

REC.ORDINARIO(c/a) Num.: 433/2012

Votación: 08/05/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Manuel Vicente Garzón Herrero

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

S E N T E N C I A

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN: SEGUNDA**

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Rafael Fernández Montalvo

Magistrados:

D. Manuel Vicente Garzón Herrero

D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco

D. Óscar González González

D. Manuel Martín Timón

En la Villa de Madrid, a veintidós de Mayo de dos mil trece.

VISTO por la Sección Segunda de la Sala Tercera de este Tribunal, integrada por los Excmos. Señores Magistrados anotados al margen, el Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por **la Administración General del Estado**, representada y dirigida por el Abogado del Estado, y, estando promovido contra la resolución de la Junta Arbitral del Concierto económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 11 de mayo de 2012, en el conflicto 10/2009. Habiendo sido partes recurridas, de un lado, **la Diputación Foral de Bizkaia**, representada por el Procurador D. NOMBRE Y APELLIDOS 1, bajo la dirección de Letrado; y de otro, **la mercantil ENTIDAD 1** (sucesora universal, por absorción de la mercantil ENTIDAD 2 representada por el Procurador D. NOMBRE Y APELLIDOS 2, bajo la dirección de Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Junta Arbitral del Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, con fecha 11 de mayo de 2012, adoptó, en relación con el conflicto 10/2009, promovido por la Diputación Foral de Bizkaia contra la Administración Tributaria del Estado, resolución cuyo contenido: "Acuerda: Declarar que el cambio de domicilio comunicado por la entidad ENTIDAD 2 tanto a la Diputación Foral de Bizkaia como a la AEAT, desde Santander a MUNICIPIO 1 (Bizkaia) es conforme a derecho, y consecuentemente la Diputación Foral de Bizkaia es la Administración competente para la comprobación e investigación del Impuesto sobre Sociedades correspondientes al ejercicio 2004 de dicha entidad.".

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución, el Abogado del Estado formuló Recurso Contencioso-Administrativo al amparo del artículo 43.8 de la Ley 12/02, Concierto Económico del País Vasco y suplica de la Sala se estime el recurso.

TERCERO.- Por providencia de 4 de febrero de 2013, se señaló para votación y fallo el 8 de mayo pasado, tuvo lugar en esa fecha la referida actuación procesal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. MANUEL VICENTE GARZÓN HERRERO, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- ANTECEDENTES

Se impugna, mediante este Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por el Abogado del Estado, la resolución de la Junta Arbitral del Concierto Económico con el País Vasco, de 11 de mayo de 2012, por la que se revolió el conflicto planteado por la Diputación Foral de Bizkaia frente a la Administración General del Estado y acordó: "Declarar que el cambio de domicilio comunicado por la entidad ENTIDAD 2 tanto a la Diputación Foral de Bizkaia como a la AEAT, desde Santander a MUNICIPIO 1 (Bizkaia) es conforme a derecho, y consecuentemente la Diputación Foral de Bizkaia es la Administración competente para la comprobación e investigación del Impuesto sobre Sociedades correspondientes al ejercicio 2004 de dicha entidad."

No conforme con el acuerdo citado el Abogado del Estado interpone el Recurso de Casación que decidimos.

SEGUNDO.- HECHOS PROBADOS

Son hechos declarados probados por el acuerdo y no discutidos en casación los siguientes:

Con fecha 30 de mayo de 2000 se constituyó, mediante escritura pública otorgada en Santander, ante el notario Sr. NOMBRE Y APELLIDOS 3, la sociedad ENTIDAD 2, fijando su domicilio social en Santander, DOMICILIO 1.

El administrador único de la entidad, designado en el acto constitutivo, era D. NOMBRE Y APELLIDOS 4, con domicilio en MUNICIPIO 1 (Bizkaia), DOMICILIO 2.

Por escritura de fecha 22 de noviembre de 2004, otorgada en Bilbao, ante el notario Sr. NOMBRE Y APELLIDOS 5, la sociedad ENTIDAD 1, domiciliada en MUNICIPIO 1 (Bizkaia), DOMICILIO 2, adquirió la totalidad de las participaciones sociales de ENTIDAD 2.

Por otra escritura otorgada igualmente en Bilbao, el 22 de noviembre de 2004, ante el mismo notario Sr. NOMBRE Y APELLIDOS 5, la sociedad ENTIDAD 2 trasladó su domicilio social a MUNICIPIO 1 (Bizkaia), DOMICILIO 2, es decir al mismo domicilio de la entidad que ese mismo día había adquirido la totalidad de sus participaciones sociales.

ENTIDAD 2 comunicó el 30 de diciembre de 2004 a la AEAT en Cantabria, mediante Impreso Modelo 036, el traslado de su domicilio fiscal a Bizkaia con efectos desde el 13 de diciembre de 2004. Esta comunicación fue devuelta por la AEAT de Cantabria por considerar que no correspondía su tramitación a aquella Delegación, y se reenvió a la AEAT de Bizkaia el 21 de enero de 2005. El 22 de febrero de 2005 la entidad comunicó a la Diputación Foral de Bizkaia, mediante el Impreso Modelo 036, el cambio de domicilio con efectos desde el 13 de diciembre de 2004.

Por escritura con fecha 29 de diciembre de 2004, otorgada en Bilbao, ante el notario Sr. NOMBRE Y APELLIDOS 5, ENTIDAD 1, socio único de ENTIDAD 2 absorbió a esta última. Esta escritura de fusión por absorción fue presentada ante el Registro Mercantil de Vizcaya el 30 de diciembre de 2004, y fue inscrita el día 20 de enero de 2005.

La sociedad ENTIDAD 2 presentó como últimas declaraciones tributarias ante la AEAT las correspondientes al Impuesto sobre Sociedades de 2003 y al IVA de los tres primeros trimestres de 2004.

En fecha 20 de mayo de 2009 la AEAT inició actuaciones de comprobación e investigación, con carácter general respecto del Impuesto sobre Sociedades de 2004 de ENTIDAD 2 entendiendo dichas actuaciones con la sociedad absorbente de la misma, esto es con ENTIDAD 1.

El 23 de julio de 2009 la Diputación Foral de Bizkaia notificó la AEAT requerimiento de inhibición respecto de dichas actuaciones de comprobación e investigación, por considerar que la competencia para desarrollar las mismas le correspondía a ella.

El 3 de agosto de 2009 la AEAT notificó a la Diputación Foral de Bizkaia contestación al requerimiento de inhibición, ratificándose en su competencia inspectora respecto al Impuesto sobre Sociedades de 2004 de ENTIDAD 2.

TERCERO.- CUESTIÓN DEBATIDA

Decidir si el cambio de domicilio de la entidad ENTIDAD 2 desde Santander a MUNICIPIO 1 (Bizkaia) ha de tenerse por existente o contrariamente, por inexistente, a efectos tributarios en la solicitud generadora de las actuaciones, constituye el eje del litigio.

La esencia del razonamiento del acuerdo arbitral se manifiesta en su fundamento tercero en los siguientes términos: "Nos resta, para concluir, y ese es el verdadero objeto del debate, pronunciarnos acerca de si es reconducible a lo dispuesto en el artículo 43.8 el asunto que nos ocupa, y, la respuesta ha de ser negativa, puesto que la empresa no ha estado inactiva ni ha cesado su actividad en el año anterior o posterior al cambio de domicilio. Ya hemos dicho en ocasiones precedentes (R. 11/2011, de 2 de mayo de 2011, relativa a los expedientes acumulados 29/2008, 30/2008, 32/2008, 38/2008, 39/2008 y 40/2008 y R. 5/2012 de 30 de marzo de 2012, relativa al expediente 9/2009) que <<en los supuestos en que una nueva entidad sucede a otra, sea en virtud

de una operación de reestructuración societaria, como en este caso la fusión por absorción -pero también en el de otras operaciones de esta clase, causen o no extinción de la transmitente, como por ejemplo, una escisión total o parcial, una segregación o una cesión global de activo y pasivo- sea, en general, por cualquier otra causa, no puede afirmarse que la entidad transmitente cese en su actividad en el sentido del artículo 43. Ocho CEPV. La equiparación que establece este precepto entre los supuestos de que la entidad 'devenga inactiva' y 'cese en su actividad' pone de manifiesto que esta norma se refiere al supuesto de que sea la actividad misma de la entidad la que termine y no a aquellos otros en los que la actividad continúe bajo otra titularidad>>.

No podemos, por tanto, acoger la pretensión de la AEAT consistente en que se declare su competencia inspectora para la comprobación del Impuesto sobre Sociedades correspondiente al ejercicio 2004 de ENTIDAD 2 por la ineficacia del cambio de domicilio de la entidad, comunicado a la AEAT el 30 de diciembre de 2004, cuando había quedado disuelta y extinguida por escritura de 29 de diciembre de 2004, por no haber transcurrido más de un año, tal y como señala el artículo 43.8 del Concierto Económico, entre el momento en que el cambio se comunicó y el momento en el que la entidad devino inactiva y cesó en su actividad, porque tales inactividad y cese en la actividad fueron consecuencia de la absorción de ENTIDAD 2 por ENTIDAD 1".

Sobre problema sustancialmente idéntico al debatido esta Sala ha declarado en sentencia de 18 de mayo de 2013, Recurso de Casación 391/2012, que lo esencial, a efectos de interpretar el concepto de "cese de actividad de las personas jurídicas" a que se refiere el artículo 43.8 de la Ley del Concierto Económico 12/2002 de 23 de mayo es la subsistencia de las personas jurídicas, pues si estas se extinguen no es posible la continuidad de la actividad que desempeñaban, y esto es lo que sucedió a la entidad "ENTIDAD 2" cuando fue absorbida por "ENTIDAD 1", pues, en nuestra opinión, la actividad está indisolublemente unida al sujeto que la efectúe, y, de este modo, la misma actividad, pero llevada a cabo bajo la titularidad de otro sujeto, es una actividad distinta de la anterior.

La aplicación de la doctrina referida al asunto que decidimos comporta la estimación del Recurso Contencioso Administrativo.

CUARTO.- COSTAS

En materia de costas no procede hacer expresa imposición de las causadas en este Recurso Contencioso-Administrativo.

En su virtud, en nombre de su Majestad el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el Recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por **la Administración General del Estado**, contra la resolución de 11 de mayo de 2012 dictada por la Junta Arbitral del Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco en el Conflicto número 10/2009. Todo ello sin expresa imposición de las costas causadas.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Rafael Fernández-Montalvo
D. Manuel Vicente Garzón Herrero
D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco
D. Oscar González González
D. Manuel Martín Timón

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. **D. MANUEL VICENTE GARZÓN HERRERO**, estando

constituida la Sala en audiencia pública, de lo que, como Secretaria de la misma **CERTIFICO**.