

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
Sección: SEGUNDA

SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 21/05/2013

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 2689/2011

Fallo/Acuerdo: Sentencia Desestimatoria

Votación: 14/05/2013

Procedencia: T.S.J.GALICIA CON/AD SEC.4

Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

Escrito por: MDC

Nota:

Impuesto sobre el Patrimonio, 2001, 2002 y 2003.- Exención por participación en empresas familiares.- SICAVs en las empresas participadas de segundo nivel.

RECURSO CASACION Num.: 2689/2011

Votación: 14/05/2013

Ponente Excmo. Sr. D.: Ramón Trillo Torres

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

SENTENCIA

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

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Rafael Fernández Montalvo

Magistrados:

D. Emilio Frías Ponce

D. Ángel Aguallo Avilés

D. José Antonio Montero Fernández

D. Ramón Trillo Torres

D. Juan Gonzalo Martínez Micó

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

Visto por la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Srs. Magistrados relacionados al margen, el recurso

de casación núm. 2689/2011 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Teresa Gamazo Trueba, en nombre y representación de don Amancio Ortega Gaona, contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 3 de marzo de 2011, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 16.929/2009, deducido respecto de resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central, de fecha 3 de diciembre de 2009, por el que desestima el recurso de alzada interpuesto contra resolución de 14 de abril de 2008, del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia, en materia de liquidaciones en concepto de Impuesto sobre el Patrimonio, ejercicios 2001, 2002 y 2003.

Ha intervenido como parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado y la Xunta de Galicia, representada por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén y defendida por el Letrado de dicha Xunta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo nº 16.929/2009 seguido en la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 3 de marzo de 2011, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *“Que DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Amancio Ortega Gaona contra el Acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 3 de diciembre de 2009 , por el que desestima el recurso de alzada interpuesto contra resolución de 14 de abril de 2008, del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia, dictada en las reclamaciones 15/1266/06 y 15/1267/06 acumuladas, sobre liquidaciones en concepto de Impuesto sobre el Patrimonio, ejercicios 2001, 2002 y 2003. Sin efectuar pronunciamiento en orden a la imposición de costas procesales”.*

SEGUNDO.- El Procurador de los Tribunales don Xulio Xavier López Valcarcel, en nombre y representación de don Amancio Ortega Gaona, presentó, con fecha 22 de marzo de 2011, escrito de preparación del recurso de casación.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo -Sección Cuarta- del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, por providencia de fecha 31 de marzo de 2011, acordó tener por preparado el recurso de casación, remitir los autos jurisdiccionales de instancia y el expediente administrativo a la Sala Tercera del Tribunal Supremo y emplazar a las partes interesadas ante dicha Sala Tercera.

TERCERO.- La parte recurrente, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Teresa Gamazo Trueba presentó, con fecha 12 de mayo de 2011, escrito de formalización e interposición del recurso de casación, en el que solicita se case y anule la misma, con imposición de costas.

CUARTO.- La ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y defendida por el Abogado del Estado, y la Xunta de Galicia representada por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, comparecieron y se personaron como parte recurrida.

QUINTO.- La Sala Tercera -Sección Primera- acordó, por providencia de 18 de julio de 2011, admitir a trámite el presente recurso de casación y remitir las actuaciones a la Sección Segunda de conformidad con las Normas de reparto de los asuntos.

SEXTO.- Dado traslado del escrito de formalización e interposición del recurso de casación, al Abogado del Estado, en representación de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, parte recurrida, presentó en fecha 22 de noviembre de 2011 escrito de oposición al recurso, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala dicte sentencia desestimando el recurso, con imposición de costas a la recurrente. Por su parte, el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vazquez

Guillén, en escrito de 27 de diciembre de 2011, y en representación de la Xunta de Galicia, solicitó la desestimación del recurso.

SÉPTIMO.- Terminada la sustanciación del recurso, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 14 de mayo de 2013, fecha en la que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. RAMÓN TRILLO TORRES,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Don Amancio Ortega Gaona interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 3 de marzo de 2011, que confirmó la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 3 de diciembre de 2009, por la que se había desestimado el recurso de alzada interpuesto contra resolución de 14 de abril de 2008 del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Galicia, dictada en las reclamaciones 15/1266/06 y 15/1267/06 acumuladas, sobre liquidaciones en concepto de Impuesto sobre el Patrimonio, ejercicios 2001, 2002 y 2003.

La sentencia recurrida tiene, en lo que aquí interesa, la siguiente fundamentación jurídica:

<<SEGUNDO.- La cuestión principal del recurso se contrae a resolver sobre la determinación de la porción del patrimonio del sujeto pasivo que goza de la exención que, en relación con la participación en empresas familiares se recogía en el artículo 4. Ocho de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (LIP, en adelante). Y, más concretamente, si a tal efecto ha de atenderse estrictamente al activo de la sociedad en que el socio participa de forma directa o ha de atenderse también al activo de las sociedades por ésta participadas de modo directo o indirecto.

(...)

En la redacción aplicable al caso, disponía el artículo 4.8 LIP la exención de:

(...)

Dos. Las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, siempre que concurren las condiciones siguientes:

a) Que la entidad no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entenderá que una entidad no gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, realiza una actividad empresarial cuando, por aplicación de lo establecido en el artículo 75 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, dicha entidad no reúna las condiciones para considerar que más de la mitad de su activo está constituido por valores o es de mera tenencia de bienes.

b) Que, cuando la entidad revista la forma societaria, no concurren los supuestos establecidos en el artículo 75 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades .

c) Que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 5 por 100, computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción.

(...)

La exención sólo alcanzará al valor de las participaciones, determinado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 16.uno de esta Ley, en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad.

Por su parte, el Real Decreto 1704/1999 de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y

profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio dispuso en su artículo 5 bajo la rúbrica de "condiciones de la exención en los supuestos de participación en entidades" lo siguiente:

(...)

En ningún caso será de aplicación esta exención a las participaciones en instituciones de inversión colectiva.

(...)

En cuanto tiene interés al caso, interesa señalar que el inciso final del mencionado artículo 4. Ocho LIP fue modificado, con efectos 1 de enero de 2007, por la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de No Residentes y sobre el Patrimonio, en los siguientes términos:

"La exención sólo alcanzará al valor de las participaciones, determinado conforme a las reglas que se establecen en el art. 16.uno de esta Ley, en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad, aplicándose estas mismas reglas en la valoración de las participaciones de entidades participadas para determinar el valor de las de su entidad tenedora" .

(...)

El demandante y su hija D Marte Ortega Pérez colocaron en dos sociedades de este tipo (ALAZAN DE INVERSIONES 2001 SIMCAV, S.A. y KESLAR DE INVERSIONES SIMCAV, S.A.) el líquido obtenido como consecuencia de la venta de un paquete de acciones de la mercantil INDITEX, S.A. La totalidad de dichas acciones se incorporan más tarde a la mercantil PONTE GADEA, S.L. que, a continuación, amplía capital para recibir las acciones de la mercantil GARTLER, S.L. (propiedad al 100%) del recurrente. Posteriormente, se constituye la mercantil LICIDIA, S.L., a la que el demandante

y su hija aportan la totalidad de acciones que poseían en PONTE GADEA, S.L., correspondiéndose tal paquete de acciones con el 99,99% del inmovilizado de LICIDIA, S.L.

En cuanto al ejercicio 2003, son hechos relevantes los siguientes: Constituida la mercantil CAROADA, S.L. en julio de 2002, por el demandante y su esposa D. Flora Pérez Marcote, adquiere determinadas participaciones de las SIMCAVs Keblar y Alazan y, tras ampliación de capital de la mercantil PONTE GADEA, S.L., se suscribe íntegramente por CAROADA, S.L., cuyo total de participaciones se aportan a la ampliación de capital de INVERSIONES MENLLE, S.L., constituida en julio de 2002.

Así las cosas, hay dos sociedades (LICIDIA, S.L. e INVERSIONES MENLLE, S.L.) en que no se discute la condición de empresa familiar, configurando en cuanto tenedoras de participaciones en otras sociedades un holding de primer nivel, estando más de la mitad del activo de las sociedades participadas por bienes o derechos afectos a actividades económicas -lo que no se discute- en concurrencia con otros que no reúnen tal condición: las participaciones en SIMCAVs.

La tesis principal de la demanda, a partir de la estricta aplicación al caso de la redacción vigente en los ejercicios discutidos del artículo 4. Ocho LIP es que el holding familiar (LICIDIA, S.L. e INVERSIONES MENLLE, S.L.) realiza una actividad empresarial por el hecho de poseer participaciones que cumplen los requisitos legales y reglamentarios antes acotados -añadidamente los del artículo 75 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades para no ser computados como valores- sin que sea posible considerarlas parcialmente afectas, por lo que, aplicando la literalidad de la norma en la redacción aplicable del precepto mencionado alcanza al valor total de la participación de la persona física en el holding familiar o de primer nivel, al ser el único que forma parte directamente de su patrimonio, debiendo por tanto computarse el valor del mismo.

El Acuerdo recurrido sostiene que la tesis de la demandante configura una situación de "abuso de la norma" en la que a través de una serie de negocios jurídicos reales y válidos se configura un artificioso entramado patrimonial con la finalidad de beneficiarse de una exención que por definición no resulta aplicable,

argumento que conecta, de una parte, con la tradicional exención en cuanto "útiles de trabajo" del patrimonio afecto y necesario para una actividad y, de otra parte, con el hecho de que las participaciones en Instituciones de Inversión Colectiva han quedado siempre fuera de la exención por exclusión expresa de la norma (artículo 5 del Real Decreto 1704/1999).

De un modo subsidiario, la demanda plantea que la coherencia con la regularización practicada implica que, en cuanto LICIDIA, S.L. e INVERSIONES MENLLE, S.L. eran titulares indirectos, en los ejercicios regularizados, de una participación en NH HOTELES, S.A. superior al 5%, debería beneficiarse de la exención, que igualmente le correspondería si la hubieran poseído los interesados directamente a través del holding de primer nivel.

El Acuerdo recurrido deniega también esta posibilidad, invocando el artículo 5 del Real Decreto 1704/1999, al excluir la exención en relación con las participaciones en Instituciones de Inversión Colectiva, con independencia de que dichas Instituciones, a tenor del artículo 4.2 de la Ley 46/1984, vigente hasta el 5 de febrero de 2004 no podían tener participaciones superiores al 5% en valores emitidos por otra sociedad; participación, sin embargo, que era la que se comunicaba a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en relación con el ejercicio 2003.

TERCERO.- (...)

(...) destaquemos, ante todo, que del régimen normativo antes transcrito se desprende un orden secuencial en la exención, que comienza por alcanzar tal condición el sujeto pasivo y culmina por el valor de las participaciones a que tal exención alcanza siendo este último aspecto, insistamos nuevamente, el que es objeto de controversia contexto en el cual es de notar, también como criterio principal, que la afectación o necesidad de activos para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional habrá de ser real y efectiva, sin que la mera disponibilidad o susceptibilidad de utilización de activos sea concepto equiparable, como señalamos en nuestra sentencia 478/2010, de 19 de mayo (recurso 15329/09). Y, en el presente caso, anticipemos ya, no se da tal circunstancia, más allá de los informes propios que conforman los anexos II y IV de la demanda, siendo también de reseñar que, en todo caso, aquellas

participaciones en SIMCAVs no proceden de una actividad económica y empresarial precedente.

Sentado lo anterior, es preciso abordar a continuación el ámbito esencial de la discusión jurídica a que el recurso se contrae, destacando que el TEAC calificó como "abuso de la norma" la configuración de dos holding sucesivos para terminar por computar totalmente activos depositados en SIMCAVs que, como antes vimos, normativamente no pueden formar parte del criterio de proporcionalidad al objeto de determinar la cuantía de patrimonio exento, lo que lleva el debate a los términos de la interpretación de la norma aplicable y a las consecuencias de su modificación en la Ley 35/2006.

En síntesis, la demanda entiende que el tenor literal del inciso final del artículo 4.Ocho LIP deja claro que el total de participaciones de PONTE GADEA, S.L. en LICIDIA, S.L. computa a los efectos de la exención sin que se aplique idéntica regla a la entidad participada (PONTE GADEA) para determinar el valor de las participaciones de la entidad tenedora (LICIDIA), que es el inciso que la Ley 35/2006 introduce en el referido precepto de la LIP y cuya utilización implícita subyace tanto en el criterio de la Inspección como en las resoluciones del TEAR y el TEAC. A ello añade la cita de jurisprudencia en relación con la improcedencia de acudir a criterios interpretativos o a superar por la Administración las insuficiencias de la norma y, esencialmente, que si tal fuera el tenor en la redacción aplicable al caso, hubiese sido innecesaria la adición en el precepto efectuada por la Ley 35/2006.

La tesis de la demanda no puede ser aceptada. Hemos aludido antes a una concepción material de los bienes y derechos que integran el patrimonio a efectos de tributación, exención y determinación de su cuantía. La utilización de recursos mercantiles sucesivos con el fin de que determinadas participaciones terminen por ser las relevantes a efectos del alcance de la exención no puede soslayar lo que es un criterio estricto y claro, expuesto en el artículo 5.1 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre en el sentido de que en ningún caso será de aplicación esta exención a las participaciones en instituciones de inversión colectiva. Y si de criterios de literalidad de la norma se parte, puesto que de ser necesaria alguna interpretación sería la sistemática, es de señalar que éste es claro en cuanto a que, respecto de tales participaciones la exención no opera en

ningún caso, lo que implica que, entonces, resulta irrelevante las diferentes aportaciones o participaciones sociales al objeto de configurar una entidad diferente a aquellas instituciones, primero PONTE GADEA, S.L. y, más tarde LICIDIA, S.L.. Ello por lo que se refiere a los ejercicios 2001 y 2002, puesto que en el ejercicio 2003 lo propio ocurre con CAROADA, S.L. e INVERSIONES MENLLE, S.L.

En cuanto a la modificación del artículo 4, Ocho LIP en ejercicios posteriores a los de autos, es de señalar que el Preámbulo de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, destaca lo siguiente: "En lo referente al Impuesto sobre el Patrimonio, la desaparición de las sociedades patrimoniales del marco normativo de la imposición personal sobre la renta de las personas físicas y jurídicas exige trasladar a la Ley 19/1991 los requisitos y condiciones que, recogidos hasta la fecha mediante remisión al art. 75 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, vienen siendo exigidos a efectos de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de las participaciones en entidades. Se mantiene en el 60 por cien el límite conjunto sobre las cuotas íntegras de los impuestos sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre el Patrimonio, si bien operará sobre la base imponible total del impuesto sobre la renta, tanto la general como la del ahorro". De lo que ya se sigue que cuando el artículo 4. Ocho LIP se le adiciona que las mismas reglas se aplicarán en la valoración de las participaciones de entidades participadas para determinar el valor de las de su entidad tenedora no se está rectificando en absoluto el criterio de valoración anterior, sino explicitando lo que viene implícito en el texto que es de aplicación en autos.

(...)

Por lo expuesto, este primer motivo de recurso debe decaer, sin que con ello se pretenda una suerte de fraude de ley impropio, ajeno al procedimiento necesario, incluso una simulación, siendo innecesario al resultado pretendido por la Administración la condición de "abuso de la norma". Pues, en efecto, al legítimo derecho que asiste al contribuyente a utilizar en su favor las normas tributarias, le corresponde no solo el derecho, sino la obligación de la Administración de comprobar la conformidad a Derecho de aquellas decisiones, sin que ello implique un fraude, sino la utilización de un recurso que,

*posteriormente, se comprueba que no era el adecuado a la finalidad perseguida.
(...)*

Por lo que se refiere al segundo de los motivos de recurso -exención de la participación de LICIDIA, S.L. e INVERSIONES MENLLE, S.L. en NH HOTELES, S.A.- ya se advierte que debe resolverse en consonancia con cuanto venimos exponiendo, y reiterar lo ya señalado en relación con la inexistencia de exención en las participaciones en instituciones de inversión colectiva. En cualquier caso, y con independencia de ello, incluso soslayando una eventual insuficiencia de prueba, el Acuerdo recurrido resolvió la cuestión con cita del artículo 4.2 de la Ley 46/1984, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, cuyo apartado a), en la redacción aplicable al caso, disponía que "una misma Institución no podrá invertir en valores emitidos o avalados por una misma entidad por encima del 5 por 100 de los valores en circulación de esta última". Y, aplicando el mismo criterio que al primero de los motivos de recurso, a tenor de la documentación que acompaña la demanda, se llega a la conclusión de que si bien en el ejercicio 2002 la participación de KEBLAR y ALAZÁN en NH HOTELES fue del 2,51%, respectivamente, con un total del 5,02%, en el ejercicio 2003 ya alcanzaba, respectiva e individualmente, un 5,08% y un 5,19%. Con ello, no es posible acceder a lo interesado, en cuanto a la imposibilidad interna de superar el 5% y la inviabilidad general que hemos destacado anteriormente en relación a que las participaciones de estas entidades puedan tomarse en consideración a efectos del importe de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio>>.

SEGUNDO.- El recurso de casación se funda en cuatro motivos, todos ellos formulados al amparo del artículo 88.1.d) de la LJC.

Los dos primeros, dada su interrelación, merecen un tratamiento común.

El primero se refiere a la nueva redacción del artículo 4.Ocho de la LIP, señalando la parte que será a partir de la entrada en vigor de la redacción de dicha norma -recordemos, 1 de enero de 2007-, cuando pueda aplicarse el criterio incorporado a los acuerdos de liquidación y defendido por la Administración tributaria y el Tribunal de instancia, pero que en ningún caso se

podrá aplicar dicha regulación con carácter retroactivo ni mucho menos en el momento en el que se emitieron dichos acuerdos, en los que la nueva redacción del precepto no era sino un mero proyecto en pleno debate.

No niega el recurrente que la evolución de una determinada norma pueda servir en ocasiones de criterio interpretativo, pero no así cuando la norma a interpretar es clara y no cabe duda de que no exige el requisito posteriormente introducido, indicando, en este sentido, que a su entender la modificación del artículo 4.Ocho de la LIP fue realizada precisamente para dar la cabida que no tenía bajo la anterior redacción la tesis sustentada por la Administración tributaria, lo que supone que la nueva redacción del precepto no resulte aplicable, lógicamente, a los ejercicios anteriores a su modificación.

En el segundo se vino a recalcar que la sentencia impugnada defiende una interpretación del artículo 4.Ocho de la Ley 19/1991 contraria a la literalidad de la misma, contraviniendo el principio de que *“in claris non fit interpretatio”*, así como los principios de legalidad y reserva de ley. que fueron modificados con efectos 1 de enero de 2007, pero que concurrían en los ejercicios regularizados, por lo que los acuerdos de liquidación en última instancia impugnados deberían declararse contrarios a Derecho.

En el análisis de los dos motivos podemos partir de que el art. 3 de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo, introdujo, con efectos a partir del 1 de enero de 1994, una nueva exención que se habría de añadir a las ya existentes en el art. 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, reguladora del Impuesto sobre el Patrimonio. La exención no se contenía en la redacción inicial del art. 4 de la Ley del Impuesto, aunque durante la tramitación parlamentaria de la Ley 19/1991, de 6 de junio, varios grupos parlamentarios, apoyándose en la legislación comparada, trataron de que los bienes y derechos afectos a las actividades económicas no tributasen por IP, argumentando que, en caso contrario, podría originarse una descapitalización de los empresarios individuales y de los profesionales. Si bien uno de los criterios que originariamente inspiró la redacción de la Ley 19/1991 fue el de que, puesto que lo que se pretende con el IP es gravar la capacidad económica complementaria que representa la titularidad de un patrimonio neto, han de ser idénticos los

bienes de producción y los que no presentan esta condición, no existiendo motivo alguno para gravar unos sí y otros no, esta idea desapareció posteriormente, dejándose de someter a gravamen determinados bienes y derechos afectos a actividades empresariales. Se acaba considerando de este modo que, desde una perspectiva de eficiencia económica, los bienes de producción han de quedar excluidos de gravamen.

La Memoria del Proyecto que dio lugar a la citada Ley señalaba lo siguiente: *<<En materia del Impuesto sobre el Patrimonio, su ley reguladora estableció una serie de exenciones objetivas sobre un conjunto de bienes y derechos de contenido económico en razón de la naturaleza de los mismos, exenciones que se ven ahora ampliadas a lo que tradicionalmente se ha venido denominando en el Derecho Comparado como "los útiles de trabajo" y que quedan exentos en otros países como puede ser el caso de Francia, aunque bajo determinadas condiciones o sujetos al cumplimiento de algunos requisitos. La misma exención se aplica, asimismo, a las participaciones en entidades que cumplan determinadas condiciones, tanto en cuanto a las actividades que realizan como en cuanto al sujeto pasivo beneficiario de la exención, (...)>>*

La exención va a extenderse sobre un doble ámbito: de una parte, los bienes y derechos afectos a actividades empresariales y, de otra, determinadas participaciones en entidades. Al igual que sucede con la exención de los bienes y derechos afectos a actividades empresariales y profesionales, también en este caso puede señalarse como fuente de inspiración a la legislación tributaria francesa, cuya exoneración afectaba a las participaciones en sociedades personalistas.

En todo caso se trata de favorecer la inversión empresarial, fundamentalmente en el ámbito de la pequeña y mediana empresa (PYMES), de cara a poder lograr, -también mediante la aplicación del conjunto de medidas tributarias establecidas en la Ley 22/1993-, un fortalecimiento de la economía española.

Este objetivo queda patente no ya sólo en la propia Exposición de Motivos de la Ley 22/1993, sino también en el derogado Real Decreto 2481/1994, de 23 de diciembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las

Actividades Empresariales y Participaciones en entidades para la aplicación de la exención, en el que igualmente se reconoce que el objetivo de ambas exenciones es favorecer la inversión empresarial, especialmente en el área de las pequeñas y medianas empresas.

Sentado lo anterior, ninguno de los dos primeros motivos del recurso pueden aceptarse, partiendo del dato esencial de que las sociedades del holding de segundo nivel, Ponte Gadea, S.L. y Caroda, S.L., tenían participaciones en SICAVs, habida cuenta que las Instituciones de Inversión Colectiva constituyen unas entidades diseñadas con la finalidad de gestionar la inversión de patrimonios de forma colectiva. Dichas entidades persiguen incentivar el ahorro y fortalecer los mercados, especialmente el financiero y el inmobiliario, canalizando a nivel profesional hacia dichos mercados un ahorro que, por diversos motivos, permanece al margen de los mismos, pero en ningún caso suponen el ejercicio de actividad económica alguna.

Tal y como establecía el apartado 1º del art. 5 del RD 1704/1999, las Instituciones de Inversión Colectiva siempre tienen por objeto la gestión de un patrimonio mobiliario. Estas entidades presentan un régimen fiscal especial muy favorable, configurándose como los vehículos idóneos para la inversión colectiva. Esta circunstancia las hace incompatibles con el concepto de empresa familiar (que alude a una empresa en manos de un grupo reducido de personas con parentesco cercano) y con el de inversión en participaciones con intención de ejercer una actividad económica a través de participaciones significativas en acciones de otras empresas. Esto explica el último párrafo del art. 5.1 del RD 1704/1999, en el que se ordena que en ningún caso será de aplicación la exención a las participaciones en entidades de Inversión Colectiva.

La conclusión a asumir es la de que incluso bajo una interpretación estricta y literal del artículo 4.Ocho de la LIP en su redacción anterior a la Reforma de 2006, aún cuando en principio imposibilitase introducirse en la actividad desplegada por las sociedades participadas de segundo nivel para valorar la exención, sin embargo este principio encontraría como excepción absoluta el caso de las SICAVs, de cuya participación en ningún supuesto podría hacerse valer la exención tributaria sobre la que se debate, cualquiera que fuere el lugar de la cascada de participaciones en que la misma se revele, habida

cuenta de su específica naturaleza y del tratamiento especialmente favorable de que goza en el ámbito de otros tributos.

TERCERO.- En el tercero de los motivos se nos dice que la sentencia infringe los principios constitucionales de justicia tributaria e interdicción de la arbitrariedad (artículos 31 y 9 CE, respectivamente), al excluir del cálculo del valor de la participación en las Holdings de primer nivel que se beneficia de la exención el valor de las SICAVs participadas indirectamente por las mismas y en cambio no tomar en consideración para tal cálculo el valor de la participación en NH Hoteles, sobre la base de que tal participación se ostenta precisamente de forma indirecta a través de las SICAVs.

La sentencia recurrida, señala, en orden a denegar dicha pretensión, lo siguiente:

<<(…) Por lo que se refiere al segundo de los motivos de recurso - exención de la participación de LICIDIA, S.L. e INVERSIONES MENLLE, S.L. en NH HOTELES, S.A.- ya se advierte que debe resolverse en consonancia con cuanto venimos exponiendo, y reiterar lo ya señalado en relación con la inexistencia de exención en las participaciones en instituciones de inversión colectiva>>.

Y visto lo que hemos afirmado en el fundamento de derecho anterior, al considerar que de ningún modo una participación en una SICAV puede ser computada como valor para determinar el alcance de la exención, el aserto que hemos reproducido de la sentencia impugnada resulta jurídicamente irreprochable, a la vista de que la participación en NH Hoteles se ostenta por intermediación de una Institución de aquella naturaleza, que impide por eso que sea considerada a los efectos tributarios pretendidos,

Y lo mismo debe suceder en cuanto al cuarto motivo, en el que se denuncia la infracción de los principios de la buena fe y de la confianza legítima recogidos en el artículo 3 de la Ley 30/1992, en la medida en la que se había exigido al recurrente, en la aplicación de la exención, requisitos adicionales a los exigidos en el artículo 4.Ocho de la LIP.

El motivo, en efecto, es inviable porque hace supuesto de la cuestión, esto es, considera que su interpretación de la normativa aplicable era la correcta, para deducir a continuación la vulneración de los citados principios, cuando es así que precisamente el tema litigioso de fondo ha sido el de interpretar aquella normativa, que según nuestro criterio no es coincidente con el suyo y que en razón de ello impide extraer la consecuencia por él establecida de infracción de los principios de la buena fe y de la confianza legítima.

CUARTO.- La desestimación debe llevar aparejada la condena en costas, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 139.3 de la Ley de la Jurisdicción, limita los honorarios de las partes recurridas a la cifra máxima, entre ambas y por partes iguales, de seis mil euros.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del Pueblo español, nos confiere la Constitución,

F A L L A M O S

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 2689/2011 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Teresa Gamazo Trueba, en nombre y representación de don Amancio Ortega Gaona, contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de fecha 3 de marzo de 2011, dictada en el recurso contencioso-administrativo núm.16.929/2009, con imposición de costas a la parte recurrente y con la limitación indicada en el último de los Fundamentos de Derecho.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Rafael Fernández Montalvo

Emilio Frías Ponce

Angel Aguallo Avilés

José Antonio Montero Fernández

Ramón Trillo Torres

Juan Gonzalo Martínez Micó

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. RAMÓN TRILLO TORRES, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.