



Roj: **ATS 2045/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2045A**

Id Cendoj: **28079130012017200380**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2017**

Nº de Recurso: **163/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **MANUEL VICENTE GARZON HERRERO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUTO

En la Villa de Madrid, a 15 de marzo de 2017

HECHOS

PRIMERO.- 1. El procurador don Luis Pablo López-Abadía Rodrigo, en representación de Oro Efectivo, S.L., presentó el 9 de noviembre de 2016 escrito preparando recurso de casación contra la sentencia número 378/2016 dictada el 13 de septiembre anterior por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso 553/2015.

2. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como normas infringidas:

- El artículo 7, apartado 5, de la Norma Foral 3/1989, de 21 de marzo, del Territorio Histórico de Bizkaia, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Boletín Oficial de Bizkaia de 11 de abril) («NFITPAJD/1989») y el artículo 9, apartado 5, de la Norma Foral 1/2011, de 24 de marzo, del Territorio Histórico de Bizkaia, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (Boletín Oficial de Bizkaia de 31 de marzo) («NFITPAJD/2011»), que coinciden literalmente con el artículo 7 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (BOE de 20 de octubre) («LITPAJD»).

- También considera infringida la jurisprudencia contenida en la sentencias del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1996 (apelación 3646/1991; ES:TS:1996:171), 15 de diciembre de 2011 (casación para la unificación de doctrina 19/2009; ES:TS:2011:9172) y 16 de diciembre de 2011 (casación para la unificación de doctrina 5/2009; ES:TS:2011:9101). Cita además el auto del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2014 (casación en interés de la ley 2801/2014; ES:TS:2014:10384A), así como las sentencias de las siguientes salas de lo contencioso-administrativo:

- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala con sede en Sevilla, de 8 de octubre de 1997 (recurso 2465/1994; ES:TSJ AND:1997:312), 7 de diciembre de 2005 (recurso 997/2000; ES:TSJAND:2005:3753), 26 de septiembre de 2013 (recurso 904/2012; ES:TSJAND:2013:12841) y 2 de junio de 2014 (recurso 179/2013; ES:TSJAND:2014:5499).

- Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 21 de junio de 2007 (recurso 1444/2003; ES:TSJCAT:2007:7069) y 29 de junio de 2007 (recurso 1442/2003; ES:TSJCAT:2007:7106).

- Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 16 de diciembre de 2013 (recurso 178/2002; ES:TSJCV:2003:6995).

- Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 6 de mayo de 2015 (recurso 15428/2014; ES:TSJGAL:2015:3268).



- Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 4 de mayo de 2016 (recurso 374/2014; ES:TSJICAN: 2016:1011).
- Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala con sede en Valladolid, de 7 de julio de 2016 (recurso 342/2015; ES:TSJCL:2016:2742).

Menciona igualmente la resolución de 20 de octubre de 2016 (número 02568/2016/00/00) del Tribunal Económico-Administrativo Central («TEAC»), dictada para unificar criterio, la cual ha concluido que la compra a particulares de objetos usados de oro, plata y joyas por parte de quienes ostentan la condición de empresarios o profesionales queda fuera del ámbito tanto del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) como del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPAJD), modalidad transmisiones patrimoniales onerosas.

- Invoca el principio de neutralidad fiscal de la imposición indirecta en el tráfico mercantil, el cual se recoge en el párrafo 7 del Preámbulo de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (DOUE, de 11 de diciembre de 2006, serie L, número 347, página 1), y se explicita en la sentencia de 8 de mayo de 2008, *Ecotrade* (asuntos C-95/07 y C-96/07) [EU:C:2008:267].

- Considera vulnerado el artículo 3.c) del Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, aprobado por la Ley 12/2002, de 23 de mayo (BOE de 24 de mayo).

3.1. Razona que las infracciones que imputa a la sentencia son determinantes de su fallo y subraya que para la Sala de instancia la resolución administrativa recurrida no vulnera la doctrina legal del Tribunal Supremo: **(i)** porque una sola sentencia no se puede considerar jurisprudencia y **(ii)** porque un auto no produce efectos vinculantes fuera del proceso en que se emite.

3.2. Menciona que, para la Sala de instancia, aunque la sujeción de las operaciones de compra de oro, plata y joyas supone efectivamente una ruptura del principio de neutralidad fiscal, sin embargo, su aplicación ha de circunscribirse a las operaciones sometidas al IVA.

3.3. Subraya que la combinación de la sentencia que recurre y la resolución del TEAC de 20 de octubre de 2016 determinaría que las compras efectuadas por un empresario con domicilio fiscal en el País Vasco estuvieran sujetas y tributarán por un concepto distinto del de las realizadas por un empresario situado en el resto del territorio español, independientemente del lugar donde se hubieran efectuado tales compras.

4. Considera que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia por las siguientes razones:

4.1. La sentencia recurrida se aparta deliberadamente de la jurisprudencia existente por considerarla errónea [artículo 88.3.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de esta jurisdicción (BOE de 14 de julio) («LJCA»).

4.2. El Tribunal de instancia aplica normas de Derecho autonómico (los artículos 7, apartado 5, NFITPAJD/1989 y 9, apartado 5, NFITPAJD/2011) respecto de los que no existe jurisprudencia [artículo 88.3.a) LJCA].

4.3. La sentencia discutida fija, ante una situación igual, una interpretación de normas forales con el mismo contenido que el artículo 7 LITPAJD, que resulta contradictoria con la sostenida por otros órganos jurisdiccionales [artículo 88.2.a) LJCA].

4.4. La doctrina que sienta la sentencia de instancia afecta a un gran número de situaciones y trasciende al caso objeto del proceso [artículo 88.2.c) LJCA], como evidencian las sentencias ya citadas.

Afirma que el alcance general de la cuestión controvertida se evidencia además en el hecho de que el TEAC, en el marco de un procedimiento de adopción de resoluciones en unificación de criterio iniciado de oficio, ha dictado una resolución de 20 de octubre de 2016 (resolución 02568/2016/00/00), que cambia la posición adoptada en su previa resolución de 8 de abril de 2014 (resolución 00/5459/2013).

SEGUNDO.- La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 23 de noviembre de 2016, emplazando a la compañía recurrente, que ha comparecido ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo el 28 de diciembre de 2016, dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Vicente Garzon Herrero, Magistrado de la Sección

RAZONAMIENTOS JURIDICOS



PRIMERO.- 1. El escrito de preparación fue presentado en plazo (artículo 89.1 LJCA), la sentencia contra la que se dirige el recurso es susceptible de casación (artículo 86 LJCA, apartados 1 y 2) y Oro Efectivo, S.L., se encuentra legitimada para interponerlo, por haber sido parte en el proceso de instancia (artículo 89.1 LJCA).

2. En el escrito de preparación se acredita el cumplimiento de tales requisitos reglados, se identifican con precisión las normas forales literalmente coincidentes con las estatales y la jurisprudencia que se consideran infringidas, las cuales fueron tomadas en consideración en la sentencia, y se justifica que las infracciones que se le imputan han sido relevantes para adoptar el fallo impugnado [artículo 89.2 LJCA, letras a), b), d) y e)].

3. El repetido escrito fundamenta especialmente que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia porque la sentencia discutida: **(a)** se aparta deliberadamente de la jurisprudencia existente [artículo 88.3.b) LJCA], al considerar que la sentencia de 18 de enero de 1996 constituye un pronunciamiento aislado, que las de 15 y 16 de diciembre de 2011 no consolidan el criterio establecido en la mencionada de 1996 y que el auto de 13 de noviembre de 2014 carece de efectos vinculantes; **(b)** aplica normas de Derecho autonómico sobre las que no existe jurisprudencia [artículo 88.3.b) LJCA]; **(c)** fija, ante una situación igual, una interpretación del artículo 7, apartado 5, NFITPAJD/1989 y del artículo 9, apartado 5, NFITPAJD/2011, que coinciden literalmente con el artículo 7, apartado 5, LITPAJD, contradictoria con la sostenida por otros órganos jurisdiccionales [artículo 88.2.a) LJCA]; **(d)** sienta una doctrina que afecta a un gran número de situaciones y trasciende al caso objeto del proceso [artículo 88.2.c) LJCA]; y **(e)** se aparta deliberadamente de la jurisprudencia existente por considerarla errónea [artículo 88.3.b) LJCA].

SEGUNDO.- 1. La compañía mercantil recurrente considera que la sentencia que impugna infringe el artículo 7, apartado 5, NFITPAJD/1989 -derogado- y el artículo 9, apartado 5, NFITPAJD/2011 -vigente-, que coinciden literalmente con el artículo 7, apartado 5, LITPAJD, actualmente vigente. Todos ellos delimitan los actos sujetos a la modalidad transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

2. El artículo 7.5 NFITPAJD/1989 precisaba, en su primer párrafo, que «No estarán sujetas al concepto de "transmisiones patrimoniales onerosas" [...] las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido» y el artículo 9.5 NFITPAJD/2011 precisa, en su primer párrafo, que «No estarán sujetas al concepto de transmisiones patrimoniales onerosas [...] las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido». El artículo 7.5 LITPAJD tiene idéntica redacción: «No estarán sujetas al concepto de «transmisiones patrimoniales onerosas» [...] las operaciones enumeradas anteriormente cuando sean realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido [...]».

3. La cuestión que plantea el recurso de casación preparado coincide con la que se planteó en el RCA/28/2017, admitido por auto de 1 de marzo de 2017, y en el RCA/206/2016, admitido por auto de 8 de febrero de 2017; a saber: si, atendido el indicado marco normativo, la transmisión de metal precioso por un particular a un empresario o profesional del sector está o no sujeta al impuesto que grava las transmisiones patrimoniales onerosas.

4.1. La sentencia recurrida concluye que, siendo el transmitente un particular, la operación queda al margen del IVA, resultando sometida al ITPAJD. Se separa expresamente del criterio sentado en la citada sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1996 (apelación 3646/1991) en su fundamento de derecho séptimo, cuando ya era aplicable la normativa sobre el IVA aprobada en el año 1985 y teniendo a la vista una regulación del ITPAJD de igual contenido, conforme al cual, operaciones como la contemplada en la sentencia ahora recurrida no estaban sujetas a la modalidad transmisiones patrimoniales onerosas del ITPAJD. La razón de tal apartamiento estriba en que «no es posible concluir que esa solución constituya un criterio consolidado y constante de la jurisprudencia» [FJ Segundo].

4.2. Entiende que las posteriores sentencias del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2011 (casación para la unificación de doctrina 19/2009;) y 16 de diciembre de 2011 (casación para la unificación de doctrina 5/2009), arriba citadas, «carecen de relevancia en orden a ratificar y consolidar el criterio de la primera» [FJ Segundo].

4.3.1. Aduce finalmente, respecto del auto del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2014, también citado, que «por su propia naturaleza procesal e interlocutoria, no alcanza efectos externos vinculantes fuera del procedimiento en que se emitió, ni incide materialmente en la formación de la jurisprudencia sobre la cuestión»,



y razona que «[s]e alude a esa doctrina en un apartado final abundatorio o de *obiter dictum* sobre las razones de la inadmisión que la declara como existente, pero consideramos que no cabe reconocer en esa expresión formal, por explícita que resulte, el mecanismo de producción de doctrina legal vinculante» [FJ Segundo].

4.3.2. Conviene destacar que en ese auto la Sección Primera de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo acordó archivar el recurso de casación en interés de la ley 2801/2014, promovido por la Junta de Andalucía, entre otras razones porque sobre la no sujeción de operaciones como la litigiosa al ITPAJD existía ya doctrina legal, por haberse pronunciado el Tribunal Supremo en la repetida sentencia de 1996, «cuya doctrina considera vigente al reiterarse en otros pronunciamientos tales como las sentencias de 15 y 16 de diciembre de 2011 - recursos de casación para la unificación de doctrina 19/2009 y 5/2009, respectivamente-» (FJ 4º).

5. Varios tribunales superiores de justicia han llegado a una conclusión distinta, considerando que la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de enero de 1996 (apelación 3646/1991) ha de entenderse consolidada por los posteriores pronunciamientos ya referidos, decidiendo con tal sustento que operaciones como la litigiosa no están sujetas al ITPAJD, contrariamente a lo que decide la sentencia recurrida. Se trata, entre otras, de las siguientes sentencias:

- Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sección Cuarta) de 16 de julio de 2015 (recurso 195/2014; ES:TSJCV:2015:3706).

- Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sección Cuarta) de 6 de mayo de 2015 (recurso 15428/2014).

- Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sección Cuarta) de 18 de noviembre de 2015 (recurso 15300/2015; ES:TSJGAL:2015:3268).

- Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala con sede en Sevilla (Sección Segunda), de 25 de febrero de 2016 (recurso 227/2015; ES:TSJAND:2016:2667).

- Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala con sede en Valladolid (Sección Segunda), de 7 de julio de 2016 (recurso 342/2015; ES:TSJCL:2016:2742).

- Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Sala con sede en Santa Cruz de Tenerife (Sección Primera), de 20 de junio de 2016 (recurso 371/2014; ES:TSJICAN:2016:1252).

- Tribunal Superior de Justicia de Baleares (Sección Primera) de 24 de febrero de 2016 (recurso 80/2015; ES:TSJBAL:2016:97).

6. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sección 4ª), en sentencia de 27 de abril de 2016 (recurso 15639/2015; ES:TSJGAL:2016:2415), cambió expresamente de criterio, manteniendo la tesis de la aquí recurrida.

7. Por su parte, el Tribunal Económico-Administrativo Central, en resolución de 20 de octubre de 2016 (número 02568/2016/00/00) dictada para unificar criterio, ha concluido que la compra a particulares de objetos usados de oro y otros metales por parte de quienes ostentan la condición de empresarios o profesionales queda fuera del ámbito tanto del IVA como del ITPAJD, modalidad transmisiones patrimoniales onerosas.

8. Todo lo anterior evidencia que, como acontecía en el RCA/28/2017 y en el RCA/206/2016, admitidos por autos de esta misma Sección de 1 de marzo de 2017 y 8 de febrero de 2017, respectivamente, la sentencia recurrida fija, ante la misma cuestión (la transmisión de metal precioso por un particular a un empresario o profesional del sector), una interpretación de los preceptos que sustentaron su fallo, los artículos 7, apartado 5, NFITPAJD/1989 y 9, apartado 5, NFITPAJD/2011 [que coinciden literalmente con el artículo 7, apartado 5, LITPAJD], contraria a la del Tribunal Supremo y a la de otros tribunales superiores de justicia, por lo que ha de concluirse que también el presente recurso de casación presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia [artículo 88.2.a) LJCA].

9. La concurrencia de interés casacional objetivo por la razón expuesta hace innecesario determinar si concurren las otras cuatro alegadas por la entidad recurrente en el escrito de preparación del recurso para justificar su admisión.

TERCERO.- En virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el artículo 90.4 LJCA, procede admitir este recurso de casación, cuyo objeto será, por presentar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, determinar si, en interpretación del artículo 7, apartado 5, NFITPAJD/1989 y del artículo 9, apartado 5, NFITPAJD/2011 [que coinciden literalmente con el artículo 7, apartado 5, LITPAJD], la transmisión de metales preciosos por un particular a un empresario o profesional del sector está o no sujeta al ITPAJD, en su modalidad transmisiones patrimoniales onerosas.



CUARTO.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 LJCA, y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 LJCA, remitiéndolas a la Sección Segunda de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por todo lo anterior,

La Sección de Admisión acuerda:

1º) Admitir el recurso de casación RCA/163/2016, preparado por el procurador don Luis Pablo López-Abadía Rodrigo, en representación de Oro Efectivo, S.L., contra la sentencia dictada el 13 de septiembre de 2016 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso 553/2015.

2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en: Interpretando el artículo 7, apartado 5, de la de la Norma Foral 3/1989, de 21 de marzo, del Territorio Histórico de Bizkaia, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y el artículo 9, apartado 5, de la homónima Norma Foral 1/2011, de 24 de marzo, del Territorio Histórico de Bizkaia [que coinciden literalmente con el artículo 7 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (BOE de 20 de octubre)], determinar si la transmisión de metales preciosos por un particular a un empresario o profesional del sector está o no sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad transmisiones patrimoniales onerosas.

3º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Segunda de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

Así lo acuerdan y firman. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez, presidente Manuel Vicente Garzon Herrero Segundo Menendez Perez Octavio Juan Herrero Pina Eduardo Calvo Rojas Joaquin Huelin Martinez de Velasco Diego Cordoba Castroverde Jose Juan Suay Rincon Jesus Cudero Blas