

BASE DE DATOS DE [NORMACEF](#)

Referencia: NFJ064285

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID*Sentencia 821/2016, de 7 de julio de 2016**Sala de lo Contencioso-Administrativo**Rec. n.º 1058/2014***SUMARIO:**

IS. Tipo impositivo. Tipo reducido por mantenimiento o creación de empleo. *Entidad que emplea a las esposas de los socios y administradores.* Según el Estatuto de los Trabajadores se excluyen de la legislación laboral los trabajos de familiares, parientes hasta segundo grado, que convivan con el empresario, salvo que demuestren su condición de asalariados. Sin embargo, en este caso no consta que las esposas fueran socias ni consejeras de la empresa, por lo que su encuadramiento en el Régimen General de la Seguridad Social sería el procedente. No existe vinculación familiar en los socios ni como sociedad familiar, por lo que se considera que cumple los requisitos para aplicar el tipo reducido.

PRECEPTOS:

RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), disp. adic. duodécima.

RDLeg. 1/1995 (TRET), art. 1.

RDLeg. 1/1994 (TRLGSS), arts. 7, 97 y disp. adic. vigésimo séptima.

PONENTE:*Don Francisco Javier Canabal Conejos.***Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009730

NIG: 28.079.00.3-2014/0021701

Procedimiento Ordinario 1058/2014

Demandante: AGEIM OPERA SA

PROCURADOR D. /Dña. LUIS GOMEZ LOPEZ-LINARES

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO REGIONAL DE MADRID MEH

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

SENTENCIA

Ilustrísimos señores:

Presidente:

D. GUSTAVO RAMÓN LESCURE CEÑAL

Magistrados:

D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS
Dña. CARMEN ALVAREZ THEURER

En la Villa de Madrid a siete de julio de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sala, constituida por los señores del margen, de este Tribunal Superior de Justicia, los autos del recurso contencioso-administrativo número 1058/2014, interpuesto por la mercantil Ageim Ópera SA, representada por el Procurador de los Tribunales don Luís Gómez López-Linares, contra la resolución de fecha 28 de agosto de 2.014 del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid que desestima la reclamación económico-administrativa nº NUM000 . Habiendo sido parte la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por la mercantil Ageim Ópera SA se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 10 de octubre de 2.014 ante esta Sección que acordó su admisión, y una vez formalizados los trámites legales preceptivos fue emplazada para que dedujera demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito en el que tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación del acto recurrido y con ello la liquidación de la que trae causa.

Segundo.

La representación procesal de la Administración General del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicable, terminó pidiendo la desestimación del recurso.

Tercero.

Habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba se practicó la admitida por la Sala con el resultado obrante en autos y tras el trámite de conclusiones con fecha 29 de junio de 2016 se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo concluso para Sentencia.

Cuarto.

Por Acuerdo de 30 de mayo de 2016 de la Presidente en funciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se realizó el llamamiento del Magistrado lltmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS en sustitución voluntaria del Magistrado lltmo. Sr. D Francisco Gerardo Martínez Tristán.

Siendo Ponente el Magistrado lltmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

A través del presente recurso jurisdiccional la mercantil Ageim Ópera SA impugna la resolución de fecha 28 de agosto de 2.014 del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid que desestima la reclamación económico-administrativa nº NUM000 interpuesta contra acuerdo de liquidación provisional, clave NUM001 , relativo al Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2010, por cuantía de 3.640,52 €.

La citada liquidación se al entender que el tipo de gravamen aplicado es incorrecto, según se establece en el artículo 28 del texto refundido de la L.I.S ., por lo que modifica la cuota íntegra.

Señala que en los períodos impositivos iniciados dentro de los años 2009, 2010 y 2011, las entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en dichos períodos sea inferior a 5 millones de euros y la plantilla media en los mismos sea inferior a 25 empleados, tributarán con arreglo a la siguiente escala, excepto si de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de esta Ley deban tributar a un tipo diferente del general: a) Por la parte

de base imponible comprendida entre 0 y 120.202,41 euros, al tipo del 20 por ciento. En los períodos impositivos iniciados dentro del año 2011, ese tipo se aplicará sobre la parte de la base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros. b) Por la parte de base imponible restante, al tipo del 25 por ciento.

Para el cálculo de la plantilla media de la entidad se tomarán las personas empleadas, en los términos que disponga la legislación laboral, teniendo en cuenta la jornada contratada en relación con la jornada completa. A efectos del cómputo de la plantilla media, únicamente podrán tomarse en consideración los trabajadores que hayan sido empleados en los términos previstos en la legislación laboral y presten sus servicios en régimen de dependencia y por cuenta ajena. En el caso concreto, de acuerdo con los datos en poder de la Administración, no se cumplirían estos dos requisitos con lo que la plantilla de la empresa sería nula.

Segundo.

La parte actora interesa en su demanda que se anule la citada resolución y con ello la liquidación de la que trae causa señalando que la sociedad tiene tres socios, sin vínculo familiar entre ellos, y cada uno participa en 1/3 en el capital social siendo las dos trabajadoras esposas de dos de los socios y por ello la TGSS admitió su encuadramiento en el régimen de autónomos. Expresa que en aplicación de la Disposición Adicional Duodécima del Real Decreto Legislativo 4/2004 pues tienen sus contratos de trabajo, realizan una jornada laboral, tienen horario, perciben nóminas, disfrutan de vacaciones y están incluidas en el RETA.

La defensa de la Administración General del Estado, al contestar la demanda, aduce que en aplicación de aquella Disposición se deben excluir del cómputo a aquellas personas ligadas al empresario o al profesional en virtud de relaciones de naturaleza distinta y conforme al artículo 1.3 e) del ET los familiares están excluidos del ámbito laboral si concurren las circunstancias allí indicadas lo que no se acredita máxime cuando todo el capital social pertenece a un mismo grupo familiar.

Tercero.

Para resolver el litigio en los términos expuestos, en consideración a los actos que la Administración ha dictado y las alegaciones y pretensiones de las partes, resulta necesario reproducir el contenido de la Disposición Adicional Duodécima sobre tipo de gravamen reducido en el Impuesto sobre Sociedades por mantenimiento o creación de empleo del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobó el texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que fue introducida, con efectos para los períodos impositivos iniciados a partir de 1 de enero de 2009, por el artículo 77 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 y a cuyo tenor:

1. En los períodos impositivos iniciados dentro de los años 2009, 2010 y 2011, las entidades cuyo importe neto de la cifra de negocios habida en dichos períodos sea inferior a 5 millones de euros y la plantilla media en los mismos sea inferior a 25 empleados, tributarán con arreglo a la siguiente escala, excepto si de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 de esta Ley deban tributar a un tipo diferente del general:

a) Por la parte de base imponible comprendida entre 0 y 120.202,41 euros, al tipo del 20 por ciento. En los períodos impositivos iniciados dentro del año 2011, ese tipo se aplicará sobre la parte de base imponible comprendida entre 0 y 300.000 euros.

b) Por la parte de base imponible restante, al tipo del 25 por ciento. Cuando el período impositivo tenga una duración inferior al año, se aplicará lo establecido en el último párrafo del artículo 114 de esta Ley.

2. La aplicación de la escala a que se refiere el apartado anterior está condicionada a que durante los doce meses siguientes al inicio de cada uno de esos períodos impositivos, la plantilla media de la entidad no sea inferior a la unidad y, además, tampoco sea inferior a la plantilla media de los doce meses anteriores al inicio del primer período impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2009.

Cuando la entidad se haya constituido dentro de ese plazo anterior de doce meses, se tomará la plantilla media que resulte de ese período.

Los requisitos para la aplicación de la escala se computarán de forma independiente en cada uno de esos períodos impositivos.

En caso de incumplimiento de la condición establecida en este apartado, procederá realizar la regularización en la forma establecida en el apartado 5 de esta disposición adicional.

3. Para el cálculo de la plantilla media de la entidad se tomarán las personas empleadas, en los términos que disponga la legislación laboral, teniendo en cuenta la jornada contratada en relación con la jornada completa.

Se computará que la plantilla media de los doce meses anteriores al inicio del primer período impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2009 es cero cuando la entidad se haya constituido a partir de esa fecha.

4. A efectos de determinar el importe neto de la cifra de negocios, se tendrá en consideración lo establecido en el apartado 3 del artículo 108 de esta Ley.

Cuando la entidad sea de nueva creación, o alguno de los períodos impositivos a que se refiere al apartado 1 de esta disposición adicional hubiere tenido una duración inferior al año, o bien la actividad se hubiera desarrollado durante un plazo también inferior, el importe neto de la cifra de negocios se elevará al año.

5. Cuando la entidad se hubiese constituido dentro de los años 2009, 2010 ó 2011 y la plantilla media en los doce meses siguientes al inicio del primer período impositivo sea superior a cero e inferior a la unidad, la escala establecida en el apartado 1 de esta disposición adicional se aplicará en el período impositivo de constitución de la entidad a condición de que en los doce meses posteriores a la conclusión de ese período impositivo la plantilla media no sea inferior a la unidad.

Cuando se incumpla dicha condición, el sujeto pasivo deberá ingresar junto con la cuota del período impositivo en que tenga lugar el incumplimiento el importe resultante de aplicar el 5 por ciento a la base imponible del referido primer período impositivo, además de los intereses de demora.

6. Cuando al sujeto pasivo le sea de aplicación la modalidad de pago fraccionado establecida en el apartado 3 del artículo 45 de esta ley, la escala a que se refiere el apartado 1 anterior no será de aplicación en la cuantificación de los pagos fraccionados.

La norma transcrita exige que la plantilla media en el periodo impositivo de que se trate, en este caso 2009 sea inferior a 25 trabajadores e impone la condición de que la plantilla media tampoco sea inferior a la plantilla media de los doce meses anteriores al inicio del primer período impositivo que comience a partir de 1 de enero de 2009.

Cuarto.

En principio conviene dejar precisada la naturaleza de los servicios que prestan doña Josefa y de doña Virginia . La primera tiene suscrito un contrato de trabajo por tiempo indefinido, visado por el INEM, como administrativa, categoría de Directora y antigüedad de 1 de noviembre de 1999. La segunda tiene suscrito un contrato de trabajo por tiempo indefinido, visado por el INEM, como comercial, categoría de Directora y antigüedad de 1 de noviembre de 1999. Ambas figuran dadas de alta en el RETA.

Doña Josefa está casada con don Bruno y doña Virginia con don Guillermo . Según consta en el modelo 200 correspondiente al ejercicio don Bruno , don Guillermo y don Salvador son administradores de la sociedad recurrente y los dos primeros tienen, cada uno, el 33,33 % del capital y el último el 34%.

A la vista de tales datos podemos extraer las siguientes conclusiones:

a.- Tanto el art. 1.3. e) del Estatuto de los Trabajadores , como el art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social , contienen una presunción iuris tantum de no laboralidad de las relaciones de prestación de servicios entre los parientes que enumera. No puede por tanto realizarse una aplicación de dichos preceptos que desnaturalice su esencia de presunción susceptible de prueba en contrario, para transformarla en presunción iuris et de iure. Cuando se acredite la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena. El Tribunal Constitucional, en sentencias 79/1991 y 2/1992 , ya declaró que es contrario al principio de igualdad excluir del ámbito laboral unas relaciones jurídicas por el sólo hecho de ser parientes sus titulares.

En sede social, jurisdicción competente para analizar jurídicamente la naturaleza de la prestación, la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1990 (recurso número 57/90) señaló que "El art. 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores (E.T .) excluye en principio de la legislación laboral a los «trabajos familiares salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo». El propio precepto precisa a continuación el círculo familiar al que afecta esta regla de exclusión, círculo formado por los parientes hasta el segundo grado inclusive por consanguinidad, afinidad o adopción, en los que concurra además el requisito de convivencia con el empresario.- La exclusión del trabajo familiar en el sentido del art. 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores (E.T .) no es, a la vista de la redacción del precepto estatutario, una excepción propiamente dicha, sino una mera aclaración o constatación de que en este tipo de prestación de trabajo falta una de las notas características del trabajo asalariado. Esta nota es la ajeneidad o transmisión a un tercero de los frutos o resultados del trabajo prestado; ajeneidad que no cabe apreciar cuando tales frutos o resultados se destinan a un fondo social o familiar común. Por supuesto, cabe trabajo por cuenta ajena entre parientes que comparten el mismo techo. Pero si el parentesco es muy próximo y existe convivencia con el empresario, la ley ha establecido una presunción «iuris tantum» a favor del trabajo familiar no asalariado, que se aparta expresamente de la presunción de laboralidad establecida en el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores ".

La reiterada doctrina de dicho Tribunal referida a supuestos de prestaciones de desempleo en relación a trabajadores familiares de socios de personas jurídicas, se parte de que no concurre la circunstancia de "estar a cargo" por cuanto la retribución se percibe no es a costa "de un patrimonio familiar común" y, por ello no se desvirtúa la nota de ajeneidad (S.T.S de 25 noviembre de 1997, Recurso 771/1997). En este sentido reconocen

la relación laboral y entienden que se destruye la presunción "iuris tantum" de no laboralidad, la sentencia de 19 de diciembre de 1997 (Recurso 1048/97) porque, "si bien el actor es hijo de la socio mayoritaria de la compañía (su madre), no consta que conviva con ella ni a su cargo ... y aunque la esposa del demandante es también socio de esa sociedad e incluso administradora única, y además los dos cónyuges viven en el mismo domicilio, lo cierto es que la participación que la mujer del actor tiene en el capital social no alcanza, en modo alguno, el 50% del mismo (tan sólo tiene un 30%), y tampoco puede considerarse probado que su marido viva a su cargo, máxime cuando se ha demostrado que cobraba un sueldo mensual" y, la sentencia de 19 de abril de 2000 (Rec. 770/1999) porque, "la participación que el esposo de la actora tiene en el capital social no alcanza, en modo alguno, el 50 % del mismo (tan solo tiene un 30%)".

En el presente supuesto contamos con dos trabajadoras que son esposas de dos socios de la mercantil recurrente y cada uno de ellos cuenta solo con el 33,3% del capital social y que tienen desde noviembre de 1999 una relación laboral por cuenta ajena con la citada empresa y pese a ello aparecen dadas de alta en el RETA. No consta, ni siquiera el TEAR señala de dónde extrae tal conclusión, que los socios sean familia entre sí siendo la única vinculación familiar existente la que se da entre trabajadora y esposo-socio.

b.- El artículo 97.2.k) de la LGSS establece que estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social:

" Como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, con exclusión de la protección por desempleo y del Fondo de Garantía Salarial, los consejeros y administradores de sociedades mercantiles capitalistas, siempre que no posean el control de éstas en los términos establecidos en el apartado uno de la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley , cuando el desempeño de su cargo conlleve la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, siendo retribuidos por ello o por su condición de trabajadores por cuenta de la misma ." y que la disposición adicional vigésimo séptima de la LGSS , en sus apartados 1 y 2, dispone:

" 1. Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, siempre que posean el control efectivo, directo o indirecto, de aquélla. Se entenderá, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:

1.º Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

2.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la tercera parte del mismo.

3.º Que su participación en el capital social sea igual o superior a la cuarta parte del mismo, si tiene atribuidas funciones de dirección y gerencia de la sociedad.

En los supuestos en que no concurren las circunstancias anteriores, la Administración podrá demostrar, por cualquier medio de prueba, que el trabajador dispone del control efectivo de la sociedad.

2. No estarán comprendidos en el Sistema de Seguridad Social los socios, sean o no administradores, de sociedades mercantiles capitalistas cuyo objeto social no esté constituido por el ejercicio de actividades empresariales o profesionales, sino por la mera administración del patrimonio de los socios. "

Del relato de datos arriba reseñados se desprende que la recurrente, para la que prestaban sus servicios las esposas de los dos socios, tiene tres administradores, los tres socios, sin que este cargo lo ostenten ni doña Josefa ni doña Virginia , constando solamente la relación de parentesco. Tampoco son consejeras de la empresa ni consta que tengan poderes por lo que el encuadramiento de la misma en el Régimen General de la Seguridad Social como trabajadoras por cuenta ajena sería el procedente. Tampoco existe ni vinculación familiar entre los socios ni que la mercantil se estructure como una sociedad familiar por lo que decaen los presupuestos de base tanto de la liquidación como de la resolución del TEAR y por ello se estimará el presente recurso.

Quinto.

En base a lo dispuesto en el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa , después de la reforma operada por la Ley 37/2011, al estimarse las pretensiones de la parte recurrente procede la condena a la demandada en las costas causadas.

VISTOS.- los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Estimamos el recurso contencioso administrativo interpuesto por la mercantil Ageim Ópera SA, representada por el Procurador de los Tribunales don Luís Gómez López-Linares, contra la resolución de fecha 28 de agosto de 2.014 del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid que desestima la reclamación económico-administrativa nº NUM000 que anulamos y con ello la liquidación de la que trae causa, con imposición de costas a la Administración demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma NO cabe interponer Recurso de Casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

En su momento, devuélvase el expediente administrativo al departamento de su procedencia, con certificación de esta resolución.

Así, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente D. /Dña. FRANCISCO JAVIER CANABAL CONEJOS, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.