

## RENUNCIA AL DERECHO DE PREFERENCIA EN AMPLIACIONES DE CAPITAL.

El derecho de preferencia se encuentra regulado en el artículo 304 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010:

*“Artículo 304. Derecho de preferencia.*

*1. En los aumentos de capital social con emisión de nuevas participaciones sociales o de nuevas acciones, ordinarias o privilegiadas, con cargo a aportaciones dinerarias, cada socio tendrá derecho a asumir un número de participaciones sociales o de suscribir un número de acciones proporcional al valor nominal de las que posea.*

*2. No habrá lugar al derecho de preferencia cuando el aumento del capital se deba a la absorción de otra sociedad o de todo o parte del patrimonio escindido de otra sociedad o a la conversión de obligaciones en acciones.”*

Interesa en tal caso analizar las posibles contingencias que pudieran derivarse de la realización de una operación de ampliación de capital a la par, en la que el socio “mayoritario” renuncia a acudir a dicha ampliación y el socio minoritario acude en solitario a la ampliación, y además los Fondos Propios son elevados en relación con el Capital Social.

Lo que se trata de analizar entendemos que sería determinar si la Administración pudiera entender que se pudiera producir algún tipo de contingencia fiscal por dicha operativa. En relación con lo anterior nos parece de interés acudir a la interpretación jurisprudencial sobre el particular:

**- Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2010 (Nº Recurso 202/2006):**

(...)

*3. Este Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse del tratamiento fiscal de la renuncia al ejercicio de los derechos de suscripción preferente en sus sentencias de 22 de octubre de 1998 (rec. 7489/1992), 20 de enero y 3 de abril de 2003 (recs. 805/2000 y 801/2000) de las que da cumplida cuenta la sentencia recurrida. Con todo, interesa insistir aquí en las ideas siguientes:*

**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.**

*El carácter "patrimonial" del derecho de suscripción lo hace transmisible y 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.

Sin la renuncia al derecho de suscripción preferente de los socios "acrece" a uno de ellos, que no desembolsa a los renunciantes 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.

En principio, la renuncia al ejercicio del derecho de suscripción preferente no acrece ni es traslativa a terceros.

*Pero cabe que por voluntad expresa de los socios, la renuncia de los demás socios crezca y aumente el derecho de uno de ellos, en forma gratuita y en algo cuantificable económicamente (que es lo que ha ocurrido en el caso de autos).*

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, como tal donación. Si todos los socios han proporcionado a uno de ellos una atribución patrimonial concreta, en cuanto que no han percibido la contraprestación pertinente por los derechos que, renunciando a los mismos, le han transferido o regalado, se ha producido una liberalidad.

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.

El derecho de suscripción, en el supuesto de que se decida no practicarlo, no provoca, sin más, el crecimiento necesario del mismo en favor de los otros socios. De modo y manera que si uno de ellos desea adquirir los derechos de titularidad de otros socios, deberá satisfacer el importe correspondiente a su valoración, es decir, deberá comprarlos; y si no lo hace así, la adquisición es para él gratuita, es decir, una donación, que será gravada tributariamente, por su parte, por el Impuesto de tal naturaleza, sin perjuicio del incremento de patrimonio que suponga para el socio persona física o jurídica, beneficiado por la renuncia traslativa de los demás y que tributará por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre Sociedades.

4. El importe obtenido por la transmisión de los derechos de suscripción preferente de valores representativos del capital de sociedades se considerará como incremento de patrimonio a efectos del Impuesto sobre Sociedades. El artículo 15.1 de la Ley 61/1978, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, dispone que "Son incrementos o disminuciones de patrimonio las variaciones en el valor del patrimonio del sujeto pasivo que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la imposición de aquel". Ni la Ley ni el Reglamento del IS contiene una definición de alteración patrimonial; no obstante, hay que entender que ésta se produce o tiene su origen, en el presente caso, en el ejercicio del derecho de suscripción preferente por parte de la sociedad recurrente. El artículo 127 del Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre,

por el que se aprueba el Reglamento del IS, hace una enumeración de supuestos que constituyen alteración patrimonial; en concreto, el apartado b) del artículo 127 reconoce como alteración patrimonial «la incorporación al patrimonio del sujeto pasivo de dinero, bienes y derechos». Conforme a lo expuesto, en este caso hay que llegar a la conclusión de que se ha producido la entrada de derechos en el patrimonio de Don Z. S.A., realizándose por tanto el supuesto previsto en la Ley constitutivo del hecho imponible en virtud de lo dispuesto en los artículos 15.1 de la Ley y 127.1 b) del Reglamento del IS. A DON Z. le correspondía en la asignación gratuita de acciones un 0'46% y recibe el 100% de la misma, realizando un incremento de patrimonio que debe integrar la base imponible del Impuesto sobre Sociedades del ejercicio.

(...)"

**- Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de marzo de 2019 (Nº Recurso: 23/2016):**

"(...)

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- ar@diazarias.com

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-."

Siendo así hay que tener presente que, como regla general, una operación de ampliación de capital mediante aportaciones dinerarias no genera una ganancia o pérdida patrimonial.

No obstante lo anterior, en aquellos casos de ampliación de capital a la par en los que se produce una renuncia al ejercicio de los derechos de suscripción preferente por parte de los socios iniciales acompañada de una desproporción entre las cantidades aportadas y los Fondos Propios de la entidad en el momento previo a la ampliación, se ha de tener presente la posibilidad de que la Administración pudiera atribuir a tal proceder la existencia de un desplazamiento patrimonial a título gratuito en favor del socio minoritario.

Es decir, en el caso de que la ampliación de capital se desarrollase en los términos descritos en el párrafo anterior, debería valorarse la posibilidad de que la Administración entienda que existe una liberalidad del socio mayoritario en favor del socio minoritario, con

la consecuente incidencia que tal calificación supondría en la tributación directa de ambos.

Como analizamos anteriormente, la renuncia al derecho de suscripción preferente en una ampliación de capital puede suponer contingencias fiscales, sobre todo en aquellos casos en los que el valor real de las participaciones sea notablemente superior a su valor nominal, por entender la Administración que estamos ante un desplazamiento patrimonial. No obstante lo anterior, en la medida en que dicha diferencia pudiera enjuagarse con el establecimiento de una prima de emisión por el citado importe, podría minorarse el riesgo de dicha contingencia fiscal.

Salvo mejor opinión

