

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ081234

TRIBUNAL SUPREMO

Auto de 18 de febrero de 2021

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 4798/2020

SUMARIO:

IS. Regímenes especiales. Empresas de reducida dimensión. Grupo de sociedades. La sociedad presentó las declaraciones del IS relativas a los ejercicios 2009 a 2012 en las que se aplicó los incentivos fiscales para empresas de reducida dimensión, en concreto el tipo de gravamen establecido en su art. 114 TR Ley IS. Dicha mercantil forma parte de un grupo integrado por otras cinco sociedades, estando todas y cada una de ellas participadas en más de un 90 por 100 por una persona física, quien, además, a título individual, desarrolló una actividad empresarial de comercio al por menor de labores del tabaco y artículos de fumador. La inspección tributaria giró liquidación por los citados ejercicios del IS al entender que la suma de las magnitudes del importe neto de la cifra de negocios de las empresas que integran el grupo empresarial junto con los importes netos de las cifras de negocios deducidos en las declaraciones del IRPF del socio mayoritario, asciende a un importe que supera la cuantía máxima (10 millones de euros) para que resulte posible aplicar el incentivo fiscal señalado, por lo que debía tributar por el tipo impositivo general del artículo 28 TRLIS. La Sala *a quo* considera que, a efectos de determinar la cifra de negocios de los grupos de sociedades, se debe computar el importe neto de las actividades económicas de la persona física que ostente el dominio de esas sociedades. La cuestión con interés casacional consiste en determinar si, con el fin de aplicar el régimen de incentivos fiscales para las entidades de reducida dimensión, a efectos de calcular el importe neto de la cifra de negocios de un grupo de sociedades, se ha de computar o no el importe neto de la cifra de negocios de las actividades económicas de la persona física, con condición de empresario o profesional, que ostente el control del grupo. En la sentencia recurrida se han aplicado normas que sustentan la razón de decidir sobre las que, existiendo jurisprudencia del Tribunal Supremo, cabe, no obstante, precisar, matizar y clarificar [Vid., STS de 1 de marzo de 2012, recurso n.º 422/2008 (NFJ058660)], donde se examina la cuestión relativa a la determinación de la cifra neta de negocios respecto de dos sociedades que tenían la consideración de pertenecientes a un mismo grupo empresarial, al estar participadas por unos socios comunes que, estando ligados por vínculo de parentesco, ostentaban la mayoría de los derechos de voto, con lo que el supuesto analizado resulta distinto del aquí contemplado. [Vid., STSJ de las Islas Baleares, de 19 de mayo de 2020, recurso n.º 497/2018 (NFJ078666) contra la que se plantea el recurso de casación].

PRECEPTOS:

RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), arts. 16, 18, 108 y 114.
Ley 35/2006 (Ley IRPF), art. 28.
Ley 27/2014 (Ley IS), art. 101.
RD 22 de agosto de 1885 (CCom.), art. 42.

PONENTE:

Don Dimitry Teodoro Berberoff Ayuda.

Magistrados:

Don CESAR TOLOSA TRIBIÑO
Don ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO
Doña INES MARIA HUERTA GARICANO
Don ANGEL RAMON AROZAMENA LASO
Don DIMITRY TEODORO BERBEROFF AYUDA

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 18/02/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 4798/2020

Materia: SOCIEDADES

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Celia Redondo Gonzalez

Secretaría de Sala Destino: 002

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 4798/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Celia Redondo Gonzalez

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Excmos. Sres.

D. César Tolosa Tribiño, presidente

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D^a. Inés Huerta Garicano

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

D. Dimitry Berberoff Ayuda

En Madrid, a 18 de febrero de 2021.

HECHOS

Primero.

1. La procuradora doña María Luisa Vidal Ferrer, en representación de Raffaello Rac&Group, S.L., preparó recurso de casación contra la sentencia dictada el 19 de mayo de 2020 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, que desestimó el recurso nº 497/2018 en materia del impuesto sobre sociedades ["IS"] ejercicios 2009 a 2012.

2. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como infringidos las siguientes normas que reputa que forman parte del Derecho estatal: los artículos 108.1 y 3 y 114 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (BOE de 11 de marzo) ["TRLIS"]; y 42 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio (BOE de 16 de octubre) ["CCo"].

3. Razona que tales infracciones han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución recurrida, toda vez que la sala a quo considera que, a efectos de determinar la cifra de negocios de los grupos de sociedades, se debe computar el importe neto de las actividades económicas de la persona física que ostente el dominio de esas sociedades .

4. Considera que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, por cuanto concurre la circunstancia prevista en la letra c) del artículo 88.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (BOE de 14 de julio) ["LJCA"], así como la presunción establecida en el artículo 88.3.a) LJCA.

Segundo.

1. La sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 9 de septiembre de 2020, habiendo comparecido Rafaello Rac&Group, S.L., -recurrente- y la Administración General del Estado -recurrida- ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA.

2. La abogada del Estado, al tiempo de su personación, por escrito de 28 de septiembre de 2020, se opone a la admisión del recurso, alegando, en síntesis, la ausencia de interés casacional, al ser claros los términos en que aparece redactada la disposición aplicable.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Dimitry Berberoff Ayuda, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero. *Requisitos formales del escrito de preparación.*

1. El escrito de preparación fue presentado en plazo (artículo 89.1 LJCA), la sentencia contra la que se dirige el recurso es susceptible de recurso de casación (artículo 86 LJCA, apartados 1 y 2) y la mercantil recurrente se encuentra legitimada para interponerlo, al haber sido parte en el proceso de instancia (artículo 89.1 LJCA).

2. En el escrito de preparación se acredita el cumplimiento de tales requisitos reglados, se identifican con precisión las normas del ordenamiento jurídico estatal que fueron alegadas en la demanda y tomadas en consideración por la sala de instancia. También se justifica que las infracciones imputadas a la sentencia han sido relevantes para adoptar el fallo impugnado [artículo 89.2 LJCA, letras a), b), d) y e)].

3. El repetido escrito fundamenta especialmente que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque: la sentencia impugnada (i) afecta a un gran número de situaciones [artículo 88.2.c) LJCA], siendo así que, además, (iii) aplica una norma en la que se sustenta la razón de decidir respecto de la que no existe jurisprudencia [artículo 88.3.a) LJCA]. De las razones que ofrecen para justificarlo se infiere la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, por lo que se cumple también el requisito exigido por el artículo 89.2.f) LJCA.

Segundo. *Hechos relevantes a efectos del trámite de admisión del presente recurso de casación.*

Un análisis del expediente administrativo y de las actuaciones judiciales, respetando los hechos de la resolución impugnada, nos lleva a destacar a efectos de la admisión del presente recurso de casación, algunas circunstancias que han de ser tenidas en cuenta:

1º) Rafaello Rac&Group, S.L., presentó las declaraciones del IS relativas a los ejercicios 2009 a 2012 en las que se aplicó los incentivos fiscales para empresas de reducida dimensión, regulados en el TRLIS, en concreto el tipo de gravamen establecido en su artículo 114.

2º) Dicha mercantil forma parte de un grupo integrado por otras cinco sociedades, estando todas y cada una de ellas participadas en más de un 90 por 100 por una persona física, quien, además, a título individual, desarrolló una actividad empresarial de comercio al por menor de labores del tabaco y artículos de fumador.

3º) La inspección tributaria giró liquidación por los citados ejercicios del IS al entender que la suma de las magnitudes del importe neto de la cifra de negocios de las empresas que integran el grupo empresarial junto con los importes netos de las cifras de negocios deducidos en las declaraciones del impuesto sobre la renta de las personas físicas ["IRPF"] del socio mayoritario, asciende a un importe que supera la cuantía máxima (10 millones de euros) para que resulte posible aplicar el incentivo fiscal señalado, por lo que debía tributar por el tipo impositivo general del artículo 28 TRLIS.

4º) Frente a la mencionada liquidación la contribuyente presentó reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Regional ["TEAR"] de Baleares, siendo desestimada por acuerdo de 22 de junio de 2018. El TEAR, citando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 24 de junio de 2011 (recurso 790/2006; ES:TSJCL:2011:4232), entiende que el artículo 108.3 TRLIS debe ser interpretado en relación con el artículo 28 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE de 29 de noviembre) ["LIRPF"], de forma que en el caso de que una persona física realice actividades económicas a efectos del IRPF y, además, de modo individual o conjuntamente con otras personas de su familia, conlleva la situación de control societario previsto en el citado artículo del TRLIS, con lo que habrá de computarse el importe neto de las cifras de negocio de todas las actividades económicas, con independencia del sujeto o sujetos que las generen.

5º) Contra esa resolución la reclamante interpuso recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por la sentencia que es objeto del recurso de casación que ahora nos ocupa. La sala a quo considera que, con arreglo al artículo 108.3 TRLIS, y no cuestionándose el cumplimiento de los requisitos del artículo 42 CCo, a fin de determinar la cifra neta de negocios de la mercantil demandante, perteneciente a un grupo de sociedades, ha de computarse el importe neto de la cifra de negocios de la persona física que es el socio mayoritario de todas y cada una de las sociedades que integran el propio grupo empresarial.

Tercero. Normas que deberán ser interpretadas.

El artículo 108.3 TRLIS [aplicable *ratione temporis* y cuyo contenido se encuentra recogido actualmente en el artículo 101.3 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del impuesto sobre sociedades, (BOE de 28 de noviembre) "-LIS-", si bien añade que se han de tener en cuenta las eliminaciones e incorporaciones que correspondan por aplicación de la normativa contable] dispone que:

"Cuando la entidad forme parte de un grupo de sociedades en el sentido del artículo 42 [CCo], con independencia de la residencia y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas, el importe neto de la cifra de negocios se referirá al conjunto de entidades pertenecientes a dicho grupo. Igualmente se aplicará este criterio cuando una persona física por sí sola o conjuntamente con el cónyuge u otras personas físicas unidas por vínculos de parentesco en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad, hasta el segundo grado inclusive, se encuentren con relación a otras entidades de las que sean socios en alguna de las situaciones a que se refiere el artículo 42 [CCo], con independencia de la residencia de las entidades y de la obligación de formular cuentas anuales consolidadas".

También será necesario tener en cuenta el artículo 16.3 TRLIS (actualmente artículo 18.2 LIS) que se refiere a las personas o entidades vinculadas.

Por su parte, el artículo 42 CCo establece que: "1. [...] Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

a) Posea la mayoría de los derechos de voto [...]"

Finalmente, el artículo 28 LIRPF prevé que: "1. [...] A efectos de lo dispuesto en el artículo 108 [TRLIS], para determinar el importe neto de la cifra de negocios se tendrá en cuenta el conjunto de actividades económicas ejercidas por el contribuyente".

Cuarto. Cuestión en la que se entiende que existe interés casacional.

Conforme a lo indicado anteriormente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, con relación al artículo 90.4 de la misma norma, procede admitir a trámite este recurso de casación, precisando que la cuestión con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si, con el fin de aplicar el régimen de incentivos fiscales para las entidades de reducida dimensión, a efectos de calcular el importe neto de la cifra de negocios de un grupo de sociedades, se ha de computar o no el importe neto de la cifra de negocios de las actividades económicas de la persona física, con condición de empresario o profesional, que ostente el control del grupo.

Quinto. *Justificación suficiente de que el recurso planteado por la Administración cuenta con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.*

Esta cuestión presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, porque en la sentencia recurrida se han aplicado normas que sustentan la razón de decidir sobre las que, existiendo jurisprudencia del Tribunal Supremo, cabe, no obstante, precisar, matizar y clarificar [artículo 88.3.a) LJCA]. Así, cabe hacer mención a la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2012 (casación 422/2008; ES:TS:2012:1809), donde se examina la cuestión relativa a la determinación de la cifra neta de negocios respecto de dos sociedades que tenían la consideración de pertenecientes a un mismo grupo empresarial, al estar participadas por unos socios comunes que, estando ligados por vínculo de parentesco, ostentaban la mayoría de los derechos de voto, con lo que el supuesto analizado resulta distinto del aquí contemplado.

Además, la cuestión planteada afecta a un gran número de situaciones [artículo 88.2.c) LJCA], lo que hace conveniente un pronunciamiento del Tribunal Supremo que la esclarezca, en beneficio de la seguridad jurídica y de la consecución de la igualdad en la aplicación judicial del Derecho (artículos 9.3 y 14 CE). Sin que obste a dicha conclusión el hecho de que el TRLIS sea una disposición derogada, habida cuenta que, como pone de relieve la recurrente, por una parte, su regulación perdura en esencia en la vigente LIS; y, por otra, son numerosos los litigios pendientes de resolver en los que puede haberse suscitado esta cuestión, en atención a la naturaleza del incentivo fiscal concernido.

Sexto. *Admisión del recurso de casación preparado por la Administración. Normas que en principio serán objeto de interpretación.*

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 de la LJCA, en relación con el artículo 90.4 de la LJCA, procede admitir este recurso de casación, cuyo objeto será, por presentar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, la cuestión descrita en el razonamiento jurídico cuarto de la presente resolución.

2. Las normas que en principio serán objeto de interpretación son pues los artículos 16.3 y 108.3 TRLIS (actualmente 18.2 101.3 LIS), 42 CCo y 28 LIRPF. Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

Séptimo. *Publicación en la página web del Tribunal Supremo.*

Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 de la LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

Octavo. *Comunicación inmediatamente a la sala de instancia la decisión adoptada en este auto.*

Procede comunicar inmediatamente a la sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA, y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la LJCA, remitiéndolas a la Sección Segunda de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por todo lo anterior,

La Sección de Admisión

ACUERDA:

1º) Admitir el recurso de casación RCA/4798//2020, preparado por Rafaello Rac&Group, S.L., contra la sentencia dictada el 19 de mayo de 2019 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares en el recurso nº 497/2018.

2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

Determinar si, con el fin de aplicar el régimen de incentivos fiscales para las entidades de reducida dimensión, a efectos de calcular el importe neto de la cifra de negocios de un grupo de sociedades, se ha de computar o no el importe neto de la cifra de negocios de las actividades económicas de la persona física, con condición de empresario o profesional, que ostente el control del grupo.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación los artículos 16.3 y 108.3 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo (actualmente 18.2 y 101.3 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre), 42 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio y 28 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Segunda de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme (artículo 90.5 de la LJCA).

Así lo acuerdan y firman.

D. César Tolosa Tribiño

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo D^a. Inés Huerta Garicano

D. Ángel Ramón Arozamena Laso D.Dimitry Berberoff Ayuda

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.