

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ086445

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA Y LEÓN (Sede en Burgos)

Sentencia 84/2022, de 4 de abril de 2022

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 92/2021

SUMARIO:

IS. Tipo de gravamen. Tipo reducido para las entidades de nueva creación. *Actividad realizada previamente por el socio y administrador único de la sociedad.* Considera la Sala que la entidad recurrente ha desplegado un importante esfuerzo probatorio para acreditar que la recurrente no realizaba la misma actividad que su socio único en su actividad profesional en el ejercicio precedente, ya que si bien en el presente supuesto, la Administración entiende que no procede aplicar el tipo de gravamen reducido, al considerar probado que la actividad económica ha sido ejercida durante el año anterior a la constitución de la entidad por persona física que ostenta una participación en su capital del 100%, las pruebas aportadas indican lo contrario. Tales conclusiones alcanzadas por la Administración en base a que ambos están dados de alta en el mismo epígrafe del IAE, así como el hecho de que el socio había realizado antes y después de la constitución de la sociedad, actividades de asfaltado, no considera el Tribunal que sean dos datos suficientes para justificar que se tratara de la misma actividad o una mera ampliación del negocio que ejercía el socio antes de la constitución de la sociedad, ya que no estamos ante una mera continuidad empresarial, ya que no solo aparece que en la facturación global del socio los trabajos correspondientes al asfaltado ascendían solo al 12% y en una única factura, como puntualizó el Perito, lo que determinaba que no se realizara de forma habitual esa actividad, debía atenderse igualmente al volumen de negocio, tan dispar, entre la empresa recurrente y el Socio, siendo los clientes distintos, dado que este trabajaba fundamentalmente para el sector público, mientras que la recurrente solo lo hace en un 50% y que solo existía un cliente en común, el hecho también de que la entidad recurrente haya procedido a contratar a 13 trabajadores, como resulta de la documental aportada en el expediente administrativo, como con el informe elaborado por el Ingeniero, así como las facturas de las que aparece que ha arrendado y comprado posteriormente maquinaria y medios materiales para llevar a cabo dicha actividad, todo lo cual provoca que la Sala entienda que no existe continuidad empresarial, sino un actividad distinta y por tanto se cumpla con la finalidad pretendida por la norma, de incentivar la creación de nuevas empresas y de nuevas contrataciones laborales, lo que en este caso es evidente que se ha producido y que no se trata solo de una mera ampliación del negocio o de la actividad a desarrollar, sino que la sociedad recurrente es una nueva persona jurídica que irrumpe en el tráfico mercantil y que ha supuesto elevación del nivel de empleo, aun cuando opere en una rama de actividad relacionada con la que ejercía y ejerce su socio. En definitiva, este Tribunal considera que en el presente caso no existe una total sucesión entre la actividad de la persona particular y la compañía mercantil, pese al dato de la titularidad que en la nueva sociedad y los epígrafes del IAE, ya que existen otros datos muy relevantes que permiten entender que sea aplicable a la actora la bonificación que pretende, por lo que procede estimar la demanda, de forma resultaba procedente el tipo de gravamen aplicado y no el aplicado en la liquidación tributaria de la que trae causa la resolución impugnada, al considerar iniciada la actividad con la constitución de la sociedad y que esa actividad no venía realizándose con carácter previo por el socio, procediendo por todo ello, la estimación del recurso y declarando no conforme a derecho, por tanto de la resolución impugnada.

PRECEPTOS:

Ley 27/2014 (Ley IS), art. 29.1.

PONENTE:*Doña María Begoña González García.*

Magistrados:

Don EUSEBIO REVILLA REVILLA
Doña MARIA BEGOÑA GONZALEZ GARCIA
Don ALEJANDRO VALENTIN SASTRE

T.S.J.CASTILLA Y LEON CON/AD SEC.2

BURGOS

SENTENCIA: 00084/2022

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE

CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS

SECCION 2ª

Presidente/allmo. Sr. D. EUSEBIO REVILLA REVILLA

SENTENCIA

Sentencia Nº : 84/2022

Fecha Sentencia : 04/04/2022

TRIBUTARIA

Recurso Nº : 92/2021

Ponente Dª. M. Begoña González García

Letrado de la Administración de Justicia: Sra. Rodríguez Vázquez

Ilmos. Sres.:

D. Eusebio Revilla Revilla
Dª. M. Begoña González García
D. Alejandro Valentín Sastre

En la Ciudad de Burgos a cuatro de abril de dos mil veintidós.

En el recurso contencioso administrativo número 92/2021 interpuesto por la mercantil ASFALTOS Y PAVIMENTOS 2015 S.L. representada por el Procurador Don Juan Antonio Mamolar Cámara y defendida por el Letrado Don Emilio Pérez Martín, contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Castilla y León, Sala de Burgos, de fecha 26 de febrero de 2021, que desestima la reclamación registrada con el número NUM000 interpuesta contra el acuerdo de liquidación provisional practicada por el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2016.

Habiendo comparecido como parte demandada por la Administración General del Estado representada y defendida por la Abogacía de Estado, en virtud de la representación que por ley ostenta .

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Por la parte demandante se interpuso recurso contencioso administrativo ante esta Sala el día 11 de mayo de 2021.

Admitido a trámite el recurso y no habiéndose solicitado el anuncio de la interposición del recurso, se reclamó el expediente administrativo; recibido, se confirió traslado al recurrente para que formalizara la demanda, lo que efectuó en legal forma por medio de escrito de fecha 5 de julio de 2021 que en lo sustancial se da por reproducido y en el que terminaba suplicando se dicte sentencia por la que ""...estimando íntegramente el recurso:

a) Que se ANULE la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Castilla y León con sede en Burgos (TEAR), de fecha 26 de febrero de 2021, dictada en la Reclamación Económico Administrativa Nº NUM000, referidos al Impuesto de Sociedades de 2016, dejando sin efecto el Acuerdo de Liquidación provisional del Impuesto sobre Sociedades 2016 dictado por el Jefe de la Dependencia de Gestión Tributaria de la AEAT en Burgos, por importe de 50.580,71€, de los cuales 45.568,90€ corresponden a la cuota del impuesto y 5.011,81€ a los intereses de demora.

b) Imponga expresa imposición de costas a la parte demandada, .."

Segundo.

Se confirió traslado de la demanda por término legal a la parte demandada quien contestó a la demanda a medio de escrito de 29 de septiembre de 2021 oponiéndose al recurso solicitando la desestimación del mismo con condena en costas a la demandante.

Tercero.

Una vez dictado Decreto de fijación de cuantía y siendo recibido el recurso a prueba se practicó con el resultado que obra en autos y evacuados los escritos de conclusiones, quedaron los autos conclusos para sentencia, y pendientes de señalamiento de día para Votación y Fallo, para cuando por orden de declaración de conclusos correspondiese, habiéndose señalado el día treinta y uno de marzo de dos mil veintidós para votación y fallo, lo que se efectuó. Se han observado las prescripciones legales en la tramitación de este recurso.

En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales, siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a. M.^a Begoña González García, magistrada especialista de la Sala y Sección, quien expresa el parecer del Tribunal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Objeto del recurso jurisdiccional y argumentos jurídicos de las partes.

Constituye el objeto del presente recurso jurisdiccional, la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Castilla y León, Sala de Burgos, de fecha 26 de febrero de 2021, que desestima la reclamación registrada con el número NUM000 interpuesta contra el acuerdo de liquidación provisional practicada por el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2016, que determinaba una cantidad a ingresar de 50.580,71€, de los cuales 45.568,90€ corresponden a la cuota del impuesto y 5.011,81€ a los intereses de demora.

Frente a dicha resolución se alza la parte recurrente invocando como argumentos impugnatorios de la misma, tras recoger el contenido y motivación de la liquidación y lo que se fundamentó y resolvió por el TEAR, así como tras recoger lo establecido en el artículo 29.1 de la Ley 27/2014 y la Disposición Adicional Decimonovena relativa a las entidades de nueva creación del RDL 4/2004, que la cuestión que se plantea es la del apartado 3 b) de dicha disposición que establece que no se entenderá iniciada una actividad económica en caso de que la actividad económica hubiera sido ejercida, durante el año anterior a la constitución de la entidad, por una persona física que ostente una participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad de nueva creación superior al 50 por ciento, ya que en este caso el socio D. Jose Miguel participa en Asfaltos y Pavimentos 2016 SL en un porcentaje superior al 50%, por lo que la cuestión litigiosa se centra en si la actividad económica ejercida por la mercantil demandante fue ejercida durante el año anterior a la constitución de la sociedad por dicho socio.

Y así respecto de la coincidencia de epígrafes en que se fundamenta la resolución recurrida para desestimar la aplicación del tipo impositivo reducido, se alega la consulta vinculante del año 2019 V1047-19, que interpreta que el simple hecho de que estar dado de alta en un epígrafe no supone por sí mismo el derecho a la aplicación y que debido a las características de los epígrafes y que no facilitan un desglose mayor, pueden coincidir empresarios que se dediquen a tareas diferentes dentro del mismo epígrafe.

Respecto de la coincidencia de actividad económica entre la empresa demandante y su socio, la Dependencia Gestora alega que la factura fechada el 3 de diciembre de 2016, justifica por si misma que la entidad recurrente realiza la misma actividad económica que D. Jose Miguel, pero dada la fecha de constitución de la Sociedad de 28 de enero de 2016 y la factura señalada es de 3 de diciembre de 2016. Por tanto dicha factura no se encuentra comprendida en el año anterior a la constitución de la sociedad demandante, de hecho está datada casi un año después a dicho hecho.

También se motiva la denegación de la aplicación del tipo reducido del 15% argumentando una falta de prueba respecto de la diferenciación entre las actividades desarrolladas por la mercantil demandante y su socio, pero frente a ello se remite a la prueba aportada por la actora en su escrito de alegaciones de 27 de diciembre de

2019, a la vista de la cual se indica ahora que se trata de la ampliación del negocio, que en estos casos sin que exista traspaso de los elementos a los que se refiere la DGT en su CV de 5 de febrero de 2016 si se puede aplicar el tipo reducido como también cuando la ampliación consista en ampliar los servicios prestados mediante la realización de una actividad económica que no se venía prestando, por lo que en este caso no se trata de la misma actividad dado que Don Jose Miguel, el 60% de los trabajos corresponden a trabajos de redes de saneamiento. El 40% restante, se corresponde con trabajos relacionados con movimiento de tierras, terraplenado y hormigonado. El 100% de los trabajos se realizan para Ayuntamientos y en el 2014 la facturación asciende a 266.584,18 euros.

Sin embargo, en el caso de la recurrente el trabajo realizado en su mayoría corresponde a trabajos de Asfaltados de aglomerado, el 52%, que alcanza un montante de 1.402.576,09 euros, de los trabajos se han realizado a empresas privadas como nueva cartera de clientes y en el 2014 la facturación asciende a 2.717.544,83 euros.

Y que la actividad económica ejercida por la mercantil demandante y la actividad desarrollada por su socio son diferentes, como se explicita en la demanda, así como resulta de los documentos e informes aportados en el expediente, por lo que se concluye que la mercantil demandante no ejerció la actividad económica ejercida por el citado socio durante el año anterior a la constitución de la misma, pudiéndose considerar que es una entidad de nueva creación que inicia una actividad económica, a los efectos de la aplicación de lo establecido en la disposición adicional decimonovena del TRLIS y por tanto podrá aplicar la escala establecida en el apartado 1 de la disposición adicional decimonovena del TRLIS en los períodos impositivos 2015 y 2016.

Tales pretensiones son rebatidas puntual y detalladamente de contrario por la representación procesal de la Administración demandada, quien tras recoger los antecedentes que resultan del expediente administrativo, así como reseñando el contenido de los artículos

Es por lo que en el presente caso en atención al contenido del artículo 29 de la Ley 27/2014 y la Disposición Adicional decimonovena del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, así como la exposición de motivos referido al objeto de esta ventaja fiscal, que es la de fomentar el inicio de una actividad emprendedora y no la simple expansión de empresas.

Por ello tras analizar las facturas expedidas por la recurrente en el año 2015, las dos que se incluyen dentro de la demanda y el hecho de que la demandante tenga el mismo domicilio social que el Sr. Jose Miguel, se considera que el socio de la demandante realizaba con anterioridad la misma actividad, como resulta, no ya de un dato tan claro como puede ser el epígrafe del IAE en el que ambos estaban dados de alta, sino en el hecho de que dicho socio antes y después ha realizado trabajos de asfaltado.

Se rebaten las alegaciones relativas a la coincidencia de epígrafes, dado que existen otros epígrafes más específicos en el que se podría estar dado de alta y el hecho de que Sr. Jose Miguel esté dado de alta en más epígrafes no añade nada, dado que lo importante es que el único epígrafe en que está dada de alta la demandante.

En cuanto a las facturas, si bien una de las facturas del Sr. Jose Miguel no es del año anterior al inicio de actividad por la demandante, la otra sí lo es, lo que sería suficiente y evidencia que el Sr. Jose Miguel sí que podía realizar y de hecho realizaba esa actividad con los medios que tenía y pese a lo que se trata de invocar por la recurrente de que el Sr. Jose Miguel no podía realizar dicha actividad, lo cierto es que sí que podía y que ha venido realizando con posterioridad, además el hecho de que los trabajos realizados por aquel fueran para Administraciones Públicas acredita esa disponibilidad de medios puesto que para la contratación es necesario acreditar la solvencia técnica y profesional y el hecho de que la demandante realice esa actividad a mayor escala, con más trabajadores y con otra maquinaria, no hace sino concluir que se ha pretendido una expansión de esa actividad que se venía realizando a pequeña escala, pero no que se trate de una nueva actividad.

Se invoca que el tipo reducido en el Impuesto de Sociedades es un incentivo o beneficio fiscal que ha de ser objeto de interpretación restrictiva, conforme establece el artículo 14 de la LGT y las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2017 dictada en el recurso 1351/2016 y la Sentencia 403/2021 de 22 de marzo de 2021, recurso 5596/2021, por lo que se termina solicitando la desestimación del recurso.

Segundo. *Antecedentes necesarios para la resolución del recurso.*

A los efectos de resolver el presente recurso deben de destacarse los siguientes hechos que resultan del propio expediente que ha sido remitido:

1. La recurrente presentó declaración liquidación por el Impuesto de Sociedades del ejercicio 2016 de la que resultaba una cantidad a ingresar de 39.033,80€, en dicha liquidación se aplicaba el tipo de gravamen reducido correspondiente a las sociedades de nueva creación.

2. Con fecha 24 de octubre de 2019 se acuerda iniciar procedimiento de comprobación limitada y requerir a la demandante, a fin de acreditar el cumplimiento de las condiciones establecidas en la Disposición adicional decimonovena del RDL 4/2004 o en el artículo 29 de la Ley del Impuesto de Sociedades.

3. Con se contestó al referido requerimiento con fecha 27 de diciembre de 2019. Por la Oficina de Gestión Tributaria de la Delegación de Burgos de la Agencia Tributaria, se practica propuesta de liquidación provisional por

el Impuesto de Sociedades del ejercicio 2016 con fecha 2 de junio de 2020 y concediendo a la actora trámite de alegaciones.

4. Presentadas alegaciones, con fecha 23 de junio de 2020 se dicta Liquidación Provisional correspondiente al citado procedimiento, impuesto y período, resultando un importe total a ingresar de 50.580, 71€. Cuota por importe de 45.568, 90€ e intereses de demora por importe de 5.011,81€.

En dicha liquidación como fundamentos de la misma se razona que:

- El tipo de gravamen aplicado es incorrecto, según se establece en el artículo 29 de la LIS, por lo que se modifica la cuota íntegra previa.

- En fecha 25/10/2019 se notificó requerimiento por el concepto Impuesto sobre Sociedades 2015 en el que se solicitaba la 'Acreditación del cumplimiento, por parte de la entidad declarante, de las condiciones establecidas en la disposición adicional decimonovena del RDL 4/2004 o en el artículo 29.1 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades para poder aplicarse el tipo reducido para entidades de nueva creación'.

EL 08-11-2019, Asfaltos y Pavimentos 2015. S.L. presenta escrito de contestación en el que manifiesta que, con respecto a la sociedad, el socio único, D. Jose Miguel 'Realiza otras actividades económicas totalmente diferenciadas'.

Consultada la información a disposición de la Administración, Asfaltos y Pavimentos 2015. S.L. consta de alta en el epígrafe 501.2 de I.A.E. ('construcción completa de obras civiles') con fecha de inicio de actividad el 02-02-2015.

Por su parte, D. Jose Miguel consta de alta en idéntico epígrafe de I.A.E. desde 03-05-1996, permaneciendo en la misma situación hasta la actualidad. Asimismo, en los modelos 390 de I.V.A, D. Jose Miguel declara que la 'construcción completa de obras civiles' es su actividad principal.

En aplicación del art. 29 de la Ley 27/2014 del Impuesto sobre Sociedades, procede modificar el tipo de gravamen ya que 'no se entenderá iniciada una actividad económica: Cuando la actividad económica hubiera sido ejercida, durante el año anterior a la constitución de la entidad, por una persona física que ostente una participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad de nueva creación superior al 50 por ciento'.

- ALEGACIONES.

El 27-12-2019, el contribuyente presenta alegaciones centradas, fundamentalmente, en afirmar que 'la actividad económica NO ha sido realizada con carácter previo por otras personas o entidades vinculadas'.

La disposición adicional decimonovena del RDL 4/2004 fue introducida por el art. 7 del Real Decreto 4/2013 de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo para establecer 'un marco fiscal más favorable para el autónomo que inicia una actividad emprendedora con el objetivo de incentivar la creación de empresas y reducir la carga impositiva durante los primeros años de ejercicio de una actividad'.

En el presente caso, se constata que D. Jose Miguel, con la creación de la sociedad unipersonal, no iniciaba su actividad emprendedora pues, como ya se ha dicho, constaba de alta como trabajador autónomo desde hacía tiempo.

Por tanto, la cuestión a dilucidar es si, como exige la normativa, la actividad económica de la nueva entidad no ha sido ejercida con anterioridad por su socio único.

Se da la circunstancia de que el contribuyente, con fecha 16-11-2017, rectificó, a posteriori, su propia declaración censal de alta de actividades económicas ya que 'se dieron erróneamente de alta esas actividades, que eran más concretamente el objeto social de la empresa...; siendo la CORRECTA la nueva que el mismo modelo 036 se comunica'. Esa actividad es la ya mencionada de construcción completa de obras civiles (epígrafe 501.2).

- A pesar de todo ello, Asfaltos y Pavimentos 2015. S.L. alega que dentro del mismo epígrafe de I.A.E. cabría distinguir diversas actividades. Así, según se afirma en su escrito, 'D. Jose Miguel se dedica mayoritariamente a realizar trabajos de Hormigonado y Redes de saneamiento, etc. mientras que ASYPA copa el mercado del asfaltado con aglomerado'. Ante tal afirmación, se requiere en fecha 07-02-2020 al Ayuntamiento de Quintanar de la Sierra, principal cliente de D. Jose Miguel en 2015, remitiendo dicho Ayuntamiento el 10-02-2020 una factura fechada el 03-12-2015 con el siguiente concepto: 'Obra nº 283 Certificación única plan fondo de cooperación local obras de pavimentación de calles ASFALTADO de calles: Alta del cerro de la Fuente de Arriba, San Cristóbal, San Bartolomé y Travesía Matacubillo'.

A juicio de esta oficina gestora, al margen de la dimensión de los proyectos, los medios utilizados o la naturaleza de los clientes, tal y como ratificó el propio contribuyente en su declaración censal, Asfaltos y Pavimentos 2015. S.L. realiza la misma actividad económica que D. Jose Miguel.

- ALEGACIONES 2.

En su escrito de alegaciones de 10-03-2020 se afirma que 'esa Dependencia dictamina que la cuestión a dilucidar es determinar si se desarrolla la actividad en el año 2014 y en ningún momento aporta pruebas referidas a ese ejercicio que resuelvan que no tiene derecho'.

El contribuyente se limita, por tanto, a trasladar a la Administración la carga de la prueba de unos hechos que, en realidad, y en virtud del art. 105 de la LGT, a él compete hacer valer.

Más aún, si como se ha visto hasta el momento, la argumentación de Asfaltos y Pavimentos 2015, S.L. se basa, fundamentalmente, en sus propias manifestaciones. Se sostiene una pretendida diferenciación de actividad económica que no se acredita y que, a la vista de los hechos, se trataría, más bien, de una ampliación del negocio para el que se ha considerado conveniente crear una nueva forma jurídica para ejecutarlo.

Ya se ha mencionado que la actividad de asfaltado, en contra de lo afirmado en su primer escrito de alegaciones, se realiza indistintamente por ambos contribuyentes. Asfaltos y Pavimentos 2015 defiende ahora que la factura recibida por el Ayuntamiento de Quintanar de la Sierra no es concluyente, puesto que 'tiene fecha de 03-12-2015 y, tras la mención indicada en el párrafo anterior, no se ajusta al año objeto de estudio para la determinación de la posible continuidad, o no, de la actividad puesto que el año objeto de análisis ha de ser el año 2014 según la normativa aplicable'. Pues bien, el 19-03-2020, el Ayuntamiento de Vilviestre del Pinar ha remitido una factura emitida por D. Jose Miguel cuyo concepto es: 'ASFALTADO de calles La Fragua y el Campito'. El importe total a pagar es de 37.793,47 euros y está fechada el 31-03-2014.

Asfaltos y Pavimentos 2015, S.L. se constituyó el 28-01-2015.

Pese a que resulta indudable que el trabajo documentado por esta factura era conocido por el contribuyente, con el fin de evitar la alegación de indefensión, se emitió nueva propuesta de liquidación con su correspondiente trámite de alegaciones, adjuntándose, asimismo, el citado documento.

- En su escrito de 25-06-2020, Asfaltos y Pavimentos 2015, S.L. se limita a reiterar y ratificar sus alegaciones anteriores que se resumen en su afirmación de 'que la actividad que desarrolla la sociedad creada, Asfaltos y Pavimentos 2015, S.L., no fue desarrollada anteriormente por D. Jose Miguel'. No se aporta ninguna documentación novedosa. En relación con la factura del Ayuntamiento de Vilviestre del Pinar que centró la tercera propuesta de liquidación emitida por la Administración, la única mención que se hace es que 'tan solo se conoce el concepto 'asfaltado de calles la fragua y el campito'. En realidad, dicho concepto describe los trabajos, ya no sólo ejecutados por D. Jose Miguel, sino, dado el carácter público del cliente, los demandados, estudiados y adjudicados por el ente público a la oferta que demostrara disponer de los medios y la capacidad para llevarla a cabo. Y todo ello referido a una concreta prestación de servicios, el asfaltado, que el contribuyente insiste en identificar como diferencial entre la actividad económica de la persona física y la jurídica. En consecuencia, procede desestimar sus alegaciones y emitir la presente liquidación.

5. Contra dicha resolución se interpuso la reclamación económico administrativa que fue desestimada por la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Castilla y León, Sala de Burgos, de fecha 26 de febrero de 2021, que desestima la reclamación registrada con el número NUM000 interpuesta contra el acuerdo de liquidación provisional practicada por el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2016, que es el objeto de impugnación en el presente recurso jurisdiccional.

6. Consta en el expediente administrativo igualmente, la escritura de constitución de la sociedad recurrente de fecha 28 de enero de 2015, facturas correspondientes a los ejercicios 2015 y 2014, Dictamen pericial emitido por el Ingeniero de Caminos Canales y Puertos, Don Pedro Miguel, facturas de compras de maquinaria e informes de vida laboral de la mercantil recurrente y del socio Don Jose Miguel, con la reclamación económico administrativa fue aportado el informe pericial emitido por el economista Don Adriano, ambos peritos se han ratificado en dichos informes en el acto de la vista correspondiente al presente recurso.

Tercero. *Sobre la normativa a los efectos de la consideración de empresa de nueva creación para la aplicación del tipo reducido del Impuesto de sociedades.*

Y para resolver adecuadamente el presente recurso se ha de poner de relieve la normativa integrada por la Disposición Adicional decimonovena del Real Decreto Legislativo 4/2004 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto de Sociedades, relativa a las entidades de nueva creación, si bien dada la fecha de constitución de la recurrente no resultaba de aplicación al caso, pero permite conocer un presupuesto para entender cuando se considera que la actividad puede entenderse ejercida con carácter previo:

1. Las entidades de nueva creación, constituidas a partir de 1 de enero de 2013, que realicen actividades económicas tributarán, en el primer período impositivo en que la base imponible resulte positiva y en el siguiente, 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 inferior:

...

3. A los efectos de lo previsto en esta disposición, no se entenderá iniciada una actividad económica:

a) Cuando la actividad económica hubiera sido realizada con carácter previo por otras personas o entidades vinculadas en el sentido del artículo 16 de esta ley y transmitida, por cualquier título jurídico, a la entidad de nueva creación.

b) Cuando la actividad económica hubiera sido ejercida, durante el año anterior a la constitución de la entidad, por una persona física que ostente una participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad de nueva creación superior al 50 por ciento.

Así como el artículo 29 de la misma Ley 27/2014 de 27 de noviembre, establece en cuanto al tipo de gravamen, que:

1. El tipo general de gravamen para los contribuyentes de este Impuesto será el 25 por ciento.

No obstante, las entidades de nueva creación que realicen actividades económicas tributarán, en el primer período impositivo en que la base imponible resulte positiva y en el siguiente, al tipo del 15 por ciento, excepto si, de acuerdo con lo previsto en este artículo, deban tributar a un tipo inferior.

A estos efectos, no se entenderá iniciada una actividad económica:

a) Cuando la actividad económica hubiera sido realizada con carácter previo por otras personas o entidades vinculadas en el sentido del artículo 18 de esta Ley y transmitida, por cualquier título jurídico, a la entidad de nueva creación.

b) Cuando la actividad económica hubiera sido ejercida, durante el año anterior a la constitución de la entidad, por una persona física que ostente una participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad de nueva creación superior al 50 por ciento.

...

El tipo de gravamen del 15 por ciento previsto en este apartado no resultará de aplicación a aquellas entidades que tengan la consideración de entidad patrimonial, en los términos establecidos en el apartado 2 del artículo 5 de esta Ley."

Cuarto. *Sobre la aplicación al presente caso de dicha normativa.*

En el presente caso, se ha rechazado la aplicación del tipo reducido en el Impuesto de Sociedades del ejercicio cuestionado, al entenderse por la Administración demandada que no se trataba de una sociedad de nueva creación, sino que se estaba ante una actividad económica realizada ya con carácter previo por el socio y administrador único de dicha sociedad, Don Jose Miguel, lo que se ha ratificado en la resolución del TEAR, en la que tras la cita de dos consultas vinculantes y lo que ha recordado la jurisprudencia, se concluye que:

Pues bien, en el presente caso, D. Jose Miguel posee el 100% de las acciones de la entidad y venía ejerciendo como actividad principal declarada en el modelo 390 la de "Construcción completa obra civil", siendo también este el epígrafe en el que figura dada de alta la mercantil en el modelo 036. Por otra parte, queda acreditado en el expediente que el Sr Jose Miguel ha efectuado como persona física obras de asfaltado y pavimentado de calles, siendo esta la actividad que manifiesta realiza la mercantil, siendo indiferente a los citados efectos que para su ejecución se cuente con medios materiales y personales propios o subcontratados o arrendados a terceros, siendo por otra parte que, según consta en el libro registro de facturas emitidas de la mercantil, varios de los clientes de la misma son entidades públicas de la misma zona en que ejerce la actividad el Sr Jose Miguel, por lo que, a juicio de este Tribunal, la actividad ejercida por la reclamante ha estado siendo ejercida por el socio de la mercantil con carácter previo a su constitución, por lo que no resulta a juicio de este Tribunal acreditado que la mercantil cumpla los requisitos exigidos en el artículo 29 de la LIS, por lo que procede la desestimación de las pretensiones de la reclamante, confirmando el acuerdo impugnado.

Junto a todo ello, en el presente procedimiento, como ya se había sostenido en el expediente de gestión aportando diversa documentación, como se ha reflejado en los antecedentes reseñados en esta sentencia, la entidad recurrente sostiene que no se trata del ejercicio de la misma actividad realizada por su socio en el ejercicio anterior, ya que la actividad realizada por la entidad recurrente es fundamentalmente de asfaltado, mientras que Don Jose Miguel realizaba una actividad de saneamiento y hormigonado, lo que también resulta de las facturas aportadas en el citado expediente, ya que Don Jose Miguel no contaba como medios personales, ni materiales para

la realización de una actividad de asfaltado, lo que se ha ratificado en el acto de la vista, por los dos Peritos que declararon en el acto de la vista, ratificándose en sus respectivos informes periciales, tanto desde un punto de vista técnico, el Ingeniero de Caminos Don Pedro Miguel, quien ratifico que a su juicio, Don Jose Miguel, sin tener personal contratado y con la maquinaria que poseía, no podía realizar la actividad relacionada con el asfaltado aglomerado, salvo que la contratase con un tercero, como admitió a preguntas del Abogado del Estado en cuanto a que arrendando los medios podía haber realizado la labor de asfaltado, específicamente se le preguntó sobre la factura de marzo de 2014 cuyo concepto era el de asfaltado, lo que el Perito reiteró que era posible su realización, ya que se puede subcontratar dicha actividad y que no había examinado las concretas facturas por las que fue preguntado por el Abogado del Estado, sino que lo que había examinado era la documental que aportaba con anexo de dicho informe y referidas a los arrendamientos de maquinaria y planta asfáltica que se relacionan en el citado informe en su apartado III referido a los documentos examinados.

También el Perito Don Adriano, como economista, ratifico el informe emitido por el mismo y manifestó también que había examinado las facturas y los documentos que permitían apreciar el origen de dichas facturas y que el fin de la comparación era verificar si la entidad recurrente realizaba en el 2015 la misma actividad que realizaba el Sr. Jose Miguel en el 2014, por ello no había examinado facturas de éste del ejercicio 2015.

Y que, solo había encontrado en el 2014 del Sr. Jose Miguel, una única factura que representa el 12% de la facturación de ese año, que se refería a trabajos de asfaltado, factura que es precisamente la que se incluye en la contestación de la demanda, al folio 7 de 31 de marzo de 2014, todo lo cual había conducido a considerar por el Perito que, dado que los volúmenes de facturación eran sustancialmente distintos, ya que el Sr. Jose Miguel tenía un volumen de unos 200.000€, mientras que la recurrente el primer año de existencia superaba los 2.700.000€, es lo que llevaba a pensar que la naturaleza de los trabajos, junto con el análisis conceptual de las facturas, era sustancialmente distinto, ello junto con el hecho de que siga existiendo la actividad por parte de Don Jose Miguel, es por lo que consideraba dicho Perito, que no había existido traspase de su actividad a la empresa y que los clientes eran distintos, ya que la recurrente trabajaba para el sector público y privado, mientras que el Sr, Jose Miguel trabajaba básicamente para el sector público y que solo tenían un cliente en común, el que supone solo el 1% de la facturación de la entidad recurrente.

Y si bien a preguntas del Abogado del Estado, manifestó que Don Jose Miguel había bajado su facturación del 2014 a 2015, como resulta de su cuadro que obra en el apartado V de su informe, pese a ello dado que consideraba que el Sr. Jose Miguel continuaba con su actividad en su ejercicio 2015, es por lo que entendía que no existía traslade la actividad de una empresa a otra.

Evidentemente no cabe negar la realidad de que Don Jose Miguel ha realizado antes y después de constituirse la sociedad recurrente, una actividad de asfaltado, como se deduce de las facturas incluidas por el Abogado del Estado en su contestación a la demanda y que ello lo ha podido verificar, a través de la subcontratación, el Perito manifestó que dicha actividad no tenía carácter habitual, puesto que tenía carácter ocasional y que la entidad recurrente si tenía alguna factura de hormigón era residual.

Y preguntado por el Abogado del Estado sobre si la actividad del Sr. Jose Miguel era coincidente con la de la entidad recurrente en un 28%, sumando la actividad de asfaltado y hormigón, el Perito manifestó que no lo veía de esa manera, que siempre hay trabajos suplementarios, pero que desde el punto de vista de su análisis, la razón de la empresa recurrente era la realización de asfaltado, si bien manifestó que no había analizado la situación de la actividad del Sr. Jose Miguel en el 2016, sin que se pudiera obviar que éste realizara trabajos de asfaltado en el 2014, pero reiteraba su conclusión de que era una única factura con un porcentaje de un 12%, por lo que teniendo en cuenta el resto de los factores el volumen de negocio y los clientes, para dicho perito su actividad no era fundamentalmente la de asfaltado.

Por lo que a la vista de toda esta prueba, consideramos que la entidad recurrente ha desplegado un importante esfuerzo probatorio para acreditar que la recurrente no realizaba la misma actividad que su socio único en su actividad profesional en el ejercicio precedente, ya que si bien en el presente supuesto, la Administración entiende que no procede, tal y como hemos señalado, aplicar el tipo de gravamen reducido, en base a lo dispuesto en el apartado 3 b) de la Disposición Adicional 19ª, al considerar probado que la actividad económica ha sido ejercida durante el año anterior a la constitución de la entidad por persona física que ostenta una participación en su capital del 100%.

Tales conclusiones, alcanzadas por la Administración en base a que ambos están dados de alta en el mismo epígrafe del IAE, así como el hecho de que el Sr. Jose Miguel había realizado antes y después de la constitución de la sociedad, actividades de asfaltado, no consideramos que sean dos datos suficientes para justificar que se tratara de la misma actividad o una mera ampliación del negocio que ejercía el socio antes de la constitución de la sociedad, ya que no estamos ante una mera continuidad empresarial, ya que no solo aparece que en la facturación global del Sr. Jose Miguel los trabajos correspondientes al asfaltado ascendían solo al 12% y en una única factura, como puntualizó el Perito, Sr. Adriano, lo que determinaba que no se realizara de forma habitual esa actividad, debía atenderse igualmente al volumen de negocio, tan dispar, entre la empresa recurrente y el Socio, siendo los clientes distintos, dado que este trabajaba fundamentalmente para el sector público, mientras que la recurrente solo lo hace en un 50% y que solo existía un cliente en común, el hecho también de que la entidad recurrente haya procedido a

contratar a 13 trabajadores, como resulta de la documental aportada en el expediente administrativo como Anexo V, como con el informe elaborado por el Ingeniero Don Pedro Miguel, así como las facturas de las que aparece que ha arrendado y comprado posteriormente maquinaria y medios materiales para llevar a cabo dicha actividad en el Anexo IV, todo lo cual provoca que la Sala entienda que no existe continuidad empresarial, sino un actividad distinta y por tanto se cumpla con la finalidad pretendida por la norma, de incentivar la creación de nuevas empresas y de nuevas contrataciones laborales, lo que en este caso es evidente que se ha producido y que no se trata solo de una mera ampliación del negocio o de la actividad a desarrollar, sino que la sociedad recurrente es una nueva persona jurídica que irrumpe en el tráfico mercantil y que ha supuesto elevación del nivel de empleo, aun cuando opere en una rama de actividad relacionada con la que ejercía y ejerce su socio el Sr. Jose Miguel.

Y que de toda la documental obrante en autos y la prueba pericial que hemos analizado, evidencia que pese a que a tenor del artículo 14 de la Ley General Tributaria, se impide una aplicación extensiva de las normas sobre exenciones y bonificaciones tributarias, como elemento interpretativo de la regulación de las mismas, en el presente caso no existe una total sucesión entre la actividad de la persona particular y la compañía mercantil, pese al dato de la titularidad que en la nueva sociedad y los epígrafes del IAE, ya que existen otros datos muy relevantes que permiten entender que sea aplicable a la actora la bonificación que pretende, por lo que procede, en el presente caso y respecto de esta cuestión, estimar la demanda y a la vista de todo lo expuesto se considera que resultaba procedente el tipo de gravamen aplicado y no el aplicado en la liquidación tributaria de la que trae causa la resolución impugnada, al considerar iniciada la actividad con la constitución de la sociedad y que esa actividad no venía realizándose con carácter previo por el socio, procediendo por todo ello, la estimación del recurso y declarando no conforme a derecho, por tanto de la resolución impugnada.

Ultimo. Costas procesales.

Pese a la estimación del recurso, la Sala considera que en aplicación del art.139.1 de la LJCA, en la redacción otorgada por la Ley 37/2011, no procede la imposición de las costas procesales a ninguna de las partes, al concurrir en el asunto serias dudas de hecho, como lo evidencia el examen de la prueba practicada en autos.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, con sede en Burgos, ha dictado el siguiente:

FALLO

Que se estima el recurso contencioso administrativo registrado con el número 92/2021 e interpuesto por la mercantil ASFALTOS Y PAVIMENTOS 2015 S.L. representada por el Procurador Don Juan Antonio Mamolar Cámara y defendida por el Letrado Don Emilio Pérez Martín, contra la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Castilla y León, Sala de Burgos, de fecha 26 de febrero de 2021, que desestima la reclamación registrada con el número NUM000 interpuesta contra el acuerdo de liquidación provisional practicada por el Impuesto sobre Sociedades del ejercicio 2016, reseñada en el encabezamiento de la presente sentencia.

Y en virtud de dicha estimación procede declarar que la resolución del TEAR impugnada no es conforme a derecho procediendo la anulación de la misma, conforme lo solicitado y todo ello sin expresa condena de las costas procesales causadas a ninguna de las partes.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de conformidad con lo previsto en el art. 86.1 y 3 de la LJCA, en su redacción dada por la LO 7/2015 de 21 de julio y siempre y cuando el recurso, como señala el art. 88.2 y 3 de dicha Ley, presente interés casacional objetivo para la formación de Jurisprudencia; mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los treinta días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el art. 89.2 de la LJCA.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase el expediente administrativo al órgano de procedencia con certificación de esta resolución para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

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.