

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NFJ073360

**AUDIENCIA NACIONAL**

Sentencia de 28 de marzo de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 23/2016

**SUMARIO:**

**IS. Base imponible. Incrementos y disminuciones de patrimonios. Adquisición a título lucrativo. Renuncia al derecho de suscripción en ampliaciones de capital.** Un vehículo de inversión creado para adquirir una participación significativa en una sociedad, da entrada a un nuevo socio persona física con una ampliación de capital y renuncia del derecho de suscripción por los otros socios. La renuncia es gratuita. El derecho de suscripción es patrimonial y susceptible de transmisión a título oneroso o lucrativo. El incremento en el adquirente por la transmisión sin contraprestación ha de ser gravado. Existe animus donandi. El valor del incremento se obtiene de la tasación pericial contradictoria cuyas conclusiones no coinciden ni con el criterio de la Administración ni el del perito de la recurrente. El precio de mercado de las inversiones financieras debe ser el del último trimestre anterior a la fecha de referencia y la cotización del día del cierre del balance.

**PRECEPTOS:**

RDLeg 4/2004 (TR Ley IS), art. 15.

RD 1564/1989 (TR LSA), art. 158.

Ley 2/1995 (LSRL), art. 75.

**PONENTE:***Don Manuel Fernández Lomana García.*

Magistrados:

Don MANUEL FERNANDEZ-LOMANA GARCIA

Don JESUS MARIA CALDERON GONZALEZ

Don CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA

**AUDIENCIA NACIONAL**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEGUNDA

Núm. de Recurso: 0000023 / 2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 07567/2015

Demandante: INVERANTE INVERSIONES UNIVERSALES SL

Procurador: ARGIMIRO VÁZQUEZ GUILLÉN

Letrado: FERNANDO DE VICENTE

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<sup>a</sup>. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA

Madrid, a veintiocho de marzo de dos mil diecinueve.

Ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, se ha tramitado el recurso n.º 23/2016 seguido a instancia de INVERANTE INVERSIONES UNIVERSALES SL, que comparecen representadas por el Procurador D. Argimiro Vázquez Guillén y asistido por Letrado D. Fernando de Vicente, contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de septiembre de 2015 (RG 4790/2012) y el Acuerdo de ejecución de fecha 11 de marzo de 2016; siendo la Administración representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía ha sido fijada en 1.507.643,82 €.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

##### **Primero.**

Con fecha 18 de diciembre de 2015, se interpuso recurso contencioso-administrativo. Posteriormente se solicitó la ampliación, sin oposición por parte de la Abogacía del Estado, al Acuerdo de ejecución de 11 de marzo de 2016.

##### **Segundo.**

Tras varios trámites se formalizó demanda el 23 de junio de 2016. Presentado la Abogacía del Estado escrito de contestación el 8 de julio de 2016.

##### **Tercero.**

Se recibió el juicio a prueba y práctico la prueba solicitada. Presentándose escritos de conclusiones los días 28 de octubre y 15 de noviembre de 2016. Procediéndose a señalar para votación y fallo el día 14 de marzo de 2016.

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

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero.** *Sobre la Resolución recurrida.*

Se interpone recurso contencioso-administrativo contra la Jose Antonio y asistido por Letrado D. Fernando de Vicente, contra la Resolución del Tribunal Económico- Administrativo Central de 10 de septiembre de 2015 (RG 4790/2012). Dicha resolución estimó en parte el recurso interpuesto contra el Acuerdo de liquidación correspondiente al IS ejercicio 2006, anulando la liquidación objeto del recurso. En ejecución de lo anterior se dictó el Acuerdo de ejecución de fecha 11 de marzo de 2016, al que, sin oposición de la Abogacía del Estado que informó favorablemente a la acumulación, se amplió el recurso. En esencia, el recurso se estimó por entender que el valor de las participaciones era el indicado por el tercer perito (hubo tasación pericial contradictoria) lo que obligó al TEAC a realizar los correspondiente cálculos -pp- 33 y ss-.

En la demanda se articulan los siguientes motivos:

- 1.- Improcedencia de la regularización: Inexistencia de donación en las ampliaciones de capital de Razo.
- 2.- Nulidad del Acuerdo de liquidación, por haber regularizado la Inspección en sede de Inversiones FREIRA la renta derivada de una transmisión lucrativa que nunca realizó.
- 3.- Falta de motivación respecto de la cuantificación de la renta regularizada.

**Segundo. Sobre la regularización efectuada.**

Conviene describir la regularización efectuada con el fin de resolver las cuestiones objeto de controversia.

1.- Siendo varios los motivos de regularización, el debate se centra sólo en uno de ellos, por lo que limitaremos a dicho motivo la exposición que sigue.

2.- En esencia, para la Administración se ha producido una transmisión lucrativa de derechos de suscripción desde FRIEIRA a Luis Pablo -p. 36 de la Resolución del TEAC-.

3.- INVERANTE INVERSIONES INDUSTRIALES SL es la sociedad dominante del grupo fiscal 115/06, siendo sociedades dependientes, entre otras, INVERSIONES FRIEIRA SL y FRIEIRA GESTION DE INVERSIONES SL.

4.- INVERSIONES FRIEIRA SL y FRIEIRA GESTION DE INVERSIONES SL (en adelante FGI) constituyeron mediante escritura de 13 -10-2015, la sociedad INVERSIONES RAZO SL (en adelante RAZO) con un capital de 6.000,00 € dividido en 6.000 participaciones de 1 € de valor nominal, aportando la primera, 5.995,00 € y la 5 € la segunda.

El objeto social de RAZO es "la adquisición, tenencia, disfrute y administración en general y enajenación de acciones, participaciones, obligaciones, bonos y otros valores mobiliarios de renta fija o variable, emitidos por empresas individuales o sociales, públicas o privadas, cotizadas o no, cualquiera que sea la forma que adopten dichas empresas, ejerciendo con la mayor amplitud los derechos que le atribuye su participación en las mismas".

5.- En fecha 20-10-2005 se firmó un Acuerdo de Inversión entre INVERSIONES FRIEIRA y FGI, como socios mayoritarios, y D. Luis Pablo, en el que se reconocía que INVERSIONES RAZO se había constituido como vehículo de inversión a fin de conseguir una participación significativa en UNIÓN FENOSA S.A. (para conseguirlo, RAZO había suscrito una póliza de crédito con BBVA, con límite máximo de 316.000.000,00 € y vencimiento el 17-10-2009). Y, para compartir el riesgo y ventura de la inversión se daba entrada al Sr. Luis Pablo en un 20% del capital social de RAZO, fijando un plazo hasta el 30-03-2006. Dicha entrada se efectuaría a través de ampliación de capital con aportación dineraria en la que, en su caso, se fijaría una prima de asunción equivalente a la diferencia entre el valor nominal de las participaciones que finalmente se suscribieran y su valor real a la fecha del Acuerdo de Inversión. Y si el Sr. Luis Pablo no pudiera hacer frente al desembolso en el plazo concedido, la prima pactada se recalcularía en función del valor real de la compañía en el momento en que finalmente, se acometiera el desembolso.

RAZO, antes del acuerdo, era titular de 10.022.796 acciones de UNIÓN FENOSA.

6.- El 9 de febrero de realiza la primera ampliación de capital de RAZO lo que se traducirá en la entrada en la sociedad como accionista de D. Luis Pablo. Recordemos que antes de la ampliación el 99,9167 % de las participaciones (5.995) de RAZO pertenecía a INVERSIONES FRIEIRA y el 0,0833 % FGI (5).

En esta ampliación RAZO aumenta su capital social en 794.000 €, mediante la creación de 794.000 participaciones sociales de 1 € de valor, con una prima de asunción total de 250.473,19 €, resultando un precio de emisión total de 1.044.473.19 €.

En la p. 33 de la Resolución del TEAC se puede ver con detalle la descripción de la operación partiendo del informe pericial del tercer perito.

INVERSIONES FRIERIA renunció, de forma parcial, a su derecho de participación preferente. Lo que se tradujo en que INVERSIONES FRIERIA suscribió 634.000 nuevas participaciones y D. Luis Pablo 160.000 participaciones, de forma que el capital quedó distribuido de la siguiente forma: INVERSIONES FREIRA el 79,9994 % (639.995); FGI el 0,0006% (5) y D. Luis Pablo el 20% (160.000).

En concreto, INVERSIONES FREIRA renunció a parte de sus 5.995 derechos de suscripción preferente y FGI a sus 5 derechos, siendo ambas renunciaciones a favor del socio D. Luis Pablo que suscribió 160.000 participaciones, para ello sería necesarios 1.209,07 derechos de suscripción ( $160.000/794.000 \times 6000$ ) que son los que se ceden "gratuitamente" FGI 5 derechos e INVERSIONES FREIRA, 1.204,07 derechos -pp. 9 y 10 del informe de disconformidad-. En suma, D. Luis Pablo, aportando 210.473 € (capital + prima) pasa a tener el 20% de los fondos propios de RAZO, valorados en 3.323.537 € -pp. 33 y 34 de la Resolución del TEAC-. Es conveniente indicar que al asumir el TEAC la valoración del perito debemos partir siempre no de los cálculos contenidos en el Acuerdo de liquidación, sino de los efectuados por el TEAC y que la recurrente a lo largo de su demanda, como tales, no cuestiona.

7.- La entidad RAZO continuó adquiriendo participaciones de UNION FENOSA -pp. 4 y 5 del informe de disconformidad-. Procediéndose a realizar una segunda ampliación de capital el 11 de abril de 2006, mediante la creación de 19.045.242 nuevas participaciones de 1 € de valor y una prima de asunción total de 6.094.478 € por lo que resulta un precio de emisión de 25.139.720 €. INVERSIONES FRIERIA renuncia a su derecho de asunción preferente a favor de los dos socios. Parte de las participaciones sociales nuevas emitidas (3.893.727) son destinada para recibir la aportación no dineraria de 4.759.000 acciones de la entidad "BALDAIO DE INVERSIONES SICAV SA", valoradas en 5.139.720 €, que pertenecen a FGI y que recibe 3.893.727 participaciones -p. 5 del informe de disconformidad-. El resto de la ampliación se cubre por aportaciones dinerarias de D. Luis Pablo que suscribe 15.151.515 participaciones sociales y aporta 20.000.000 €.

De forma que, tras la ampliación, INVERSIONES FRIERIA pasa a tener el 3,2249 % (639.995 participaciones); FGI el 19,6205 % (3.893.732) y D. Luis Pablo el 77,1546% (15.311.515).

Las consecuencias de la operación se describen con detalle, partiendo ya de la valoración efectuada por el perito, en la p. 34 de la Resolución del TEAC. No interesa destacar que FRIERIA renunció derechos a favor de D. Luis Pablo por valor de 9.667.118 € ( $640.000 - 163.557 \times 20,29$  -valor derecho de suscripción) y éste, habiendo aportado 23.594.689 € pasa a tener el 77,15% de los fondos propios de RAZO, valorados en 33.261.806 € ( $77,15\%/43.113.165$  €).

8.- RAZO realizó nuevas adquisiciones de participaciones de UNION FENOSA -p. 6 del informe de disconformidad-. Realizándose el 12 de mayo de 2016 una tercera ampliación de 56.712.333 €, mediante la creación de un número idéntico de participaciones a razón de 1 € de valor unitario por participación y una prima de asunción de 19.941.136,19 €, resultando un precio de emisión total de 76.653.469,19 €. En este caso es FGI y D. Luis Pablo, los que renuncian a su derecho de asunción preferente a favor de INVERSIONES FRIERIA.

De este modo, tal y como se proyectó en el pacto inicial, INVERSIONES FRIERIA, pasa a ser titular del 74,9140% del capital (57.352.328 participaciones); FGI del 5,0860 % (3.893.732) y D. Luis Pablo del 20% (15.311.515).

En las pp. 34 y 35 de la Resolución del TEAC se describe con detalle la operación.

En este caso es D. Luis Pablo quien renuncia derechos a favor de FRIERIA, por valor de 15.906.086 € ( $15.310.604 \times 1,04$  € -valor derecho de suscripción-) y el grupo FRIERIA, aportando 89.142.714 €, pasa a tener el 80% de los fondos propios de RAZO, valorados en 105.048.800 € ( $80\%/131.310.999$  €).

9.- En resumen, si se valora la operación de una forma global, lo que parece razonable, visto el corto espacio de tiempo existente entre las operaciones de ampliación -así lo entendieron el perito, la Inspección y el TEAC-. Resulta que FRIERIA habría renunciado gratuitamente, a favor de D. Luis Pablo, al ejercicio de derechos valorados en 12.780.281 € (3.113.164 -primer ampliación- y 9.667.117 € -segunda ampliación-) y habría adquirido derecho a título gratuito por importe de 15.906.086 €. Razonando el TEAC que "ambos supuestos estarían sujetos a tributación conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art 15 TRLIS, a cuyo tenor: Los elementos patrimoniales transmitidos o adquiridos a título lucrativo se valorarán por su valor normal de mercado; la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable y en la adquisición a título lucrativo, la entidad adquirente integrará en su base imponible el valor normal de mercado del elemento patrimonial adquirido" - p.36 de la Resolución del TEAC-.

Existiendo un resultado neto de 3.126.333,18 €, que es la cantidad que toma en cuenta la Inspección en el Acuerdo de ejecución.

Pues como se razona en la p. 37 de la Resolución del TEAC: " conforme a lo establecido en el art 15. Y 3 del TRLIS, dicha renuncia a título gratuito, valorada en 3.126.333,18 € se debe integrar en la base imponible del IS consolidado, ejercicio 2006, del grupo fiscal 115/06 del que forman parte INVERAVANTE INVERSIONES INDUSTRIALES SL, sociedad dominante con las sociedades INVERSIONES FRIEIRIA y FGI".

10.- El Acuerdo de ejecución, lógicamente, se limita a recalcular la deuda tributaria partiendo de la cantidad indicada por el TEAC, es decir, 3.126.33,18 €, en lugar de los 6.125.332,61 € de los que partió la Inspección, resultandouna cuota de 1.136.018,88 €.

**Tercero. Sobre la improcedencia de la regularización practicada: inexistencia de donación en las ampliaciones de capital de RAZO.**

A.- El motivo se desarrolla en las pp. 12 y ss. de la demanda. Se viene a sostener que no estamos ante una liberalidad al no concurrir los motivos de animus donandi, enriquecimiento del donatario y empobrecimiento del donante, pues toda la operativa tiene su origen en el Acuerdo de octubre de 2005.

B.- La Administración contesta a dichos argumentos en las pp. 24 y ss. del Acuerdo de liquidación y 25 a 29 de la Resolución del TEAC.

C.- La opinión de la Sala coincide con la de la Administración por las siguientes razones:

1.- El derecho de suscripción preferente se encontraba regulado en los arts 158 y ss. del RD 1564/1989 (TRLISA) y en el art 75 de la Ley 2/1995 (LSRL) -legislación vigente en 2006, que es el ejercicio enjuiciado-.

Así, el art 75 de la LSRL, disponía que " los aumentos del capital con creación de nuevas participaciones sociales cada socio tendrá derecho a asumir un número de participaciones proporcional al valor nominal de las que posea". Tratándose de un derecho transmisible - art 75.3 LSRL -. En la misma línea, el art 158 del TRLISA reconocía " el derecho a suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las acciones que posean". E indicando que dicho derecho es transmisible. Se trata de un derecho vinculado a la titularidad de la acción y que conforme a reiterada y conocida doctrina tiene, en lo que ahora nos interesa, un contenido económico.

En esta línea, la STS (Civil) de 6 de octubre de 2006 ( sentencia 936/2006 ), razona que " el derecho de suscripción preferente puede ser calificado como un mecanismo indirecto de protección del valor. Los accionistas tienen un derecho individual a la integridad de su participación en el patrimonio social de la que no puede disponer la mayoría, y no cabe una medida que lesione la sustancia económica de la acción, aunque tal medida se quisiera justificar apelando al interés social. La protección de tal derecho puede obtenerse por medio del derecho de suscripción preferente, que no es más que una tutela indirecta, que asegura la protección del valor, ya que está diseñada para que el socio que no quiere concurrir a la suscripción pueda recuperar en el mercado el valor de las reservas que le corresponden".

2.- Siendo susceptible de transmisión a título oneroso o lucrativo.

Así, la STS de 22 de octubre de 1998 (Rec. 7849/1992 ), afirma que: " No se puede ignorar el matiz realmente patrimonial que ostenta el derecho de suscripción preferente, cuyo reconocimiento se debe al deseo normativo de que los accionistas puedan mantener la misma situación jurídica que tenían antes de efectuarse la ampliación de capital; pues, de no mantenerse la misma proporción de acciones que tenía el socio antes de la ampliación, perdería el antiguo accionista tanto en su posición dentro de la organización de la sociedad como en el aspecto económico-patrimonial. Además, si existen reservas, porque el valor del patrimonio neto es superior a la cifra nominal del capital social, una emisión de nuevas acciones a la par significa hacer disminuir el valor real de las acciones, ya que se aumenta el número de éstas en una proporción superior al incremento del patrimonio".

Añadiendo: " Lo expuesto demuestra el carácter "patrimonial" del derecho de suscripción, que lo hace transmisible y que se presenta, por tanto, como un derecho compensador que pone a cubierto al accionista de la pérdida que le irroga el aumento de capital. Y tal derecho está dotado de un valor que, en estado latente en la acción antigua, cobra vida autónoma al realizarse el citado aumento. Y, si las partes aquí interesadas expresaron ante el fedatario público que la "renuncia" al derecho de suscripción preferente de uno de los socios "acrece" a estos últimos, que no desembolsan al renunciante, según expresamente se reconoce también, cantidad alguna

por la adquisición de los derechos de suscripción preferente que a aquél le correspondían, parece claro que se está poniendo de manifiesto una operación o negocio jurídico con repercusión fiscal indudable".

Por otra parte, como indica la sentencia: " El carácter patrimonial y económico del derecho de suscripción preferente aquí cuestionado es un hecho y un dato, por tanto, incontestable....."Ergo", si en la transmisión o cesión (renuncia que expresa y simultáneamente acrece a un tercero) del derecho no ha habido contraprestación, y el negocio jurídico es, por tanto, gratuito, el incremento producido en el patrimonio de los socios beneficiados ha de ser gravado,....No nos hallamos, pues, ante una renuncia abdicativa o pura y simple de derechos, sino ante una renuncia traslativa de los mismos, que presenta dos aspectos trascendentales a efectos impositivos: primero, el que se renuncia a ejercitar el derecho de suscripción preferente, y, segundo, el que se renuncia a percibir o cobrar el precio o valor de cada derecho de suscripción cifrado económicamente. Se ha producido, en consecuencia, una liberalidad sometida al Impuesto...".

La Sala, por último, añade, que cuando los socios " desean adquirir los derechos de titularidad de otro socio, deberán satisfacer el importe correspondiente a su valoración, es decir, deberán comprarlo; y, si no lo hacen así, la adquisición -o el crecimiento- es, para ellos, gratuita, es decir, una donación, que será gravada tributariamente por el Impuesto de tal naturaleza.

En el mismo sentido la STS de 21 de junio de 2013 (863/2011 ). También las STS de 20 de enero de 2003 (Rec. 805/2000) y 3 de abril de 2003 (Rec. 801/2000 ) , de cuya lectura se infiere que, al margen de la denominación con que las operaciones se describan por los obligados tributarios, lo esencial es que la transmisión se haya producido a título gratuito. Razonándose que " el no ejercicio del derecho de suscripción preferente por parte de.... (el recurrente)... en el contexto operativo realizado" ha producido la indicada transmisión a título lucrativo y " este hecho es el que, a los efectos tributarios, interesa, independientemente "de las formas o denominaciones jurídicas utilizadas por los interesados", conforme el art. 25 de la LGT ".

En suma, es claro que el derecho de suscripción preferente tiene valor y que puede ser transmitido.

3.- En nuestro caso es claro que nos encontramos ante una renuncia traslativa tal y como se infiere de la STS de 22 de octubre de 1998 (Rec. 7849/1992 ). No estamos ante una renuncia pura y simple -abdicativa-, sino ante una renuncia traslativa, es decir, orientada a transmitir el derecho, con renuncia a la percepción del precio o valor del derecho a suscripción.

Así, la STS de 3 de marzo de 2010 (Rec. 1088/2005 ), afirma que: " La teoría de la renuncia abdicativa que el recurrente sostiene es sencillamente increíble. Es inasumible que una entidad en la que el "ánimo de lucro" es una categoría existencial, artículo 116 del Código Civil , abandone unos derechos de suscripción con alto contenido económico. Para que el argumento utilizado pudiera ser examinado sería necesario que la entidad recurrente tuviera como finalidad el "altruismo" o la "filantropía", lo que evidente no es el caso ".

La sentencia invita al examen de las circunstancias de cada caso y examinar si del conjunto de la operación realizadas cabe inferir que ha existido un desplazamiento patrimonial lucrativo destinada a la transmisión del derecho de suscripción preferente a determinado sujeto sujetos. Como suele ocurrir en el ámbito de los negocios jurídico privados debe estarse a las circunstancias de cada caso.

4.- Pues bien, en este punto, la Sala coincide con la Administración. El Acuerdo de liquidación en sus pp. 24 a 38 explica con acierto lo ocurrido. Es cierto que conforme, entre otras, la STS de 6 de febrero de 2019 (Rec. 2774/2017 ), para que pueda hablarse de un acto de liberalidad es preciso que concurre " el empobrecimiento del donante, el enriquecimiento del donatario y finalmente, la causa de toda donación, es decir, la intención de hacer una liberalidad (animus donandi) ". Pero es que en nuestra opinión en el supuesto de autos concurren dichos elementos por las siguientes razones:

a.- En primer lugar, el resultado final del conjunto de ampliaciones, al margen de que el valor de la suscripción no fuese correctamente calculado por la Inspección, fue que " ha llevado a dicha tenencia del porcentaje 80/20 pero no existe correspondencia entre los desembolsos efectuados y el valor de las participaciones detentadas" -. 29-. Los cálculos del TEAC que parten del valor indicado por el perito son claros en este punto. En cada ampliación de capital existen " renunciaciones de derechos de suscripción que....son traslativas o impropias por lo que generan una cesión a favor de tercero" - pp. 29 y 30-.

Si se observan las operaciones de ampliación de capital realizadas puede observarse que en la primera de ellas D. Luis Pablo aporta 210.473 € (valor de la acción más prima de emisión), pasando a ser titular del 20% de los fondos de RAZO, es decir, de 3.323.637 €. En la segunda, aporta 22.594.689 € y pasa a ser titular del 77.15% de los fondos propios valorados en 33.216.806 €. Y en la tercera, FRIEIRA aporta 89.142.714 € y pasa a ser titular del 80% de los fondos propios, valorados en 105.048.800 €.

En contra de lo que se dice en la demanda en que cada una de las operaciones se ha producido un respectivo enriquecimiento y empobrecimiento de quien transmite a título gratuito los derechos de suscripción.

El hecho de que se haya establecido un Acuerdo conforme al cual se renuncia a los derechos de suscripción preferente no supone, en nuestra opinión, que haya desaparecido la gratuidad del acto, pues lo decisivo es que quien realiza el acto de disposición no recibe nada a cambio del mismo y su empobrecimiento genera el enriquecimiento de la contraria. Por lo demás, según la doctrina, nada impide la existencia de una donación obligacional, es decir, la existencia de un acuerdo entre las partes por la que se comprometan a realizar actos de liberalidad entre ellas, de forma que una se obligue a dar y la otra pueda exigir el cumplimiento de dicha obligación. Lo esencial sigue siendo la concurrencia de la nota de gratuidad, es decir, que se produzca un acto de disposición a favor de una de ellas, que se enriquece a costa del donante, sin contraprestación.

En suma, nos parece que asiste la razón a la Administración cuando razona que " la cuestión fundamental radica en determinar, si ha quedado acreditado que como consecuencia de las operaciones de ampliación de capital y renuncia de derechos de suscripción con las mismas, ha existido una efectiva transmisión lucrativa" - 24 del Acuerdo de liquidación-. Y como se razona más adelante, es cierto que, al final, la correspondencia o porcentaje pactado se corresponde con lo pactado de 80/20 en el Acuerdo de octubre, " pero no existe correspondencia entre los desembolsos efectuados y el valor de las participaciones detentadas" - p. 29-. No ha quedado " acreditada una contraprestación efectiva equivalente. El análisis de cada ampliación de capital nos lleva a concluir que existen renunciaciones de derecho de suscripción...que generan una cesión a favor de tercero..." -pp. 29 y 30-.

b.- Por otra parte, es cierto que no consta que la renuncia se efectuase a favor de ningún socio, pero como se razona ello no es óbice para que, de facto, exista una renuncia traslativa, pues del acuerdo suscrito entre las partes y que constituye el origen de las operaciones enjuiciadas, se infiere que " todas las operaciones de ampliación de capital tiene su fundamento en el acuerdo de inversión" y se realizan siempre a favor de los que suscribieron dicho acuerdo -p. 36-.

Por ello, la Sala es del mismo parecer la Inspección cuando afirma " la teoría de la renuncia abdicativa no cabe en el presente supuesto en el cual se han delimitado perfectamente...en el acuerdo previo inversor....cuales son los pasos para conseguir los porcentajes previstos por lo que las renunciaciones a derechos de suscripción tienen plenos efectos traslativos, como se deduce del análisis conjunto de los hechos" - p. 36-.

c.- La recurrente afirma que no existe animus donandi, pero nosotros creemos que no es así. Y que existen indicios suficientes para inferir la existencia razonable de dicho ánimo en todas las operaciones de ampliación de capital descrita, las cuales, aunque se aprecie su resultado de forma global a efectos impositivos, como luego veremos, son tres operaciones escrituradas y perfectamente diferenciadas.

Y es que como sostiene la mejor doctrina el animus donandi no puede ser otra cosa que el consentimiento contractual aplicado a este tipo de negocios jurídicos, es decir, siempre que exista la intención de determinar con el negocio el enriquecimiento de otra persona, como así ha ocurrido, existe animo de donar. En esta línea, la STS de 20 de octubre de 2011 (Rec. 2243/2008 ), sostiene que " debe entenderse correcta la liquidación practicada por la Administración tributaria y confirmada por la Sala de instancia en este punto, por constituir dicha renuncia una transferencia de patrimonio gratuita a favor de la suscriptora de las nuevas participaciones" . También cabe citar la STS de 22 de junio de 2009 (Rec. 1647/2003 ).

El motivo se desestima.

**Cuarto.** *Sobre la regularización por la Inspección en sede de INVERSIONES FRIEIRA la Renta derivada de una transmisión lucrativa que la recurrente no realizó y sobre la motivación.*

Por razones de claridad expositiva razonaremos de forma conjunta los motivos segundo y tercero.

A.- El motivo se desarrolla en las pp. 27 y ss. Se viene a decir que la Inspección entendió que INVERSIONES FRIEIRA fue transmitente neto, lo que no fue así, lo que en su opinión invalida la liquidación efectuada.

B.- La respuesta a este argumento, más que en el Acuerdo de liquidación, debe buscarse en la Resolución del TEAC, en concreto, en las pp. 29 y ss.

C.- Para dar respuesta al argumento conviene tener en cuenta lo siguiente:

1.- Una vez que se llegó a la convicción de que los derechos de suscripción preferente se transmitieron a título lucrativo, el problema pasó a ser determinar su valor. En las pp. 9 y ss. del Informe de Disconformidad puede verse con detalle como valoró la Inspección los derechos de suscripción preferente. La consecuencia de dicha valoración fue que en las tres operaciones de transmisión existió una transmisión a título lucrativo a favor de D. Luis Pablo .

2.-Ahora bien, la recurrente no estuvo conforme con dicha valoración, lo que dio lugar a una Tasación Pericial Contradictoria que concluyó con un dictamen pericial, que no coincidió en sus conclusiones ni con el criterio de la Administración, ni con el criterio del perito de INVERANTE.

Como puede verse en el dictamen, el tercer perito comparte gran parte del procedimiento utilizado por la Administración, pero discrepa al entender que el valor de los derechos de suscripción debe " calcularse mediante la adición de los valores puestos de manifiesto en cada ampliación de capital" y, por otra parte, el precio de mercado de las inversiones financieras debe ser el correspondiente al último trimestres anterior a la fecha de referencia y la cotización del día del cierre del balance -p. 16 del dictamen-. El resultado de esta valoración es que si bien en las dos primeras ampliaciones de capital existió una transmisión a título lucrativo a favor de dos modesto. En la tercera, partiendo de esta valoración, la transmisión se efectuó a favor de las empresas FRIEIRA.

3.- El TEAC sostiene que debe estar a la valoración del perito tercero -pp. 29 y 30-. Y, por lo tanto, al valor de los derechos de suscripción indicados por el perito -p. 31-. Expone, partiendo de dichos valores, los cálculos que realiza y llega a las mismas conclusiones que el perito en las pp. 33 a 35 de forma detallada -con una diferencia de 528 €, que no resulta significativa-.

Consecuencia de lo expuesto en que en las dos primeras operaciones de ampliación de capital FRIEIRA renunció a derechos de suscripción preferente a favor por valor de 3.113.164 € y en la segunda hizo lo mismo por valor de 9.967.118 €. Mientras que en la tercera es D. Luis Pablo quien renuncia a favor de FRIEIRA por valor de 15.906.086 €.

Por ello el TEAC, partiendo de la nueva valoración razona " FRIEIRA habría renunciado gratuitamente, a favor de D. Luis Pablo , al ejercicio de derecho valorados en 12.7880.281 € (3.113.164 € y 9.967.118 €) y habría adquirido derechos a título gratuito por importe de 15.906.086 €. Ambos supuestos estarían sujetos a tributación conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art 15 del TRLIS". Acto seguido, conforme al criterio de la Inspección y el perito, aprecia de forma conjunta la totalidad de lo ocurrido y razona que la diferencia supone un " resultado neto de 3.125.805 €" y " dicha renuncia a título gratuito, valorada en 3.126.333,18 € se debe integrar en la base imponible del IS consolidado, ejercicio 2006, del grupo fiscal 116/06 del que forman parte INVERANTE INVERSIONES INDUSTRIALES SL, sociedad dominante como las sociedades dependientes INVERSIONES FRIEIRA y FGI".

No existe contradicción en las afirmaciones del TEAC, pues en contra de lo que se dice en la demanda, en cada acuerdo de ampliación se materializó una transmisión a título gratuito en los términos descritos, al margen de que en la liquidación se considere el " efecto conjunto de las ampliaciones de capital" - p. 35 de la Resolución del TEAC-.

4.- El art. 15 del TRLIS regula las denominadas reglas de valoración. Y en su párrafo 2 establece que " se valorarán por su valor normal de mercado los siguientes elementos patrimoniales: a) Los transmitidos o adquiridos a título lucrativo" .

Añadiendo el art. 15.3 que " En los supuestos previstos en las letras a), .....la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable.....En la adquisición a título lucrativo, la entidad adquirente integrará en su base imponible el valor normal de mercado del elemento patrimonial adquirido".

En suma, como indica el TEAC, al tratarse de regularizar la situación correspondiente al ejercicio 2006, tanto en las operaciones en las que es FRIEIRA quien transmite a título lucrativo; como en aquella en las que es FRIEIRA quien adquiere, conforme a lo establecido en la norma se debe producir un incremento de la base imponible en el ejercicio enjuiciado. En las de transmisión al disponer el art. 15.3 que " la entidad transmitente integrará en su base imponible la diferencia entre el valor normal de mercado de los elementos transmitidos y su valor contable" y en la de adquisición al disponer la misma norma que " en la adquisición a título lucrativo, la entidad adquirente integrará en su base imponible el valor normal de mercado del elemento patrimonial adquirido". Por lo tanto, aunque la norma trata de forma diferenciada los supuestos de transmisión y los de adquisición, a los efectos que nos interesan, la regularización implica el incremento de la base imponible en la suma de 3.125.805 € en todo caso.

Esta cantidad se obtiene de la valoración efectuada por el perito tercero el cual, como se infiere de la p. 17, al realizar la valoración de los derechos de suscripción preferente ya tuvo en cuenta el valor de la participación antes de la ampliación.

No existe falta de motivación en cuanto a la cuantificación de la renta, el TEAC ha asumido los razonamientos del perito y ha motivado de forma pormenorizada como ha obtenido la cantidad, al margen de que la recurrente puede no compartir sus razonamientos que, por lo demás, insistimos, coinciden con la pericial. En efecto, en la p. 33 se dice que existe falta de motivación al no responder el TEAC a un argumento en relación con la cuantificación efectuada por la Inspección; pero ya hemos explicado que el TEAC no hace propias las conclusiones de la Inspección, sino las del perito y no se dirige crítica alguna contra la valoración efectuada por éste.

El Acuerdo de ejecución se ha limitado a incrementar la base imponible conforme a lo ordenado por el TEAC, por lo que, vistos los argumentos anteriores, se ajusta a la legalidad.

Por último, el TEAC al resolver en tal sentido no está haciendo otra cosa que resolver " las cuestiones que se susciten en el expediente" - art. 239.2 LGT - y que en este caso se derivan de la estimación parcial del recurso. Y como se razona en la STS de 26 de mayo de 2015 (Rec. 726/2013 ) " no se puede olvidar tampoco,..... que las exigencias del interés público determinan una importante atenuación del principio de la congruencia en el ámbito del procedimiento administrativo....El escrito inicial o, en su caso, el de recurso determinan sólo el contenido mínimo de la resolución al que se añaden las cuestiones suscitadas por el expediente aunque no hayan sido planteadas por los interesados (la obligación de los Tribunales Económico Administrativos de resolver cuantas cuestiones plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados... ". Por ello, en contra de lo que se dice en la p. 33, el TEAC sí puede y debe aplicar el art. 15.3 del TRLIS como lo ha hecho, una vez que estimó el recurso en parte y entendió que debía estar a lo establecido en el dictamen. Lo contrario implicaría que no tributaría la cantidad correspondiente a la transmisión a título lucrativo de los derechos de suscripción, lo que no sería correcto conforme hemos razonado.

El motivo se desestima

#### **Quinto. Sobre las costas.**

Procede imponer las costas a la parte demandante - art 139 LJCA -.

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

### **FALLO**

Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Jose Antonio la en nombre y representación de INVERANTE INVERSIONES UNIVERSALES SL, contra, Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 10 de septiembre de 2015 (RG 4790/2012) y el Acuerdo de ejecución de fecha 11 de marzo de 2016, que confirmamos por ser ajustados a Derecho. Con imposición de costas a la parte demandante.

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 Ilmo. Magistrado Ponente de la misma, D.MANUEL FERNÁNDEZ LOMANA GARCÍA estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

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.