



Roj: **STS 3856/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:3856**

Id Cendoj: **28079130022015100390**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **16/09/2015**

Nº de Recurso: **2294/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Contencioso**

Ponente: **JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 672/2014,**
STS 3856/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciséis de Septiembre de dos mil quince.

Visto por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación para unificación de doctrina núm. 2294/2014, interpuesto LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 2014, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, de la Audiencia Nacional, en el recurso de dicho orden jurisdiccional núm. 183/2013, estimatoria del recurso contencioso administrativo deducido contra resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 24 de abril de 2013, la que anula y en su lugar declara que la pensión que viene percibiendo el recurrente D. Marcos está exenta, conforme a lo dispuesto en el artículo 7. g) de la Ley 35/2006, reconociendo el derecho a que le sean reintegradas las sumas indebidamente retenidas desde el 27 de enero de 2009 así como sus intereses legales.

Ha sido parte recurrida la D. Marcos, representado por el Procurador D. Julio Antonio Tinaquero Herrero.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo nº 183/2013, seguido ante la Sección Cuarta, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 19 de febrero de 2014, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: " FALLO. Estimar el recurso contencioso-administrativo promovido por D. Marcos, quien actúa representado por el Procurador D. Julio Tinaquero Herrero y defendido por letrado, contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central (Sala Primera Volcario Primera, RG 4195/10 y 4218/10) de 24 de abril de 2013, resolución que anulamos por no ser conforma a derecho; y en su lugar declaramos que la pensión que viene percibiendo está exenta, conforme a lo dispuesto en el artículo 7.g) de la Ley 35/2006, reconociendo el derecho a que le sean reintegradas las sumas indebidamente retenidas desde el 27 de enero de 2009 así como sus intereses legales.- Las costas causadas se imponen a la demandada".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, el Abogado del Estado, en nombre y representación de LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, presentó con fecha 7 de abril de 2014, escrito de interposición de recurso de casación para la unificación de doctrina, por entender que la sentencia de instancia, respecto de litigantes en idéntica situación y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, había llegado a pronunciamientos distintos al de la sentencia que aporta de contraste (Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 28 de junio de 2010), suplicando a la Sala "tenga por interpuesto en tiempo y forma el recurso de casación para unificación de doctrina contra la sentencia de 19 de febrero de 2014, y previa su tramitación legal, con elevación de los autos al Tribunal Supremo, se dicte en su día sentencia estimatoria del mismo".



TERCERO.- El Procurador D. Julio Antonio Tinaquero Herrero, en nombre y representación de D. Marcos , mediante escrito presentado con fecha 6 de junio de 2014, formuló oposición al presente recurso, suplicando a la Sala "dicte resolución por la que se acuerde no haber lugar al recurso de casación y todo lo demás que proceda en Derecho".

CUARTO.- Recibidas las actuaciones, por Providencia de fecha 2 de Junio de 2015, se señaló para votación y fallo el día 15 de Septiembre de 2015, en cuya fecha tuvo lugar el referido acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Antonio Montero Fernandez, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso de casación para unificación de doctrina la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 19 de febrero de 2014, recaída en los autos 183/2013 , estimatoria del recurso contencioso administrativo deducido contra resolución del Tribunal Económico Administrativo Central de 24 de abril de 2013, la que anula y en su lugar declara que la pensión que viene percibiendo el recurrente D. Marcos está exenta, conforme a lo dispuesto en el artículo 7. g) de la Ley 35/2006 , reconociendo el derecho a que le sean reintegradas las sumas indebidamente retenidas desde el 27 de enero de 2009 así como sus intereses legales.

Recoge la sentencia recurrida que el Pleno del Consejo General del Poder judicial dictó Acuerdo con fecha 17 de julio de 2008, en el que hizo constar que el dictamen emitido por el Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) había dictaminado que el interesado " *se encuentra afecto de una incapacidad permanente total para su profesión habitual*" y que " *no se pronuncia sobre si dicha lesión o proceso patológico le inhabilita por completo para toda profesión u oficio*" y que " *tampoco lo hace sobre si el interesado necesita asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida*". A pesar de ello, entra a analizar los distintos dictámenes médicos y las alegaciones e informes obrantes en el expediente, lo que le llevó a la conclusión de que la incapacidad permanente debía reconocerse en grado de absoluta; dando lugar al cumplimiento del impreso J de iniciación de oficio del procedimiento de reconocimiento de pensión de jubilación del régimen de clases pasivas señalando en el formulario que la incapacidad permanente tenía el grado de absoluta, adjuntando dictamen del EVI y acordando "*Declarar la jubilación por incapacidad permanente para el servicio del Magistrado Ilustrísimo Sr. Don Marcos , titular del Juzgado de lo Social número NUM000 de DIRECCION000 , con los derechos pasivos que le correspondan por esta causa, al considerar que la lesión o proceso patológico padecido le inhabilita por completo para la profesión u oficio, debido a la contundencia, precisión y virtualidad con que se pronuncian los distintos certificados médicos aportados al expediente y a la significación objetiva del acuerdo adoptado por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha que informa favorablemente la plena procedencia de la jubilación por incapacidad permanente para toda profesión u oficio. A tenor de lo dispuesto en el artículo 287 del Reglamento 1/1995, de 7 junio, de la Carrera judicial, el mencionado Magistrado, cesará en su actual destino en la misma fecha en la que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial adopte el acuerdo de proceder a su jubilación por incapacidad permanente para el servicio*".

En 7 de noviembre de 2008 la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas le reconoció pensión ordinaria de jubilación por incapacidad permanente, con efectos económicos de 1 de agosto de 2008, primer día del mes siguiente al hecho causante.

El citado Magistrado vino percibiendo su pensión de jubilación sin retención alguna hasta el 27 de enero de 2009, fecha en la que en el pago de la pensión se le descuentan 386,53 ? en concepto de retención.

Interpone recurso de reposición contra la retención mediante escritos de 16 de febrero y 20 de marzo de 2009 ante Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas al encontrarse su pensión exenta y no ser procedente practicar retención (artículo 75.3 a) del Reglamento IRPF).

La Subdirección General de Ordenación Normativa de Recursos e Información de Clases Pasivas dictó resolución de 2 de abril de 2009 resolviendo los recursos y en lo que ahora interesa considera que la Disposición Adicional Segunda 1 del Real Decreto 397/1996 de 1 de marzo atribuye en exclusiva a los Equipos de Valoración de Incapacidades de las Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de la Seguridad Social la competencia para la emisión de los dictámenes médicos preceptivos para determinar la existencia de incapacidad permanente y fijación del grado de la misma a efectos de la declaración de jubilación por incapacidad; por lo que a la vista del dictamen de 29 de enero de 2008 emitido por el Equipo de Valoración Incapacidades del Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Sr. Marcos posee una incapacidad permanente total para su profesión habitual, pero no para toda profesión u oficio; por lo que la pensión de jubilación no puede estar exenta, ya que el artículo 7.g) de la Ley 35/2006 considera exentas únicamente las pensiones



de inutilidad o incapacidad siempre que la lesión o enfermedad que fue causa de las mismas inhabilite por completo al perceptor para toda profesión u oficio.

Presentada reclamación económico administrativa contra la anterior resolución el Tribunal Económico-Administrativo Central se pronunció en 24 de abril de 2013, distinguiendo el tratamiento fiscal de la pensión por incapacidad permanente que se regula a través de la Orden de 22 de noviembre de 1996 del Ministerio de la Presidencia, considerando que el órgano de jubilación debe ajustarse a lo declarado en el dictamen del EVI en la cumplimentación del documento J, con el que se inicia de oficio el procedimiento de reconocimiento de pensión de jubilación del Régimen de Clases Pasivas. Parte del presupuesto de que en el acuerdo de señalamiento de la pensión no es procedente indicar el grado de incapacidad del jubilado, pues la cantidad líquida abonable depende de la normativa fiscal, ajena a la específica de clases pasivas y afirma que *"se señala que la competencia para aplicar las normas fiscales de retención a cuenta del citado impuesto de su pensión de clases pasivas corresponde a la Caja Pagadora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 del texto refundido aprobado por Real Decreto legislativo 670/1987 y los artículos 11.2 b) 12 y 18 del RD 172/1988 , por lo que el acto impugnado es el relativo al pago de la nómina que se hace en la Caja Pagadora. Por todo lo cual la dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas no actúa como Caja Pagadora de Clases Pasivas (es decir, en tanto no actúa como Caja Pagadora Central o de los pensionistas domiciliados en la Provincia de Madrid) no tiene competencia alguna para aplicar las consecuencias fiscales que se derivan de la incapacidad absoluta para toda profesión u oficio, debiendo el interesado plantear tal pretensión ante la Caja Pagadora de su pensión de jubilación, y contra la decisión que adopte, podrá interponer reclamación económico-administrativa ante el Tribunal económico- administrativo Regional... que corresponda a la Caja Pagadora"*.

La sentencia de instancia centra el debate señalando que el Magistrado pretende el reconocimiento de que la pensión que percibe se encuentra exenta por tener una incapacidad reconocida en grado de absoluta por resolución del Pleno General del Poder Judicial de 17 de julio de 2008, solicitando que no se le practicaran las retenciones a cuenta del IRPF, por ser de aplicación los artículo 7 g) Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y 75 del Real Decreto 439/2007 de 30 de Marzo (Reglamento del IRPF y modificación del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones aprobado por RD 304/2004 de 20 Febrero).

Para la Sala de instancia se ha desconocido una resolución firme del órgano de jubilación, al que compete la declaración de la incapacidad permanente, así como la apreciación del grado de la misma (artículos 387 y 388 LOPJ), conforme declaró la Sentencia de 10 de noviembre de 2003 (TS, Sala 3ª, Sección 7ª, de 10 de noviembre de 2003, rec. 567/2001). Y a ello no obsta la regulación contenida en el Real Decreto 397/1996 de 1 de Marzo, por el que se regula el Registro de Prestaciones Sociales Públicas, Disposición Adicional Segunda , desarrollada en la Orden de 22 de noviembre de 1996 por la que se establece el procedimiento para la emisión de los dictámenes médicos a efectos del reconocimiento de determinadas prestaciones de Clases Pasivas. Recordando que la Disposición Adicional Tercera ordena que el órgano de jubilación indique en el apartado correspondiente del impreso de iniciación de oficio del procedimiento de reconocimiento del derecho a pensión (Impreso J), si la lesión o proceso patológico del funcionario, además de incapacitarle para las funciones propias de su Cuerpo, le inhabilita por completo para toda profesión u oficio, y, en su caso, si necesita la asistencia de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida, según conste en los dictámenes médicos que emitan los Equipos de Valoración de Incapacidades o los correspondientes Tribunales médicos a que hace referencia el Real Decreto 1556/1995, de 21 de septiembre, tratándose de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. Puesto que al Consejo General del Poder Judicial, órgano de jubilación, el competente para determinar si el funcionario se halla o no incapacitado y su grado de incapacidad, y esta situación es determinante para la exención fiscal, habiendo el Consejo General del Poder Judicial examinado todas las pruebas e informes obrantes en el expediente, que venían a completar el informe del EVI, citando sendas Sentencias del Tribunal Supremo que se habían pronunciado en términos semejantes, y declaró la jubilación así como el grado al que se equiparaba, expidiendo el modelo o impreso J. para la iniciación de oficio del procedimiento de reconocimiento del derecho a la prestación por jubilación, e indicó de forma expresa que la incapacidad era absoluta, a efectos de la retención IRPF. Lo que le lleva a concluir que como quiera que había quedado acreditado mediante la resolución firme del órgano de jubilación el presupuesto de la exención (incapacidad permanente absoluta), el Ministerio de Economía debió declarar exenta la pensión (STS, Sala 3ª, Sección 2ª, de 28 de septiembre de 2004 , rc.C. 5163; de 13 de octubre de 2004, rec. 6535/1999; o de 19 de marzo de 2007, rec. 37/2003), y ordenar practicar los sucesivos pagos sin descuentos en concepto de IRPF, con devolución de las sumas retenidas indebidamente con sus intereses legales (artículo 32 LGT 2003).

SEGUNDO.- El Sr. Abogado del Estado interpone el presente recurso de casación para unificación de doctrina planteando una doble cuestión. Una si es o no competente la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas para declarar que una determinada pensión de jubilación está exenta del IRPF conforme al artº 7.g) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre . Dos, si el órgano de jubilación puede declarar que la



incapacidad que da lugar a la jubilación es absoluta para toda profesión u oficio, aunque no lo haya dicho el Equipo de Valoración de Incapacidades y si esa declaración debe ser tenida en cuenta por la Dirección de Costes de Personal, caso de ser competente, a la hora de declarar la exención de la pensión.

Como sentencia de contraste aporta la sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, recurso 130/2009, de fecha 28 de junio de 2010 . Considera la parte recurrente que concurre las identidades necesarias. En cuanto a los hechos, se trata de magistrados jubilados por incapacidad permanente en virtud de resolución del Consejo General del Poder Judicial que declara que los interesados estaban incapacitados para toda profesión u oficio, incapacidad permanente absoluta, aunque el informe del Equipo de Valoración de Incapacidades decía sólo que los interesados estaban imposibilitados para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Carrera o profesión habitual; en ambos casos se recurrió por los interesados pidiendo que se declarase exenta su pensión del IRPF, conforme al artº 7.g) de la Ley 35/2006 . En ambos supuestos se discute la competencia de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas para declarar la exención de la pensión a partir de los arts. 11 y 12 del Real Decreto Legislativo 670/1987 , y en ambos supuestos se discute también si la Dirección General de Costes de Personal debía declarar la exención tributaria a partir de la resolución del Consejo General del Poder Judicial que declaró la incapacidad permanente absoluta cuando el EVI no lo hizo, Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 397/1996 y Orden de 22 de noviembre de 1996 y artº 28 de la Ley de Clases Pasivas . También las pretensiones fueron la de conseguir la declaración de exención del IRPF de su pensión de jubilación.

Analiza el Sr. Abogado del Estado los arts. 11 , 12 y 28.2.c) del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas , y concluye que la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, al dictar el acto de reconocimiento de la pensión no tiene porqué pronunciarse sobre el grado de incapacidad permanente, ni hacer constar si es o no absoluta, ni, claro está, tiene competencia para declarar si la pensión está o no exenta; es al Director General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda al que corresponde ordenar el pago de las prestaciones de clases pasivas, por lo que la procedencia o no de efectuar retenciones se realiza por las Cajas Pagadoras. Además, Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 397/1996 y Orden de 22 de noviembre de 1996 son los EVI los que deben pronunciarse sobre el grado de incapacidad que da lugar a la jubilación, por lo que si no dice que la incapacidad es absoluta, no puede decirlo el órgano de jubilación, y menos puede exigirse a la Dirección de Costes de Personal y Clases Pasivas que lo diga a efectos de declarar exenta la pensión.

Por último transcribe parcialmente la sentencia de contraste:

"...reconocida la situación jurídica contingencial de jubilación por incapacidad permanente en tales términos, en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión y señalamiento de los haberes pasivos correspondientes, es decir, en el acto administrativo de reconocimiento de la situación jurídica prestacional, no es pertinente hacer determinación alguna sobre el grado de incapacidad permanente que hubiera dado lugar a la situación jurídica contingencial, porque en el Régimen de Clases Pasivas del Estado, a efectos del reconocimiento de esa situación jurídica prestacional y señalamiento de los correspondientes haberes pasivos, solamente se toma en consideración la incapacidad permanente derivada de lesión o proceso patológico que imposibilite al funcionario totalmente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, plaza o carrera [art. 28.2 c), Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado]. Siendo ello así, y no siendo objeto de controversia la resolución dictada en el procedimiento de jubilación, sino en el de señalamiento de la prestación de Clases Pasivas, carece de relevancia invalidante el hecho de que, en el dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades, no aparezcan explícitamente marcados los recuadros correspondientes a: "Sí-No la lesión o proceso patológico citados le inhabilitan por completo para toda profesión u oficio"/ Sí-No necesita la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida".

Y, por otra parte, tampoco es procedente la impugnación de la resolución reconocimiento de la pensión de jubilación y señalamiento de los haberes pasivos correspondientes por razón de no contener determinación alguna para la aplicación de la exención prevista en el art. 7 g) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas , dado que el reconocimiento de cuya exención no corresponde al centro gestor de Clases Pasivas, como se puso de manifiesto en la sentencia de esta Sala y Sección de 26 de octubre de 2009 , en función del marco jurídico de aplicación y de la doctrina sentada en la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1998 [Recurso de Casación en interés de ley 5922/1997], al sentar como doctrina legal [art. 100.2, Ley 29/1998]: «2º.- Que el funcionario jubilado por incapacidad permanente para el servicio que se considere con derecho a la exención, prevista y regulada en el artículo 9º, apartado 1, letra c) de la Ley 18/1991, de 6 de Junio, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas , según la redacción dada por el artículo 14 de la Ley 13/1996 , citada, debe instar de los Órganos competentes del Ministerio de Economía y Hacienda el reconocimiento, de conformidad con lo previsto en la Orden de la Presidencia de Gobierno de 22 de Noviembre de 1996, de que se halla "inhabilitado por completo



para toda profesión u oficio", como presupuesto del derecho a la exención de la pensión de jubilación por inutilidad o incapacidad permanente para el servicio de los funcionarios de la Administración Pública». Doctrina legal seguida por las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1999 [Recurso de casación para unificación de doctrina núm. 5075/1998], 30 de marzo de 2000 [Recurso de casación para unificación de doctrina núm. 5268/1998], y 19 de junio de 2003 [Recurso de casación para unificación de doctrina núm. 10930/1998]".

TERCERO.- Se opone la parte recurrida al recurso de casación para unificación de doctrina alegando la falta de identidad entre la sentencia de instancia y la de contraste, señalando que la parte recurrente obvia la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de julio de 1996 , haciendo referencia a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de junio de 2007 , la que transcribe parcialmente; considerando que la sentencia de contraste no trata la cuestión sustancial de la validez y efectos de una resolución firme del Consejo General del Poder Judicial.

CUARTO.- A la vista del contenido de las sentencias de instancia y de contraste y de los términos en los que el Sr. Abogado del Estado desarrolla el presente recurso de casación para unificación de doctrina, planteando, como se ha visto, dos cuestiones, competencia de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas para declarar que una determinada pensión de jubilación está exenta del IRPF y si el órgano de jubilación puede declarar que la incapacidad que da lugar a la jubilación es absoluta para toda profesión u oficio, aunque no lo haya dicho el Equipo de Valoración de Incapacidades y si esa declaración debe ser tenida en cuenta por la Dirección de Costes de Personal, resulta imprescindible hacer las siguientes advertencias tantas veces reiteradas por este Tribunal Supremo.

En el recurso de casación para unificación de doctrina es preciso la real concurrencia de la triple identidad entre la sentencia impugnada y la de contraste: subjetiva, objetiva (de hechos y fundamentos) y de pretensiones sustancialmente análogas.

No basta, pues, que los pronunciamientos judiciales enfrentados sean distintos; es necesario que sean distintos en presencia o ante supuestos sustancialmente iguales; en esto consiste la contradicción, precisamente. Por ello, debe el recurrente justificar mediante su escrito razonado en qué son distintos aquellos pronunciamientos; pero ha de expresarlo, y esto es lo importante, poniendo de relieve que ese distinto pronunciamiento se ha producido al resolver supuestos sustancialmente iguales. De ahí que la norma exija que el razonamiento sobre ese primer aspecto contenga una relación precisa y circunstanciada de las identidades determinantes de la contradicción alegada.

Respecto de la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida, el escrito de interposición habrá de identificar cual o cuales son las normas o los principios o la jurisprudencia que esa sentencia pueda haber infringido al pronunciarse en el sentido en que lo hizo y habrá de contener una exposición razonada capaz, por breve que fuera, de ser reconocida como fundamento de esa imputación.

Cargas procesales de observancia ineludible y que se imponen ex lege obligatoriamente por exigirlo la propia naturaleza, función y finalidad del recurso de casación para unificación de doctrina.

Ha de recordarse que la finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, no es estrictamente nomofiláctica de protección del ordenamiento jurídico, no se persigue tanto la depuración de la legalidad, como asegurar y proteger el principio de igualdad en la aplicación de la ley; por ello, la función depuradora sigue a su función básica de evitar en casos iguales enjuiciamientos diferentes; cuando no son posibles términos de comparación, el recurso pierde su finalidad y le está vedado a este Tribunal entrar a examinar la legalidad ad intra de lo actuado.

Dicho lo anterior no puede obviarse, como se ha hecho, el distinto contexto procedimental en el que se producen los pronunciamientos en contraste, pues dicho contexto justifica, al menos parcialmente, las distintas respuestas recibidas y pone en evidencia que no existe la identidad que supone el Sr. Abogado del Estado.

El objeto original sobre el que se pronuncia la sentencia de instancia es, como resulta evidente y palmario, la retención que se realiza por IRPF en la pensión del Sr. Marcos ; contra los citados actos de retención a cuenta del IRPF de los meses de enero y febrero, interpone recurso de reposición en fechas 16 de febrero y 20 de marzo de 2009. Conforme a lo dispuesto en el artº 227 de la Ley 58/2003 estamos ante actos susceptibles de reclamación económico administrativa, es esta normativa la aplicable al caso. Ciertamente que el recurso de reposición se presenta ante la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, pero los términos utilizados son inequívocos, *"Que por medio del presente escrito, interpongo RECURSO DE REPOSICIÓN frente a la retención practicada a esta parte en su pensión... La pensión neta abonada ha sido de 2.055,22 euros, cuando la pensión bruta mensual para el ejercicio de 2009 es de 2.441,75 euros con lo que la retención indebidamente*



aplicada asciende a la cantidad de 386,53 euros...", continúan los escritos del Sr. Marcos haciendo referencia al artº 227 de la Ley 58/2003 y también al artº 222 del mismo Texto sobre la procedencia del recurso de reposición, es más aunque considera competente para resolver el recurso de reposición a la Dirección General de Costes de Personal, advierte, artº 20 de la Ley 30/1992, que de no ser este órgano competente lo remita al órgano que lo sea, y lo que solicita no es otra cosa que se anulen las retenciones por estar exenta de IRPF su pensión.

Pues bien a pesar de lo inequívoco del objeto del recurso y de la pretensión del obligado tributario retenido, la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas considera que se recurre *"el Acuerdo de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas de fecha 7 de noviembre de 2008"*, esto es el reconocimiento de la pensión ordinaria de jubilación por incapacidad permanente, con efectos económicos de 1 de agosto de 2008, y encauza la impugnación a través de la previsión establecida en el artº 14 del Real Decreto Legislativo 670/1987, en relación con el apartado 1.c) de la Disposición Adicional undécima de la Ley 58/2003, sobre reconocimiento y pago de toda clase de pensiones y derechos pasivos que sea competencia del Ministerio de Hacienda. Existe, como se ve, una modificación unilateral e indebida del objeto y de la pretensión actuada.

A pesar de ello e interpuesta la oportuna reclamación el TEAC identifica perfectamente los actos impugnados, que no es el acuerdo de 7 de noviembre de 2008 de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, sino las retenciones practicadas como así expresamente recoge en el encabezamiento de su resolución de 24 de abril de 2013, pero centra su conclusión sobre *"el acuerdo de señalamiento de pensión de jubilación dictado por la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas de 11 (sic) de noviembre de 2008"*, y viene a confirmar el acuerdo bajo el argumento de que en el mismo *"no es procedente indicar el grado de invalidez del jubilado, al no suponer que el importe de la pensión se señale en función de éste, como ocurre en el Régimen General de la Seguridad Social, ni tampoco la cantidad líquida abonable, pues tal circunstancia depende de una normativa fiscal, ajena a la específica de Clases Pasivas"*, y se remite a la misma sentencia que trae de contraste el Sr. Abogado del Estado en este recurso de casación para unificación de doctrina, la dictada por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 28 de junio de 2010, la que transcribe parcialmente, remitiendo al reclamante a que impugne el acto de pago de la nómina ante el órgano competente, la Caja Pagadora, esto es, justo lo que había realizado el propio contribuyente que impugna los actos de retención en la nómina de su pensión, cuando además ya había advertido que de no ser competente el órgano al que se dirigía en sus recursos de reposición, fueran remitidos al órgano competente como así se prevé legalmente, procediendo el TEAC a confirmar las resoluciones de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas.

La diferencia entre los casos enfrentados resulta diáfana. En el que nos ocupa se impugna los actos de retención por IRPF de la pensión del Sr. Marcos. La sentencia de contraste de fecha 28 de junio de 2010 tiene por objeto material original la resolución de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones de 2 de julio de 2007, por la que se procedió al señalamiento de pensión ordinaria de jubilación por incapacidad del interesado. Materialmente, pues, nos encontramos con resoluciones de distinto contenido que han recibido respuestas judiciales distintas.

La sentencia impugnada se muestra coherente con la impugnación de las retenciones por IRPF de la pensión percibida por el Sr. Marcos en los meses de enero y febrero de 2009, y centra su discurso en analizar si la pensión por jubilación del Sr. Marcos estaba o no exenta a raíz de la resolución del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 17 de julio de 2008 que reconoció la incapacidad permanente en grado de absoluta, determinando su alcance y efectos, dejando al margen la resolución de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, de la que se limita a indicar que el Ministerio de Economía y Hacienda entendió que el mismo era conforme a derecho en tanto se atuvo a los límites competenciales que tiene reconocido en el reconocimiento de la pensión. Lo que es corroborado con lo recogido en los Fundamentos Octavo y Noveno de la sentencia impugnada, en este último concluye en la pertinencia de la exención de la pensión del IRPF por mor de la resolución del Consejo General del Poder Judicial y considera que en todo caso Economía y Hacienda es el órgano competente para el pago de las prestaciones de Clases Pasivas, sin perjuicio de su delegación y corresponde a la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas la administración y disposición de los créditos que figuren en la Sección de Clases Pasivas del Presupuesto de Gastos del Estado, y la orden de pago al Director General del Tesoro y Política Financiera del Ministerio de Economía y Hacienda, lo que le lleva a concluir que la Dirección General de Costes no era ajena a las funciones de reconocimiento y propuesta de pago, y añade que, además, cuando conoció el recurso de reposición contra el acto de retención en modo alguno entendió que se escapaba de su competencia, que de haberlo considerado así debió remitir el recurso de reposición al órgano competente, artº 20 de la Ley 30/1992.



La sentencia de contraste, ya se ha dicho, tiene por objeto no un acto de naturaleza tributaria, la retención por IRPF, sino un acto de naturaleza prestacional en el ámbito material de clases pasivas (así expresamente se recoge en el encabezamiento de la propia sentencia de contraste, *"en materia de Clases Pasivas"*). En concreto, como ya se ha indicado, su objeto fue la resolución de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas de 2 de julio de 2007, por la que se procedió al señalamiento de pensión ordinaria de jubilación por incapacidad permanente del Magistrado jubilado Sr. Roque . Concluyendo la sentencia de contraste en la conformidad jurídica de este acto, y en consecuencia de la resolución del TEAC que lo había confirmado, en tanto que el mismo no tenía que contener determinación alguna para la aplicación de la exención prevista en el artº 7.g) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas .

En definitiva, respecto de las primera de las cuestiones planteadas consistente, en palabras de la parte recurrente, en *"si es competente la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas para declarar que una pensión de jubilación está exenta del IRPF conforme al artº 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas "*, no existe identidad alguna entre la sentencia impugnada y la sentencia de contraste.

QUINTO.- Respecto de la segunda de las cuestiones planteadas consistente en, copiamos los términos del escrito de la parte recurrente, *"si el órgano de jubilación puede declarar que la incapacidad que da lugar a la jubilación es absoluta para toda profesión u oficio, aunque no lo haya dicho el Equipo de Valoración de Incapacidades y si esa declaración debe ser tenida en cuenta por la Dirección General de Costes de Personal, caso de ser competente, a la hora de declarar la exención de la pensión"*, la liga tan estrechamente a la primera de las cuestiones la parte recurrente que debe decaer por los mismo motivos puestos de manifiesto en el Fundamento anterior, recordar que parte de un presupuesto erróneo determinante de la suerte de este recurso, *"En ambos casos, la resolución de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas se recurrió por los interesados, primero en reposición y luego ante el TEAC"*, sin embargo, como ha quedado dicho, el recurso de reposición del Sr. Marcos se dirigió no contra resolución de este órgano de reconocimiento de pensión, sino contra las retenciones en las pensiones de los meses de enero y febrero de 2009.

La única concesión que realiza la parte recurrente respecto de asumir la carga procesal que le viene legalmente impuesta de justificar las identidades exigidas se concretan en exclusividad en alegar que *"En ambos casos también el Consejo General del Poder Judicial, declaró que los interesados estaban incapacitados para el desempeño de toda profesión u oficio (incapacidad permanente absoluta) aunque el informe del Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) decía sólo que los interesados estaban imposibilitados para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Carrera o profesión habitual... Por otro lado el órgano de jubilación no puede declarar la incapacidad absoluta si no lo hace el EVI por lo que la sentencia recurrida vulnera también los preceptos citados al basar la exención de la pensión en una declaración de incapacidad absoluta no ajustada a los mismos"*.

SEXTO.- En atención a todo lo expuesto, no ha lugar a acoger el recurso de casación para la unificación de doctrina, lo que determina la imposición de las costas a la entidad recurrente en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 93.5, en relación con el art. 139, ambos de la LJCA .

La Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el artículo 139.3 de la LJCA , señala 2.000 euros como cantidad máxima que por todos los conceptos puede reclamar la parte recurrida.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del Pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

Que no ha lugar a acoger el recurso de casación para la unificación de doctrina, interpuesto contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 2014, dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso administrativo numero 183/2013 , sentencia que queda firme; con imposición a la parte recurrente de las costas causadas, si bien, la Sala, haciendo uso de la facultad reconocida en el artículo 139.3 de la LJCA , señala 2.000 euros como cantidad máxima que por todos los conceptos puede reclamar la parte recurrida.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Manuel Vicente Garzon Herrero Emilio Frias Ponce Angel Aguallo Aviles Joaquin Huelin Martinez de Velasco Jose Antonio Montero Fernandez Manuel Martin Timon Juan Gonzalo Martinez Mico Rafael Fernandez Montalvo **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo.



Sr. Magistrado Ponente de la misma D. Jose Antonio Montero Fernandez, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, el Secretario. Certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ