

## BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ093080

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA (Sede en Sevilla)

Sentencia de 18 de julio de 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 391/2021

### SUMARIO:

**IS. Tipo de gravamen. Tipo reducido para las entidades de nueva creación.** Afirma la Sala que corresponde a quien invoca un beneficio alegar y probarlos hechos de los que normalmente resulta, sin que pueda exigírsele que pruebe también que no se dan las excepciones materiales, sin perjuicio del deber que le impone el principio de lealtad de confesar o negar los hechos personales y de las modulaciones que impone la idea de facilidad probatoria. Y debe recordarse también que la misión de la Inspección, en la fase de comprobación no es la de convertirse en juez tributario, regido por el principio de aportación de parte, que decide sin más sobre la carga de probar que corresponde al contribuyente. No se trata de una mera actuación de quedarse a verlas venir, sino que exige del actuario una actitud investigadora, una posición activa. En el presente caso la cuestión es muy concreta, la demandante admite la vinculación entre las dos compañías y admite que los servicios que prestan son semejantes, sin embargo niega la transmisión de la actividad, ya que la vinculada sigue desarrollando su actividad económica y pasa a ser una competidora. En este sentido, para que pueda hablarse propiamente de transmisión, la que transmite ha de cesar sustancialmente en la actividad que transmite. Y de eso, que tan fácil es de probar por la Inspección, no hay dato alguno y ni se dice siquiera. Y lo mismo señala la Sala respecto al carácter significativo de los datos mismos obtenidos por la Inspección. Así, de las dos trabajadoras, se dice que estuvieron en la empresa unos meses en 2013 y uno de los trabajadores, dejó de trabajar en la vinculada en 2010. Hechos fácilmente comprobables por la Inspección. Igualmente, lo facturado a clientes que se dicen cedido, representan una cantidad mínima en relación con el volumen de negocios de la demandante. Por todo ello la Sala concluye que no existe prueba cumplida que nos permita formar convicción adecuada de la realidad de esa transmisión de actividad entre vinculadas, por lo que procede la estimación del recurso a fin de declarar la nulidad de la liquidación y, por tanto y con mayor razón, de la liquidación.

### PRECEPTOS:

RDLeg 4/2004 (TR Ley IS), disp. adic. 19.

### PONENTE:

*Don Guillermo Sanchis Fernandez-Mensaque.*

Magistrados:

Don HERIBERTO ASENCIO CANTISAN  
Don GUILLERMO SANCHIS FERNANDEZ-MENSAQUE  
Don JOSE ANGEL VAZQUEZ GARCIA  
Don MARIA FERNANDA MIRMAN CASTILLO

### SENTENCIA

ILMOS. SRES.

D.Heriberto Asencio Cantisán

D.Guillermo Sanchis Fdez.-Mensaque D.José Ángel Vázquez García

Dª María Fernanda Mirmán Castillo

En Sevilla, a 18 de julio de dos mil veintitrés.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo con sede en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, formada por los magistrados que al margen se expresan, ha visto en el nombre del Rey el recurso contencioso administrativo registrado con el número de autos 391/2021, seguido entre las siguientes partes:

DEMANDANTE: la compañía "LICISUR S. T., S.L.", representada por la procuradora doña Mercedes de Felipe Jiménez Casquet y dirigida por el letrado don Javier Argente Álvarez; y DEMANDADA: El Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía, representado y dirigido por el Abogado del Estado. Ha sido ponente Guillermo Sanchis Fernández-Mensaque.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Primero.

Por la parte actora se interpuso recurso contencioso administrativo contra acuerdo del TEARA de fecha 4 de marzo de 2021, recaídos en reclamaciones económico-administrativas acumuladas NUM000 y NUM001, por el que se desestimaban las reclamaciones formuladas contra liquidación provisional girada por la Dependencia Regional de Inspección por el Impuesto de Sociedades del ejercicio 2014 y contra acuerdos sancionador derivado.

### Segundo.

Por la actora se interpuso demanda en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estima aplicables al caso, termina suplicando que se anule la resolución recurrida.

### Tercero.

Por la parte demandada se contestó a la demanda en escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estima aplicables al caso, termina suplicando que se desestime el recurso.

### Cuarto.

No solicitado, no se recibió el recurso a prueba; y no solicitado trámite final de alegaciones, se declaró concluso el procedimiento.

### Quinto.

La votación y fallo tuvo lugar el día señalado, habiéndose observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

### Primero.

La liquidación girada lo fue, entre otras cosas, por no considerar aplicable el tipo reducido fijado por la disposición adicional 19 del del TR de la Ley del Impuesto de Sociedades de 2004 para las empresas de nueva creación. En concreto, se entiende que se trata de la sucesión en la actividad que ya venía realizando uno de los socios como empresario individual.

Girada la liquidación, se inicia procedimiento sancionador y seguido por sus trámites, se dicta la resolución reclamada por la que se impone la sanción dicha

La resolución del TEARA desestima la reclamación coincidiendo con la liquidación en cuanto a que se trata de la misma actividad que venía realizando la sociedad vinculada "INCOA INGENIEROS GRUPO EMPRESARIAL,S.L.", que la había transmitido a la aquí actora.

### Segundo.

Empieza la actora diciendo que en el procedimiento de comprobación no hay prueba alguna de que la demandante haya aplicado el tipo reducido.

Ningún comentario merece el argumento, con el que la demandante ignora que, de acuerdo con el principio de lealtad en el procedimiento los hechos personales deben ser confesados o negados, sin que quepa reprochar falta de prueba. Y si la actora considera que no ha aplicado el tipo reducido resulta difícil explicarse qué hacemos aquí.

### Tercero.

Conforme a dicha disposición adicional 19.3 del TR de 2004, que establece el tipo reducido para las entidades de nueva creación: 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.

La liquidación cuestionada considera que, conforme a la disposición adicional 19 del TR de 2004, no se inicia actividad nueva ya que, tal como resume la Abogacía del Estado en la contestación:

1º El vínculo de parentesco existente entre los socios de LICISUR SL y la entidad INCOA INGENIEROS GRUPO EMPRESARIAL.

2º Coincidencia de trabajadores que prestaron sus servicios para INCOA GRUPO EMPRESARIAL SL y que ahora los prestan para LICISUR SL, en concreto los siguientes trabajadores Flor ( NUM002); Benedicto ( NUM003); Camilo ( NUM004); Marcelina ( NUM005).

3º Que INCOA GRUPO EMPRESARIAL SL e INCOA INGENIEROS GRUPO EMPRESARIAL SL son principales proveedores de LICISUR en el primer año de actividad (2013)

4º Coincidencia de clientes, que pasan de figurar como tales en INCOA GRUPO EMPRESARIAL SL a figurar como clientes de LICISUR SL 5º Coincidencia de servicios facturados por ambas entidades, concretamente servicios de ingeniería. Por lo tanto, lo que realmente viene a discutir el actor en la demanda es la valoración de la prueba documental que ha realizado el TEARA en sede económico-administrativa para determinar que existe sucesión de actividad entre LICISUR SL e INCOA GRUPO EMPRESARIAL SL.

Tras este resumen de los hechos, sostiene la Abogacía del Estado que de acuerdo al artículo 105 de la Ley General Tributaria y diversa jurisprudencia, al contribuyente le corresponde acreditar los hechos que determinan que se encuentra en el supuesto de hecho previsto en el apartado 1 de la DA 19 del TRLIS, y que no concurren las circunstancias del apartado 3.a) del mismo precepto, en cuanto acreditar estos extremos conlleva una ventaja para el mismo, en concreto, la aplicación de un tipo reducido.

La Sala no puede compartir el razonamiento en tales términos. Así, corresponde a quien invoca un beneficio alegar y probar los hechos de los que normalmente resulta, sin que pueda exigírsele que pruebe también que no se dan las excepciones materiales, sin perjuicio del deber que le impone el principio de lealtad de confesar o negar los hechos personales y de las modulaciones que impone la idea de facilidad probatoria.

Y debe recordarse también que la misión de la Inspección, en la fase de comprobación no es la de convertirse en juez tributario, regido por el principio de aportación de parte, que decide sin más sobre la carga de probar que corresponde al contribuyente. No se trata de una mera actuación de quedarse a verlas venir, sino que exige del actuario una actitud investigadora, una posición activa.

En nuestro caso la cuestión es muy concreta, la demandante admite la vinculación entre las dos compañías y admite que los servicios que prestan son semejantes, sin embargo niega la transmisión de la actividad, ya que la vinculada sigue desarrollando su actividad económico y pasa a ser una competidora.

#### Cuarto.

Despejado lo anterior, es cierto que el conjunto de los hechos apuntan a lo que concluye la Inspección con enlace directo; pero a tal enlace le falta precisión, por cuanto también permiten la versión de la demandante.

Admitimos, con la Abogacía del Estado, que la expresión por cualquier título trata de salir al paso de pactos ocultos entre vinculadas en perjuicio de la Hacienda; pero, para que pueda hablarse propiamente de transmisión, la que transmite ha de cesar sustancialmente en la actividad que transmite. Y de eso, que tan fácil es de probar por la Inspección, no hay dato alguno y ni se dice siquiera.

Y lo mismo hemos de decir respecto al carácter significativo de los datos mismos obtenidos por la Inspección. Así, de las dos trabajadoras, se dice que estuvieron en la empresa unos meses en 2013 y uno de los trabajadores, dejó de trabajar en la vinculada en 2010. Hechos fácilmente comprobables por la Inspección. Igualmente, lo facturado a clientes que se dicen cedido, representan una cantidad mínima en relación con el volumen de negocios de la demandante.

Por todo ello tendremos que concluir que no existe prueba cumplida que nos permita formar convicción adecuada de la realidad de esa transmisión de actividad entre vinculadas, por lo que procede la estimación del recurso a fin de declarar la nulidad de la liquidación y, por tanto y con mayor razón, de la liquidación.

#### Quinto.

Aún estimándose el recurso, las serias dudas de hecho que suscita, conforme al artículo 139 de la LJ, justifica la no imposición de las costas.

**FALLAMOS**

Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la compañía "LICISUR S. T., S.L." contra las resolución que se dice en el antecedente primero, debemos anular y anulamos dicha resolución por no ser ajustada a derecho, dejando sin efecto tanto la liquidación como la sanción impuesta y sin hacer expresa imposición de las costas.

Contra esta sentencia cabe articular recurso de casación, en los términos y con las exigencias contenidas en el art. 88 y ss. LJCA que deberá prepararse por escrito ante esta Sala en plazo de 30 días contados desde el siguiente a la notificación de la presente resolución.

A su tiempo, devuélvase el expediente con certificación de esta sentencia para su cumplimiento.

Quede el original de esta sentencia en el legajo correspondiente y únase testimonio íntegro a los autos de su razón.

Así, por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgado, 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.