

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ066529

AUDIENCIA NACIONAL

Sentencia 103/2017, de 14 de febrero de 2017

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 153/2014

SUMARIO:

Sociedades patrimoniales. Sociedades de valores. Entidades holding. La entidad, que tributaba como sociedad patrimonial, era poseedora de participaciones en otras entidades que superaban el 5% y se poseían con la finalidad de dirigir y gestionar la participación. Para que exista una sociedad holding ya no es preciso que dirija las actividades de las participadas, bastando que tenga una organización que permita ejercer las obligaciones de su condición de socios y tomar decisiones sobre la propia participación. En el caso examinado el administrador y socio era también el administrador de las participadas, lo cual constituye un dato más de que estamos ante una sociedad holding. *Cálculo de los elementos afectos.* Se discute el valor de unas participaciones respecto a las que hubo una ampliación de capital cuya escritura fue rectificada porque obedeció a una incorrecta transcripción del acta de la junta general. En consecuencia, el valor a considerar a efectos de la determinación del valor de los elementos afectos es el que tiene en cuenta la ampliación, por lo que se estima el recurso.

PRECEPTOS:

RDLeg. 4/2004 (TR Ley IS), art. 61.

Código Civil, arts. 1.272 y 1.445.

Ley 29/1998 (LJCA), arts. 65 y 79.

PONENTE:*Don Manuel Fernández-Lomana García.*

Magistrados:

Don MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA

Don JESUS MARIA CALDERON GONZALEZ

Doña CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA

Don FERNANDO ROMAN GARCIA

Doña TRINIDAD CABRERA LIDUEÑA

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000153 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02061/2014

Demandante: PATRIMONIO CORUÑES SL

Procurador: ALBERTO FAROS MATO

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA

S E N T E N C I A N.º:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JESÚS MARÍA CALDERÓN GONZALEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA
D.ª. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D. FERNANDO ROMÁN GARCÍA
D.ª. TRINIDAD CABRERA LIDUEÑA

Madrid, a catorce de febrero de dos mil diecisiete.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se ha tramitado el recurso n.º 153/2014 seguido a instancia de PATRIMONIO CORUÑES SL que comparece representada por el Procurador D. Alberto Faros Mato y asistido por el Letrado D. José Antonio Fernández Pérez, contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 28 de noviembre de 2013 (RG 2603-11), siendo la Administración representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía ha sido fijada en 4.143.379,61 €.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El 22 de abril de 2014 se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 28 de noviembre de 2013 (RG 2603-11).

Segundo.

Tras varios trámites se formalizó demanda en escrito de 23 de junio de 2014. Presentado la Abogacía del Estado escrito de contestación el 16 de julio de 2014.

Tercero.

Practicada la prueba se presentaron escritos de conclusiones los días 4 y 10 de febrero de 2015. Procediéndose a señalar para votación y fallo el día 2 de febrero de 2017.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 28 de noviembre de 2013 (RG 2603-11), que desestimó el recurso contra el Acuerdo de liquidación relativo el Impuesto sobre Sociedades, ejercicio 2005, 2006 y 2007.

Son hechos relevantes para la solución del litigio los siguientes:

-PATRIMONIO CORUÑES SL es una sociedad constituida el 4 de junio de 2001 con un capital de 3.006 € suscrito por D. Maximiliano -3.005 €- y D. Narciso -1 €-.

Desde el 2001, como consecuencia de la transmisión de participaciones por D. Maximiliano, la sociedad está participada por: LEGIO AURIENSE SA 25,02 %; D. Maximiliano 25,02 %; ASTURGALLEGA DE MINERIA SL 25% y D. Narciso 24,06%.

Los accionistas de PATRIMONIO CORUÑES SL, son los accionistas de OBRAS COPASA SA y un empleado directivo de dicha sociedad. Así, D. Maximiliano es participe directo en COPASA del 37,5% e indirectamente del 5% por medio de ACCIONES Y GESTIONES ESPECIALES SA. LEGIO AURIENSE SA participa directamente del 12,5% de COPASA e indirectamente del 5% por medio de ACCIONES Y GESTIONES ESPECIALES, Y ASTURGALLEGA DE MINERIA SL participa indirectamente del 5% por medio de ACCIONES Y GESTIONES ESPECIALES SA; y, a su vez, su matriz PATRIMONIO SEGOVIANO SA participa directamente en COPASA del 25%.

D. Narciso falleció el 15 de diciembre de 2003.

El administrador único de PATRIMONIO CORUÑES SL es D. Maximiliano.

-PATRIMONIO CORUÑES SL adquirió diversas participaciones en entidades por compra a COPASA, aunque con precio aplazado, de forma que PATRIMONIO CORUÑES SL no efectuó desembolso alguno por dichas adquisiciones o, en los casos en que se satisface el precio, se financia con préstamos de COPASA. Préstamos que se pactan sin interés.

Las adquisiciones de PATRIMONIO CORUÑES SL son:

a. El 21 de diciembre de 2001 adquiere a COPASA el 50% del capital de GESTIONES DE SERVICIOS Y CONSERVACION GESECO (GESECO). Inicialmente se dijo que el importe de la operación se había recibido de la compradora con anterioridad, pero posteriormente se dice que el precio no está pagado y que se aplaza hasta el 21 de diciembre de 2004.

De este modo, el accionariado de GESECO es: 50% del capital es de PATRIMONIO CORUÑES SL; 49% de COPASA y 1% de D. Maximiliano.

b. El 21 de diciembre de 2001 adquiere a COPASA 3.500 acciones de PARKING MACIDE SA. Inicialmente se dijo que el importe de la operación se había recibido de la compradora con anterioridad, pero posteriormente se dice que el precio no está pagado y que se aplaza hasta el 21 de diciembre de 2004.

De este modo, el accionariado de PARKING MACIDE SA es: 35% del capital es de PATRIMONIO CORUÑES SL; el 50% de INVERSIONES FAMILIA GONZALEZ SA, el 14,99% de COPASA y el 0,001 % de D. Maximiliano.

c. El 30 de septiembre de 2002 PATRIMONIO CORUÑES adquiere a COPASA 9.999 acciones de OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS (OCA). Por un precio de 130.286,97 €, precio que queda aplazado y que sería pagado antes de cuatro años desde la fecha de la escritura.

Hay dos escrituras posteriores que se describen en la p. 5 del informe de disconformidad y que deben ser tenidas en cuenta.

En la primera, de 28 de diciembre de 2002, se dice que se rectifica la escritura anterior y que las acciones que se transmiten son 69.993 por un precio de 912.008,79 € y que la totalidad del precio queda aplazado por 4 años. En esa misma escritura D. Maximiliano vende a PATRIMONIO CORUÑES SL 6 acciones.

La segunda escritura, es de fecha 22 de mayo de 2001 y rectifica otra de 25 de abril de 2001 (son por lo tanto anteriores a la venta), en ella se dice que el capital de la sociedad es de 140.000 acciones por un nominal de 1.400.000 € de las que corresponden a DIBAY SL 70.000 acciones, a COPASA 69.993 acciones y a D. Maximiliano 7 acciones.

La transmisión está contabilizada tanto en PATRIMONIO CORUÑES SL, como en COPASA por un importe de 912.008,79 €, es decir, el precio fijado en la escritura de rectificación de 28 de diciembre de 2002.

La escritura de ampliación de capital no llegó a inscribirse en el Registro Mercantil.

Indica la Inspección que después de las operaciones descritas, el accionariado de OCA sería: 49,49% de PATRIMONIO CORUÑES; 50% de DIBAY SL y 0,001 % de D. Maximiliano .

El 18 de marzo de 2004 PATRIMONIO CORUÑES adquiere la acción propiedad de D. Maximiliano , mediante escritura.

El 29 de diciembre de 2006 se venden todas las acciones de OCA del siguiente modo: 3.000 acciones a CONSULTORIA GLOBAL SERVICIOS SL; a TEOREMA FORMACION SL 5000 acciones; y a DIBAY SL 2000 acciones. Es decir, se venden 10.000 acciones. Por un precio de 18.120.202,42 €.

Según certificación, emitida en el año 2014, del Registro de la Propiedad, el capital social de OCA es de 20.000 acciones nominativas y el capital social de 200.000.000 de pts, siendo el valor da cada acción de 10.000 pts.

d. El 20 de junio de 2003 adquiere a VIVIENDAS Y CERRAMIENTOS SA, empresa a su vez participada el 98,9% por LEGIO AURIENSE SA, uno de los socios de COPASA; 480 acciones y el 40% de las acciones de SUMINISTROS Y AREAS DE SERVICIOS PLOC por importe de 481.200 €. que se dicen haber sido pagadas con anterioridad. Esta adquisición se financia mediante un préstamo de COPASA de fecha 2 de julio de 2003, el límite del préstamo es de 2.200.000 €. Al concluir el plazo se renueva hasta el 2008 y se aumenta la cantidad a 2.260.000 €. Existe un periodo de tiempo entre la fecha de la escritura y el préstamo en el que aunque se dice que consta pagado el precio, en realidad no lo estaba.

e. Con fecha 21 de diciembre de 2001, D. Narciso y su esposa, vendes 250 y 249 participaciones de PATRIMONIO DE CELEIRO SL a PATRIMONIO CORUÑES SL, por 2.042 y 2.034, 24 € respectivamente.

La contabilización de dichas participaciones se describe al folio 6 del informe de disconformidad y en la misma página se justifica que todas las participaciones de la cartera de valores han tenido una permanencia de más de 90 días. En las pp. 7 y 8 se realiza una descripción mediante gráficos, de las participaciones existentes en cada una de las sociedades y en que entidades participa a su vez cada una de ellas. El contenido de los gráficos no ha sido objeto de debate.

-El administrador único de PATRIMONIO CORUÑES SL es D. Maximiliano , que es también Administrador solidario con D. Abilio (directivo de COPASA) de GESECO SA y PARKING MACIDE SA.

También es Administrado único de LEGIO AURIENSE SA, de la que son socios con el 49% cada uno de los padres de la esposa de D. Maximiliano , que a su vez es titular del 2%.

Entre LEGIO AURIENSE y D. Maximiliano , poseen la mayoría de PATRIMONIO CORUÑES SL.

En cuanto a OBRAS; CAMINOS Y ASFALTOS SA, mediante Junta General extraordinaria y universal de 22 de marzo de 2004, se acordó cambiar el órgano de administración de la sociedad que pasa a ser un Consejo de Administración. El nombramiento de los administradores a petición de los accionistas se realiza en forma proporcional, correspondiendo dos consejeros a DYBAI SL y dos a PATRIMONIO CORUÑES SL. Por esta última entidad se nombra Consejero a la propia sociedad y a un empleado de COPASA. Para actuar en representación de la vicepresidencia de PATRIMONIO CORUÑES se designa a un empleado de COPASA. Con fecha 6 de junio de 2006, se sustituye al empleado que representaba en la vicepresidencia a PATRIMONIO CORUÑES por otro, en concreto por un abogado -p. 9 del informe de disconformidad-. Tanto el anterior empleado como el abogado, perciben retribuciones de COPASA, el primero como empleado y el segundo como profesional.

-PATRIMONIO CORUÑES ha declarado la totalidad de las plusvalías, sin acogerse a los dispuesto en el art. 19.4 del TRLIS y tributando como sociedad patrimonial al 15%.

-Partiendo lo anterior, la tesis de la Administración es que en los ejercicios 2005 y 2006 no estamos ante una sociedad patrimonial, sino ante una sociedad holding. En concreto, el debate se centra en lo establecido en el art 61.1-a) conforme al cual no se computan como valores " los que otorguen el menos, el cinco por ciento de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación, siempre que, a estos efecto, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en el ésta párrafo a)", es decir, que la sociedad participada no sea patrimonial.

Para la Administración las participaciones no deben computarse como valores ya que se poseían con la finalidad de ser dirigidas y gestionadas por la propia PATRIMONIO CORUÑES SL y ellos por las siguientes razones:

a. El objeto social de PATRIMONIO CORUÑES SL, se describe a los folios 15 y 16 del informe de disconformidad, es amplio y " no se constituye con un objeto de tenencia patrimonial. No obstante, podría ocurrir que se tratase de una sociedad que hubiese llegado a la condición de patrimonial sobrevenida, pero el historial de

la empresa tampoco permite considerar que estamos ante esta situación". De hecho, pp. 16 y ss. del informe, las sociedades participadas " tiene por objeto alguno de los que constituyen el objeto social de Patrimonio Coruñés SL".

b. En relación con GESECO y PARKING MACIDE D. Maximiliano es también administrador, por lo que no hay duda, de que PATRIMONIO CORUÑÉS participa directamente en la gestión y administración de las mismas. En cuanto a la empresa OCA también PATRIMONIO CORUÑÉS forma parte del Consejo de Administración. Siendo evidente, para la Administración que la sociedad participa en la gestión de dichas empresas. Por último, en relación con PATRIMONIO DE CELEIRO SL, tiene una participación del 98,8%, sin que " pueda entenderse el funcionamiento de la entidad si su propietario no interviene en la gestión".

La Administración sólo considera como inversión a tener en cuenta la realizada a SUMINISTROS y AREAS DE SERVICIO y con arreglo a los cálculos contenidos en las p. 15, 18 y 19 del acta de disconformidad, concluye que no se cumple el requisito del 50% y que, por lo tanto, " en los ejercicios 2005 y 2006 PATRIMONIO CORUÑÉS no tiene la condición de sociedad patrimonial".

Segundo.

Por lo tanto, la primer cuestión que debemos analizar es si, como sostiene la Administración nos encontramos ante una sociedad holding.

Es típico de las sociedades patrimoniales el que se trate de entidades creadas esencialmente para conservar y administrar el patrimonio social. Al delimitar el legislador conceptualmente lo que debe entenderse por tal - art 61 del Real Decreto Legislativo 4/2004, de 6 de marzo, Texto Refundido del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS)-, lo que se busca es que se trate de entidades que, con carácter principal, se limiten a la conservación y administración del patrimonio social, no a la realización de una actividad empresarial. O dicho de otro modo, que más de la mitad del activo no esté a actividades económicas independientemente de si se trata de valores o de otros elementos patrimoniales.

Precisamente por ello, el art. 61.1, a la hora de determinar los valores no afectos, establece que no se computarán como tales aquellos " que otorguen, al menos, el cinco por ciento de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación [en otra sociedad] siempre que, a estos efectos, se disponga de la correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en este párrafo a)", es decir, que no sea patrimonial, pues en estos casos, no estamos ante un supuesto de mera tenencia de valores, sino ante el despliegue de una actividad económica. Siendo claro que, con esta disposición, el legislador está excluyendo a las denominadas "sociedades holding", es decir, aquellas que poseen inversiones en forma de títulos representativos del capital de sociedades con el fin de conseguir el dominio, control y gestión sobre ellas.

En el caso de autos, como razona el TEAC -p.12 y ss- el debate se centra en determinar si la sociedad dispone de " la correspondiente organización de medios materiales y personales". En efecto, para que se entienda que existe una sociedad holding ya no es preciso, como exigía la normativa anterior, que la entidad dirija las actividades de las sociedades participadas, bastando con que se tenga una organización que permita ejercer las obligaciones derivadas de la condición de socio y tomar las decisiones relativas a la propia participación; aunque, si además de eso, se dirigen las actividades de las sociedades participadas ello será un dato más de que estamos ante una sociedad holding. Dicho de otro modo, aunque ya no se precisa dirigir la entidad participada, cuando se posee un importante porcentaje de capital es posible que se gestione no sólo la participación sino que también se dirijan las propias sociedades participadas.

En cuanto al volumen de la organización, esta Sala, en la misma línea que la Dirección General de Tributos, ha venido entendiendo, entre otras en nuestra SAN (2ª) de 18 de diciembre de 2015 (Rec. 138/2013), que: " El debate se centra en el último requisito, es decir, en la existencia de una "organización de medios materiales y personales" para hacer efectiva dicha gestión. Es decir, en la existencia de una organización que permita inferir que no estamos ante una sociedad de mera tenencia, sino que, lejos de ello, se orienta a la realización de una actividad económica. Pues bien, en nuestra SAN (2ª) de 15 de octubre de 2015 (Rec. 441/2012) hemos sostenido al respecto que: "Aunque dicho texto [el TRLIS] ni el RIS precisan lo que debe entenderse como organización de medios materiales y personales se puede concluir como tal la organización adecuada para adoptar decisiones en orden a la correcta administración de las participaciones que sea, siendo necesario que las actividades inherentes a esa actividad sean desarrolladas por medios propios de la entidad, como la gestión administrativa, sin que la misma

pueda externalizarse a terceros. Basta solamente con que se dirija y gestione las participaciones con una organización empresarial por mínima que sea". Debe tratarse de una organización propia y es suficiente con una organización mínima. Y es que, en efecto, si la gestión de las participaciones poseídas supone el ejercicio de los derechos y obligaciones derivadas de la condición de socio, realmente no se precisa medio material alguno y, por lo que respecta a los elementos personales requeridos bastaría con que la gestión la llevara a cabo un administrador de la entidad, como así lo ha reconocido la DGT en su Resolución de 28 de abril de 2000, donde se razona que "puede entenderse que existen medios personales adecuados, a estos efectos, cuando algún miembro del Consejo de Administración se ocupe asimismo de la gestión ordinaria de la entidad, medios que se considerarán suficientes si con su actividad se lleva a cabo la dirección y gestión de las participaciones". Línea interpretativa que hemos mantenido en nuestras SAN (2ª) de 2 de junio de 2016 (Rec. 129/2013) y 16 de junio de 2016 (Rec. 543/2013).

En el caso de autos, la Administración considera que la sociedad demandante realiza actividades de dirección y gestión de la participación, en relación con los valores de PATRIMONIO CELEIRO; OCA; GESECO Y PARKING MACIDE; no así respecto de las participaciones en SUMINISTROS Y AREAS DE SERVICIO. Y ello, porque " si la entidad...se implica en la dirección y gestión de la actividad de la sociedad participada con medios adecuados a tal fin, en el fondo está dirigiendo y gestionando la participación con dichos medios".

Pues bien, consta que en relación con OCA la sociedad demandante es titular del 50% y participa directamente en su administración, ostentando el cargo de Vicepresidente y nombrando, además, un segundo consejero; en relación con GESECO, es titular del 50% y el Administrador solidario es el Administrador de la sociedad demandante D. Maximiliano ; PARKING MACIDE SL, esta participada en un 35% y el Administrador único es D. Maximiliano ; y respecto de PATRIMONIO DE CELEIRO, la sociedad se encuentra participada en el 99% y desde el 7 de enero de 2004, uno de sus administradores solidarios es D. Maximiliano --pp.28 y 29 del Acuerdo-. Además de enumerar el Acuerdo -pp. 29 30- enumera actos de dirección y gestión realizados directamente por la entidad PATRIMONIO CORUÑES SL. Existiendo una organización mínima en los términos que hemos indicado que permite la gestión, sin que el punto 3 de la pericial desvirtúe tales conclusiones.

En todo caso, conviene indicar que, en contra de lo que se dice en la demanda, no estamos ante un supuesto de carga de la prueba. Las reglas de la carga de la prueba se aplican cuando no hay prueba y en éste caso existe prueba suficiente para llegar a la misma conclusión que la Administración.

Con base a tales datos, la Sala comparte el razonamiento del Acuerdo, cuando indica que " no existe, por tanto, duda de que en relación con estas cuatro sociedades el Sr. Maximiliano no solamente dirige y gestiona las participaciones de PATRIMONIO CORUÑES es esas empresas, sino que además, también participa directamente en la gestión y administración de las mismas. De hecho, a PARKING MACIDE le concede un préstamo PATRIMONIO CORUÑES, en 2004, para disponer en cada momento de la liquidez necesaria para su actividad..." - p. 30 del Acuerdo-.

No estamos, por lo tanto, ante una sociedad de mera tenencia de valores, sino que, como afirma el TEAC, " existe una organización, siquiera mínima, de medios materiales y personales que permite el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la condición de socio, así como la adopción de las decisiones relativas a la participación.....podemos determinar que, teniendo en cuenta los porcentajes de participación expuestos, los activos financieros correspondientes a las cuatro entidades objeto de la controversia deben considerarse como activos afectos al ejercicio de una actividad económica, de manera que todo ello, unido al hecho de que las funciones de gestión de las mismas se encargaba a un miembro del órgano de Administración, nos lleva a desestimar las pretensiones...la respecto".

El motivo se desestima.

Tercero.

El segundo bloque argumental de la sociedad demandante se centra en la composición del activo. Se viene a sostener que lo adquirido a COPASA fueron 9.999 acciones de la entidad OBRAS CAMINOS Y ASFALTOS (OCA) por un precio de 139.289,97 €. Se reconoce que existió una ampliación de capital, pero se indica que la misma no llegó nunca a inscribirse en el registro mercantil. De aquí deduce que la única cantidad que puede considerarse afecta es la indicada, y no la de 912.008,79 € como sostiene la inspección. Conviene precisar que éste es el único punto objeto de discusión, explicándose en las pp. 16 y ss del informe de disconformidad como se ha considerado el activo afecto a la actividad económica.

Para resolver la cuestión objeto de litigio, es esencial describir con precisión lo ocurrido. En concreto:

1. Según certificación del Registro de la Propiedad de 17 de septiembre de 2014 la entidad OCA en el año 1996 amplió su capital que pasó a ser de 20.000 acciones nominativas, con un valor nominal de 10.000 pts. cada una. Y así consta en el asiento registral de 30 de octubre de 1996.

2. El 25 de abril de 2001, se elevaron a escritura pública los acuerdos sociales adoptados el 16 de abril de 2001. En dichos acuerdos, como punto 2, se acordó una ampliación de capital con cargo a reservas. De forma tal que las acciones pasarían a ser 140.000, con un valor nominal de 1.400.000 € de las que corresponden a DIBAY SL 70.000 acciones, a COPASA 69.993 acciones y a D. Maximiliano 7 acciones.

3. El 25 de mayo de 2001, se rectifica la escritura de 25 de abril de 2001, se dice que se ha padecido un error en la redacción del acta de acuerdos sociales de 16 de abril de 2001 y se suprime lo referente a la ampliación de capital. Es decir, se vienen a mantener los acuerdos relativos a cambio de domicilio social, modificación de estatutos, cese del consejo de administración y consejeros delegados y nombramiento del nuevo, pero se suprime toda referencia a la ampliación de capital.

4. El 30 de septiembre de 2002 PATRIMONIO CORUÑES adquiere a COPASA 9.999 acciones de OBRAS, CAMINOS Y ASFALTOS (OCA). Por un precio de 130.286,97 €, precio que queda aplazado y que sería pagado antes de cuatro años desde la fecha de la escritura.

Sin embargo, 28 de diciembre de 2002, se dice que se rectifica la escritura anterior y que las acciones que se transmiten son 69.993 por un precio de 912.008,79 € y que la totalidad del precio queda aplazado por 4 años. En esa misma escritura D. Maximiliano vende a PATRIMONIO CORUÑES SL 6 acciones que le hubiesen correspondido de haberse realizado la ampliación de capital.

La transmisión está contabilizada tanto en PATRIMONIO CORUÑES SL, como en COPASA por un importe de 912.008,79 €, es decir, el precio fijado en la escritura de rectificación de 28 de diciembre de 2002.

5. El 18 de marzo de 2004 PATRIMONIO CORUÑES adquiere la acción propiedad de D. Maximiliano, mediante escritura.

6. El 29 de diciembre de 2006 se venden todas las acciones de OCA del siguiente modo: 3.000 acciones a CONSULTORIA GLOBAL SERVICIOS SL; a TEOREMA FORMACION SL 5000 acciones; y a DIBAY SL 2000 acciones. Es decir, se venden 10.000 acciones. Por un precio de 18.120.202,42 €.

De los anteriores hechos se infiere que, en realidad, más que ante un supuesto de ampliación de capital con cargo a reservas, nos encontramos ante un supuesto de ampliación de capital inexistente.

En efecto, no puede hablarse de ampliación de capital acordada en la escritura de 25 de abril de 2001, sencillamente, porque la escritura de 22 de mayo de 2001, indicó que existía un error en la transcripción del acta de la Junta General de 16 de abril de 2001, no habiéndose acordado ampliación de capital alguna.

Por eso, en contra de lo que se razona por el TEAC no estamos ante una ampliación de capital no inscrita, sino ante, insistimos, una ampliación de capital inexistente. Lo que explica que el 29 de diciembre de 2006 se vendiesen 10.000 acciones y no 70.000, pues el número real de acciones es 10.000, al no existir ampliación de capital, la cual, dejando al margen la naturaleza constitutiva de la inscripción - STS de 20 de diciembre de 2009 (Rec. 10220/2003) -, nunca podría haber tenido acceso al registro por ser inexistente.

Ahora bien, derivándose lo anterior de la lectura de las escrituras públicas obrantes en el expediente administrativo, lo que no se entiende es la escritura de 28 de octubre de 2002, en la que se deja sin efecto la correcta escritura de 20 de septiembre de 2002. En efecto, en aquella escritura se dice que ha existido una ampliación de capital y que, en consecuencia se rectifica la escritura anterior, transmitiéndose 69.993 acciones, más 6 de D. Maximiliano, en lugar de las 9.999 acciones inicialmente vendidas; y por un precio de 912.008,79 €, en lugar de los 130.286,97 € inicialmente pactados. Contabilizándose la transmisión tanto en PATRIMONIO CORUÑES SL, como en COPASA por un importe de 912.008,79 €, es decir, el precio fijado en la escritura de rectificación de 28 de diciembre de 2002. Ciertamente, la Sala ignora los motivos que hayan llevado a tal situación: la recurrente habla de un error; la Administración, simplemente, se atiene al valor contabilizado.

Cuarto.

Procede ahora que describamos como ha calculado la Administración que más del 50% del activo se encuentra afecto a una actividad económica.

1. En relación con el ejercicio 2005, la Administración parte del siguiente cuadro:

DENOMINACION	% DE PARTICIPACIÓN	VALOR CONTABLE
Patrimonio Celeiro	99	4.076,65
OCA	50	912.068,89
GESECO	50	63.565,88
Suministro de Áreas y S	40	481.797,00
Parking Macide	35	21.070,00

Lo que hace un total de 1.482.579 € en inversiones financieras -repárese en que se parte de la cifra de 912.068, 89 € como activo afecto a una actividad económica-. Además, la inspección tiene en cuenta que existen otras inversiones financieras por valor de 664.403,10 € (préstamo a PARKING MARCIDE SA por 184.362,50 € y préstamo a SUARSESA por 480.000 €)

El activo total al cierre del ejercicio alcanza la suma de 2.147.759,59 €.

2. En relación con el ejercicio 2006, la Administración parte del siguiente cuadro:

DENOMINACION	% DE PARTICIPACIÓN	VALOR CONTABLE
Patrimonio Celeiro	99	4.076,00
OCA	50	912.068,89
GESECO	50	63.565,88
Suministro de Áreas y S	40	481.797,00
Parking Macide		35 205.432,50

Lo que hace un total de 1.666.940,27 € en inversiones financieras -repárese en que se parte de la cifra de 912.068, 89 € como activo afecto a una actividad económica-. Además, la inspección tiene en cuenta que existen otras inversiones financieras por valor de 684.290,60 € (préstamo a PARKING MARCIDE SA por 84.290, 60 € y préstamo a SUARSESA por 600.000 €)

El activo total al cierre del ejercicio alcanza la suma de 2.351.954,98 €.

Pues bien, partiendo de los anteriores datos, la Administración considera que las participaciones relativas a Suministros y Áreas de Servicios, como se propuso por el actuario, son participaciones que no pueden ser subsumidas en el art. 61.1 y, por lo tanto, su valor se sustrae a la hora de calcular las inversiones financieras que si pueden subsumirse en dicha norma.

Ello implica, que en relación con el ejercicio 2005, debe considerarse que las participaciones afectas a una actividad económica suman la cifra de 1.000.779 -p. 31 del Acuerdo-, cifra a la que suma como afecto el préstamo a la entidad PARKING MARCIDE SA por 184.362,50 €. Lo que supone un total de 1.185.141 €; si se tiene en cuenta que el activo total era de 2.147.759,59 €. Es evidente que se superaría el 50%. En concreto, la cantidad afecta sería del 55,18%.

En cuanto al ejercicio 2006, se procede del mismo modo, en este caso, debe considerarse que las participaciones afectas a una actividad económica suman la cifra de 1.185.143 -p. 31 del Acuerdo-, cifra a la que suma como afecto el préstamo a la entidad PARKING MARCIDE SA por 84.290.60 €. Lo que supone un total de 1.269.433 €; si se tiene en cuenta que el activo total era de 2.351.954,98 €. Es evidente que se superaría el 50%. En concreto, la cantidad afecta sería del 53,97 %.

Quinto.

La anterior descripción nos permite analizar uno de los argumentos del TEAC. Sostiene el Tribunal que aun considerando el importe de 781.721,82 € como inexistente, " no se cumpliría que más del 50% del activo total no

está afecto pues disminuiría en dicho importe tanto el activo financiero como el total, lo que no afectaría a los porcentajes determinados por la inspección".

Es preciso analizar si dicho argumento es cierto, pues en tal caso, la cuestión jurídica subyacente sería irrelevante, dado que, aunque tuviese razón la empresa en cuanto al mismo, el resultado seguiría siendo equivalente.

Pues bien, la argumentación que propone el TEAC no es correcta. De hecho, el TEAC, no expone los cálculos que respalden su afirmación.

En efecto, en relación con el ejercicio 2005, si al activo financiero total y al afecto, le restamos la cantidad de 781.721,82€ (cifra correspondiente a la diferencia entre el precio establecido en la primera y segunda escritura) resulta que el activo financiero total es de 1.366.037,77 € y el activo financiero afecto, de 403.419,18 €. No superándose el 50% afecto.

En relación con el ejercicio 2006, si se procede del mismo modo, resulta que el activo financiero total es de 1.570.233,16 € y el activo financiero afecto, de 487.711,18 €. No superándose el 50% afecto.

Sexto.

Desechado, por lo tanto, dicho argumento nos queda por analizar la cuestión jurídica. Para la sociedad recurrente y el peritaje que aporta, la contabilidad debe ajustarse a la realidad y lo cierto es que la empresa solo adquirió las 10.000 acciones por un precio total, incluida la acción individual posteriormente comprada, de 130.347,07 €. Para la Administración, sin embargo, debe estarse a la cifra contabilizada de 912.008,79 €.

En opinión de la Sala no puede haber contrato de compraventa referido a una cosa inexistente, pues falta uno de los requisitos necesarios para la existencia de todo contrato: el objeto. No estamos ante un supuesto de compra futura, ni tampoco ante un caso en el que se hayan transmitido los derechos derivados de una ampliación de capital con cargo a reservas - STS (Civil) de 6 de octubre de 2006 (Rec. 4913/1999)-; sino ante un supuesto en el que se dispuso, quizás por error, de una cosa que no existía y así se infiere de la escritura pública de 25 de mayo de 2001 y de la anotación registral remitida, donde se deja claro -en la escritura indicada-, que la ampliación de capital obedeció a una incorrecta transcripción del acta de la Junta General.

En efecto, conforme se infiere del art. 1445 del CC , el contrato de compraventa, por definición exige la entrega de una "cosa determinada". Dicho objeto, como se infiere del art. 1272 del CC , debe ser "posible", lo que, en relación con la cosa vendida, significa que ésta debe existir o, si no existe, debe ser posible su existencia futura. Careciendo de objeto y no siendo válidas, la compraventa de cosas o derechos que nunca han existido.

La Administración se basa en la anotación contable de la operación, pese a la existencia de prueba suficiente para entender que tal contabilidad no se corresponde con la realidad y que lo único realmente vendido han sido las acciones realmente existentes, 10.000, por un importe total del 130.347,07 €. Como refleja el perito en su informe.

La contabilidad no refleja de forma fiel la realidad económica -art -34 C de c-. En este sentido, la STS de 14 de abril de 2003 (Rec. 2588/1998) nos recuerda que el citado principio es " el corolario de aplicar sistemática y regularmente los principios contables, entendiendo éstos como el mecanismo capaz de expresar la realidad económica de las transacciones realizadas ". No siendo razonable mantener un precio de adquisición de las acciones, cuando se sabe que el mismo, pese a la anotación contable, no se corresponde con la realidad. A falta de mayor o mejor prueba, la Administración debió partir en su regularización de la realidad acreditada.

El motivo, por lo tanto, se estima.

Séptimo.

Por último, basta la lectura de la demanda para, como razona la Abogacía del Estado, concluir que el objeto del litigio se limitó a las dos cuestiones a las que hemos dado respuesta. Sin embargo, en conclusiones, la parte demandante pretende ampliar el objeto impugnando la valoración de las operaciones vinculadas, lo que también fue objeto de regularización.

Ahora bien, esta forma de proceder no puede admitirse. En efecto, como razona la STS de 17 de mayo de 2016 (Rec. 2756/2014) razona que " el antiguo art. 79.1 de la Ley Jurisdiccional , (actual art. 65.1) que prohibía en el acto de la vista o en el escrito de conclusiones cuestiones no suscitadas en los escritos de demanda y contestación, declarando que el precepto en cuestión impide formular nuevos hechos y nuevas pretensiones pero no nuevos supuestos de fundamentación jurídica de la pretensión,.....situación muy distinta a la analizada en la

instancia, en donde se pretendió la aportación de nuevos motivos de impugnación una vez finalizada la tramitación del procedimiento".

Y es que, en el caso de autos, lo que se pretende es introducir un nuevo motivo de impugnación. En esta línea, en la contestación a la demanda, ya decía la Abogacía del Estado que " hemos de dejar constancia de que la demandante no reitera en su escrito, como lo hizo envía económico administrativa, pretensión alguna respecto al incremento practicado por la inspección por los intereses de los préstamos concedidos a las participadas, ni al derecho de deducción correlativo al incremento de la prestamista, por lo que no procede hacer referencia alguna a estas cuestiones".

Por lo tanto, entendemos que estamos ante una cuestión nueva y no proceder al examen del motivo.

Octavo.

Procede imponer las costas a la Administración - art 139 LJCA -.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Alberto Faros Mato, en nombre y representación de PATRIMONIO CORUÑES SL, contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 28 de noviembre de 2013 (RG 2603-11), la cual anulamos por no ser ajustada a Derecho, en los términos que se infieren del Fundamento de Derecho sexto. Con imposición de costas a la parte demandada.

Intégrese sentencia en el libro de su clase y una vez firme remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al lugar de procedencia de éste.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Ilmo. Sr. D. MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA estando celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.

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.