

INFORME PERICIAL

FERNANDO PRADA CARÚS, mayor de edad, miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, colegiado número 28.552, provisto de DNI número 09.421.153-P, y con domicilio profesional en Barcelona, calle Balmes 230, 6º-2º, código postal 08006.

He sido requerido por Don Jordi Calsamiglia Blancafort, como abogado de Cristina Canet Moyá, a los efectos de emitir un Informe Pericial para su utilización en la comparecencia como parte demandada en el procedimiento judicial instado por los señores Don Manuel Rosselló Gómez y Dña. Laura Ventosa Rahuet, ante el Juzgado de Primera Instancia Número 7 de Palma de Mallorca, contra Cristina Canet Moyá.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 335.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el perito firmante, responsable del contenido del dictamen, manifiesta bajo promesa de decir verdad, que he actuado y, en su caso, actuaré con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, siendo conocedor de las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliese mi deber como perito.

Igualmente, el perito firmante manifiesta que no incurre en ninguna de las causas de incompatibilidad como perito designado por las partes, previstas en el artículo 343 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

ÍNDICE:

1. Hechos.
2. Objeto del dictamen.
3. Documentación examinada.
4. Análisis jurídico-tributario.
5. Conclusiones.

1.- HECHOS:

1.- Mediante documento privado de fecha 8 de febrero de 2017 los demandantes constituyeron una Comunidad de Bienes denominada YOGA VISUAL CB.

Se manifiesta en la demanda que la forma jurídica de esta entidad fue aconsejada por la demandada.

También se manifiesta en la demanda que, como consecuencia de la constitución de la Comunidad de Bienes (CB), la demandada cursó el alta de actividad de la CB en el régimen especial de IVA del recargo de equivalencia, cuestión intrascendente a los efectos de la reclamación realizada.

El régimen especial del recargo de equivalencia es un régimen obligatorio para aquellos comerciantes minoristas que tienen la condición de personas físicas, o entidades en régimen de atribución de rentas, cosa que es de aplicación a las Comunidades de Bienes.

No obstante lo anterior, se ha constatado la presentación de la autoliquidación de IVA (modelo 303), correspondiente al primer trimestre de 2017, lo que resulta incompatible con la inclusión de la CB en el régimen especial del recargo de equivalencia.

También hay que aclarar que la declaración censal (modelo 036) de alta de actividad aportada es una predeclaración, es decir, carece de validez si no se presenta posteriormente en papel ante la Agencia Tributaria. Se desconoce si esta declaración fue presentada tal cual ante la Agencia Tributaria, o si se modificó en algún aspecto antes de ser presentada, lo que podría explicar la presentación de la autoliquidación de IVA (modelo 303) correspondiente al primer trimestre de 2017. Se acompaña a este informe la copia completa de esta declaración.

2.- En coherencia con la forma jurídica inicialmente indicada en la constitución de la CB, la administración le concedió a esta entidad un NIF provisional que comenzaba por la letra E, letra que corresponde a las CB.

3.- Se manifiesta en la demanda que, disconforme con el asesoramiento prestado por la demandada, en abril de 2017 los demandantes solicitaron los servicios de un nuevo asesor fiscal. Dicho asesor se encargó de solicitar a la Administración Tributaria la emisión del NIF definitivo de la CB. El NIF definitivo otorgado por la Administración comenzaba por la letra J, letra que corresponde a las Sociedades Civiles (SC).

No se ha aportado documentación alguna que aclare el motivo de esta situación, pero de nuestra experiencia profesional se podría deducir que esta situación se ha dado porque desde el 1 de enero de 2016 la Agencia Tributaria viene entendiendo que solo existe una CB, a efectos tributarios, cuando se dan las siguientes circunstancias:

- Hay patrimonio común preexistente y es copropiedad de todos los comuneros.
- No hay voluntad de asociarse diferente de la mera situación de copropietarios de todos los comuneros
- No se aportan nuevos bienes o derechos fuera de la copropiedad preexistente y
- No hay socios no copropietarios.

En caso contrario, cuando se constituye una CB con la intención de explotar un negocio, la Administración considera que estamos ante una sociedad civil, y la trata como tal a efectos de concederle el correspondiente NIF.

Las CBs al ser entidades en régimen de atribución de rentas no se encuentran sujetas al impuesto sobre sociedades, sino que atribuyen el rendimiento obtenido a sus comuneros que tributan por él en su Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, o en su Impuesto sobre Sociedades, según se trate de comuneros personas físicas o jurídicas.

Por el contrario, las SC no son entidades en régimen de atribución de rentas, sino que son sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades.

Derivado de esta condición de sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades las SC no están sometidas al régimen del recargo de equivalencia en el IVA.

El hecho de que la Administración Tributaria considerara a la entidad constituida por los demandantes como una SC en vez de una CB, no tenía otra consecuencia que la tributación del rendimiento en el Impuesto sobre Sociedades y la aplicación del régimen general de IVA, en lugar de tributar el rendimiento en el IRPF de sus socios, y la aplicación del régimen del recargo de equivalencia en IVA.

Este cambio, en sí mismo, no supone un incremento de la carga tributaria, más bien podría suponer un decremento en la medida en que el tipo de tributación del Impuesto sobre Sociedades puede resultar más bajo que el del IRPF pero, en

definitiva, supone la adaptación de la tributación del negocio de los demandantes a lo que la Administración Tributaria consideró correcto.

4.- El nuevo asesor de los demandantes les aconsejó liquidar la CB, ahora convertida en SC después de 6 meses de actividad, y constituir una sociedad limitada, cosa que hicieron a lo largo del año 20117.

5.- Como consecuencia de haber realizado la actividad mediante una SC durante una parte del año 2017, los demandantes consideran que han sufrido un daño por tres conceptos:

- 5.317,12 euros, como consecuencia de no haberse podido deducir en el impuesto sobre sociedades de la SC la remuneración de los socios en concepto de gasto.
- 362,48 euros, como consecuencia de no haber podido aplicar en la nueva sociedad limitada el tipo reducido del Impuesto sobre Sociedades, por haber ejercido previamente la misma actividad a través de una entidad vinculada.
- 2.500,00 euros, por daños morales.

2.- OBJETO DEL DICTAMEN:

El objeto del presente informe es determinar la existencia, o no, de daño para los señores Don Manuel Rosselló Gómez y Dña. Laura Ventosa Rahuet y, en su caso, cuantificar el daño y analizar la responsabilidad que pudiera tener la señora Cristina Canet Moyá en dicho daño.

3.- DOCUMENTACION EXAMINADA:

Para realizar el presente informe se ha tenido acceso a la siguiente documentación:

- Demanda presentada por los señores Don Manuel Rosselló Gómez y Dña. Laura Ventosa Rahuet y documentación acompañada. Cabe mencionar que no he tenido a la vista todos los documentos mencionados en la demanda.

- Consulta Vinculante V3569-15, de 18 de noviembre de 2015, de la Dirección General Tributos que confirma la deducción en el Impuesto sobre Sociedades de las retribuciones de los socios de una SC.
- Consulta Vinculante V3547-15, de 17 de noviembre de 2015 de la Dirección General de Tributos.
- Copia completa de la predeclaración censal de alta de actividad (modelo 036) acompañado parcialmente a la demanda.
- Autoliquidación de IVA (modelo 303) de la CB, correspondiente al primer trimestre de 2017.

4.- ANÁLISIS JURÍDICO-TRIBUTARIO

Primero.

Como primer elemento de la responsabilidad civil, procede analizar si el importe que se reclama constituye realmente un daño para los Demandantes.

Analizando partida por partida tenemos:

1.- 5.317,12 euros, como consecuencia de no haberse podido deducir como gasto en el impuesto sobre sociedades de la SC la remuneración de los socios.

Se desconoce el fundamento por el cual los demandantes consideran que en la declaración del impuesto sobre sociedades de la SC, no era deducible la remuneración de los socios.

La SC es sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades y como tal le es de aplicación la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, sin ninguna particularidad respecto a una sociedad limitada, por lo que al igual que la retribución de los socios es gasto deducible para una sociedad limitada, de la misma forma lo será para una SC.

Por no alargarme más en la justificación de la deducción de este gasto me remito a la Consulta Vinculante V3569-15, de 18 de noviembre de 2015, de la Dirección General Tributos (DGT). En el informe pericial aportado con la demanda, el economista firmante manifiesta que esta consulta genera dudas sobre la consideración de gasto deducible en una SC de las retribuciones satisfechas a los socios por su trabajo, pero en mi opinión esta consulta aclara las dudas que

pudieran existir sobre esta cuestión, dejando clara la deducción en el Impuesto sobre Sociedades de las retribuciones de los socios de una SC.

En el informe pericial aportado por la parte demandante también se hace referencia a la Consulta V3547-15 (por error el informe pericial dice V3547-45), como otra Consulta de la DGT que arroja dudas sobre la deducción en el Impuesto sobre Sociedades de las retribuciones satisfechas a los socios de una SC por su trabajo en la misma. Analizado el texto de esa consulta por este perito mis conclusiones son:

- En esa consulta no se pregunta por la deducción como gasto de las retribuciones de los socios, sino que se pregunta por la tributación en el IRPF de los socios.
- Se pregunta por la consideración de sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades de la SC consultante, y la DGT confirma la consideración de sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades de la SC consultante, debido a la realización de una actividad mercantil.
- Lo que ha podido confundir al perito del demandante es que la consulta dice que la retribución de los socios no es gasto fiscalmente deducible para las entidades en atribución de rentas, pero previamente, en la propia consulta, se dice que una SC con objeto mercantil no es una entidad en régimen de atribución de rentas.

Por tanto, al contrario de lo que dice el perito del demandante, la opinión del perito que suscribe es que en las dos consultas mencionadas la DGT deja claro que la retribución por el trabajo de los socios es gasto fiscalmente deducible para las SC con objeto mercantil, como es el caso que nos ocupa.

No obstante, en el caso que nos ocupa, examinado el Impuesto sobre Sociedades de la SC que se ha acompañado a la demanda, se observa que no existe cantidad alguna contabilizada en el apartado "sueldos y salarios" (página 7 de la declaración del Impuesto sobre Sociedades). De ello pueden extraerse, alternativamente, una de las siguientes conclusiones:

- a) Que no se abonó retribución alguna a los socios. Si no se ha abonado retribución alguna no se puede pretender su deducibilidad.
- b) Que se pagó la retribución, pero no se contabilizó. En este caso las retribuciones pagadas tampoco se pueden deducir en el Impuesto sobre Sociedades, ya que la Ley del Impuesto sobre Sociedades exige la inscripción contable de los gastos para poder ser deducidos. En este caso

estaríamos ante una negligencia de los nuevos asesores que se encargaron de la contabilidad de la SC.

Por otra parte, en la medida en que la retribución de los socios supone una tributación en su IRPF, y que los tipos del IRPF son más altos que los del Impuesto sobre Sociedades, la ausencia de remuneración a los socios por parte de la SC ha podido suponer un beneficio para los contribuyentes si consideramos globalmente la tributación de la SC y la de sus socios.

Téngase en cuenta que la SC tributó a un tipo fijo del 15%, y que el IRPF de los socios tributa según una escala que en Baleares puede llegar al 47,5%, siendo el primer tramo del 19% aplicable sobre los primeros 10.000 euros de base imponible.

Como en la demanda se manifiesta que la señora Ventosa Rahuet debió tener una retribución mensual de 3.874,58 euros (46.494,96 euros al año) y el Rosselló Gómez de 2.033,33 euros mensuales (24.399,96 euros al año) se puede afirmar que los demandantes, en conjunto con su sociedad, han obtenido un claro beneficio fiscal, al tributar al 15% (tipo impositivo de la SC), lo que debió tributar en su IRPF a un tipo impositivo sustancialmente superior.

Y para el supuesto caso de que los demandantes hayan incluido en su declaración de renta su remuneración como una ganancia patrimonial, a través de la cuota resultante de liquidación de la SC, también habrían obtenido una ventaja fiscal ya que la ganancia patrimonial derivada de la liquidación de la SC podría haber tributado en la base imponible del ahorro, a un tipo inferior que el que le hubiese correspondido si la retribución se hubiese abonado en concepto de renta de trabajo.

2.- 362,48 euros, como consecuencia de no haber podido aplicar en la nueva sociedad limitada el tipo reducido del Impuesto sobre Sociedades, por haber ejercido previamente la misma actividad a través de una entidad vinculada.

La base de este perjuicio la encuentran los demandantes en el artículo 29.1.a) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, el cual establece:

Artículo 29 El tipo de gravamen

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.*

(...)

El espíritu de la norma es favorecer las nuevas actividades, por lo que se podría interpretar en el sentido de que el tipo impositivo reducido es aplicable en los dos primeros años de ejercicio de la actividad, aunque durante este tiempo se modifique la forma jurídica a través de la cual se realiza. Pero conociendo la forma de actuación de la Administración Tributaria, es altamente improbable que esta interpretación pudiera ser acogida por la Agencia Tributaria, por lo que coincido en la conclusión de que el hecho de haber pasado de una SC a una sociedad limitada (SL), ha impedido a la nueva SL beneficiarse del tipo del 15% en el Impuesto sobre Sociedades, y por tanto los demandantes han sufrido un perjuicio por ello.

3.- 2.500,00 euros, por daños morales.

No le es posible a este perito cuantificar la angustia y zozobra que han tenido que soportar los demandantes como consecuencia de tener que pedir a sus proveedores la modificación de las facturas, al objeto de eliminar de ellas el recargo de equivalencia que inicialmente les hubiese sido repercutido.

En cualquier caso, si se puede considerar como una incomodidad el tener que solicitarle a un proveedor la modificación de una factura. Incomodidad que será mayor cuanto mayor sea el número de proveedores y de facturas.

Pero, por poner las cosas en su justa perspectiva, hay que tener en cuenta que los demandantes pasaron a ser asesorados por los nuevos asesores en abril de 2017, y no se tramitó la solicitud del NIF definitivo hasta junio de 2017. Por lo que, si fue el otorgamiento del NIF definitivo lo que alertó del cambio en el régimen de tributación de IVA, el retraso en la solicitud del NIF definitivo y el posible retraso posterior en comunicar el cambio de régimen de IVA a los proveedores, deberá ser atribuido a quién en cada caso corresponda, ya que, cuanto más se hubiese tardado en comunicar el cambio de régimen de IVA a los proveedores, más facturas se habrían emitido de forma errónea.

Segundo.

De lo expuesto en el párrafo anterior, y dejando al margen los daños morales por no ser el cometido de este perito su valoración, la conclusión es que de las cantidades reclamadas únicamente los 362,48 euros correspondientes a la pérdida del tipo impositivo reducido han supuesto un perjuicio para los demandantes, por lo que ahora procede analizar la responsabilidad de la demandada en este daño.

Como se dice en la demanda, este daño procede de no haber podido aplicar el tipo impositivo reducido a los beneficios obtenidos por los demandantes en el último trimestre del año, y eso fue debido a que modificaron el vehículo jurídico mediante el cual llevaron a cabo su actividad, pasando de realizarlo a través de una SC, para realizarlo a través de una SL.

Como ya he expuesto, realizar la actividad a través de una SC o de una SL es neutro desde un punto de vista fiscal, ya que ambas entidades están sujetas al Impuesto sobre Sociedades sin ninguna particularidad, por tanto, la responsabilidad por el daño provocado por la pérdida del tipo impositivo reducido debe ser imputado al profesional que aconsejó a los demandantes modificar el vehículo jurídico utilizado para llevar a cabo su actividad empresarial, profesional que no fue la demandada.

A mayor abundamiento, el perjuicio causado por la pérdida del tipo impositivo reducido no se limita a los beneficios obtenidos en el último trimestre del año 2017, porque la ley permite la aplicación del tipo impositivo en el primer ejercicio en el que la nueva entidad obtenga beneficios y en el siguiente, por lo que el daño sufrido por los contribuyentes por este mal asesoramiento se extendería también a la pérdida del tipo impositivo reducido en el año 2018.

5.- CONCLUSIONES.

1.- La demandada parece haber aconsejado a los demandantes la constitución de una Comunidad de Bienes para llevar a cabo su actividad económica, pero la Administración Tributaria le dio a la entidad constituida la condición de Sociedad Civil a efectos tributarios.

2.- Este cambio supuso una modificación en el régimen de IVA aplicable, por lo que los demandantes sufrieron la incomodidad de tener que solicitar a sus proveedores que modificasen las facturas que les habían emitido.

3.- Durante el periodo en el que operó la SC los demandantes obtuvieron un beneficio fiscal, al no imputar en su IRPF la retribución que les correspondía por el trabajo realizado para la SC.

4.- La posterior constitución de una sociedad limitada, les produjo a los contribuyentes el perjuicio de no poder aplicar el tipo reducido del Impuesto sobre Sociedades en el cuarto trimestre de 2017 y en el año 2018.

Este perjuicio debe ser imputado a quién aconsejó a las contribuyentes cesar la actividad en la SC y comenzar de nuevo la actividad con una nueva SL.

5.- De los importes reclamados en la demanda, el único concepto que puede ser considerado como un daño, al margen del daño moral reclamado, es la pérdida de la posibilidad de aplicar el tipo reducido del Impuesto sobre Sociedades a partir del octubre de 2017. Este perjuicio es consecuencia de la decisión del nuevo asesor de traspasar la actividad a una SL de nueva creación, decisión en la que no hubo intervención de la demandada.

SE ADJUNTA al presente informe la documentación tenida en cuenta para su elaboración, salvo el escrito de demanda y los documentos acompañados en la misma, por obrar ya en poder del Juzgado.

En Barcelona a 10 de abril de 2019

**PRADA CARUS
FERNANDO -
09421153P**

Fdo: Fernando Prada Carús
Abogado. Master en Asesoría Fiscal.

Firmado digitalmente por PRADA CARUS
FERNANDO - 09421153P
Nombre de reconocimiento (DN): c=ES,
serialNumber=IDCES-09421153P,
givenName=FERNANDO, sn=PRADA CARUS,
cn=PRADA CARUS FERNANDO - 09421153P
Fecha: 2019.04.10 10:43:28 +02'00'