo. Devandito recurso haberá de prepararse ante a Sala de instancia no prazo de trinta días, contados desde o seguinte ao da notificación da resolución que se recorre, en escrito no que, dando cumprimento aos requisitos do artigo 89 da Lei Reguladora da Xurisdición Contencioso-Administrativa , tómese en consideración o disposto no punto III do Acordo da Sala de Goberno do Tribunal Supremo de data 20 de abril de 2016, sobre extensión máxima e outras condicións extrínsecas dos escritos procesuais referidos ao recurso de casación (B.Ou.E. do 6 de xullo de 2016).

Así o pronunciamos, mandamos e asinamos.

FONDO DOCUMENTAL CEND