



Roj: **ATS 2064/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2064A**

Id Cendoj: **28079130012017200393**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2017**

Nº de Recurso: **167/2016**

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 Juan Lage Fernández-Cervera, en representación de COGO, S.A., presentó el 26 de octubre de 2016 escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2016 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso 15679/2015, sobre liquidación del impuesto sobre el valor añadido [«IVA»], segundo trimestre de 2008 a cuarto trimestre de 2010, e imposición de sanción por la comisión de infracciones tributarias muy graves.

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

2.1. El artículo 150.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre) [«LGT/2003»], en relación con el artículo 66.a) de dicha ley.

2.2. El artículo 10.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio) [«LOPJ»], el artículo 137.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre) [«LRJPAC»], y las sentencias de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2016 (casación para la unificación de doctrina 1287/2015, ES:TS:2016:4504), 1 de julio de 2010 (casación 8376/2004, ES:TS:2010:5051) y 30 de noviembre de 2009 (casación 7440/2003, ES:TS:2009:8333), y la sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1996 (casación 8100/1994, ES:TS:1996:2532).

2.3. El artículo 14.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE de 14 de julio) [«LJCA»], en conexión con el artículo 11.1 LOPJ, y las « sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2003 (Aranzadi 3736), 30 de octubre de 2008 (Aranzadi 7000), 25 de junio de 2009 (Aranzadi 2010, 199), 23 de abril de 2010 (Aranzadi 3636, 3637, 3638, 3639, 4721), 24 de abril de 2010 (Aranzadi 3640), 30 de septiembre de 2010 (Aranzadi 7097, 7098, 6907, 7096) y 22 de noviembre de 2010 (Aranzadi 2011, 1018)».

2.4. El artículo 14.2 LJCA, en conexión con el artículo 11.1 LOPJ, y las « sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2003 (Aranzadi 3736), 30 de octubre de 2008 (Aranzadi 7000), 25 de junio de 2009 (Aranzadi 2010, 199), 23 de abril de 2010 (Aranzadi 3636, 3637, 3638, 3639, 4721), 24 de abril de 2010 (Aranzadi 3640), 30 de septiembre de 2010 (Aranzadi 7097, 7098, 6907, 7096) y 22 de noviembre de 2010 (Aranzadi 2011, 1018)».

2.5. El artículo 18.2 de la Constitución española [«CE»], en relación con el artículo 11.1 LOPJ.

2.6. El artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil (BOE de 8 de enero) [«LEC»], en relación con el artículo 24.1 CE.



2.7. El artículo 14 CE.

2.8. El artículo 53 LGT/2003.

2.9. El artículo 1.228 del Código Civil.

2.10. El artículo 78.Uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE de 29 de diciembre) [«LIVA»].

3. Razona que tales infracciones han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución recurrida.

3.1. La infracción del artículo 150.1 LGT/2003, en relación con el artículo 66.a) de dicha ley, producida porque la sentencia impugnada entiende que el inicio de las mismas se corresponde con el momento de notificación del acuerdo de inicio y no desde el comienzo real de dichas actuaciones inspectoras, que tuvo lugar -dice la entidad recurrente- antes de la comunicación de la citación de inicio, al no considerar prescrito el derecho a liquidar determinados períodos, como efecto inducido de la superación del plazo máximo de duración de las actuaciones inspectoras.

3.2. La infracción de los artículos 10.2 LOPJ y 137.2 LRJPAC y «jurisprudencia citada» (sic), producida por no apreciar el principio de prejudicialidad penal, conforme al cual, en tanto no recaiga una sentencia firme en un proceso penal, no cabe que la Administración practique una liquidación tributaria ni tampoco que imponga sanciones tributarias, por los mismos hechos pendientes de sentencia penal firme, porque no anula las liquidaciones y sanciones de las que trae causa el litigio.

No comparte el razonamiento efectuado por la Sala de instancia para justificar su decisión, que resume en la reproducción de los dos siguientes pasajes de la sentencia que impugna: «147 de los vendedores firmaron actas de conformidad asumiendo la existencia de ventas en B y este es un dato que no es posible que se declare como no existente en la sentencia penal» y «[n]o existía razón legal que impusiera que la Inspección suspendiera las actuaciones contra los vendedores hasta la firmeza de las actuaciones penales».

3.3. Las infracciones de los artículos 14.1 y 14.2 LOPJ, en relación con el artículo 11.1 LOPJ, y de la «jurisprudencia citada» (sic), producidas porque en la sentencia recurrida no se estudia la posible incompetencia del juzgado de lo contencioso-administrativo de Vigo que autorizó la entrada en el domicilio de Marín de la Cooperativa del Mar San Miguel, solicitada por el delegado especial de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria de Galicia, con sede en A Coruña, considerando que el único titular del derecho fundamental del artículo 18.2 CE afectado por esa resolución judicial es la mencionada cooperativa, y negando así que los armadores que tenían depositada en el domicilio de la cooperativa documentación contable puedan cuestionar la competencia territorial del juez para autorizar la entrada.

3.4. La infracción del artículo 18.2 CE, producida porque la Sala de instancia yerra cuando considera que los armadores no son, en este caso, titulares del derecho fundamental del artículo 18.2 CE y, siendo esto así, que el auto por el que se autorizó la entrada y registro no es el término de comparación válido para avalar el uso que pudiera hacerse de la documentación aprehendida, legitimando su uso por la Administración tributaria al margen del conocimiento del juez que autorizó la entrada y registro, puesto que con esa decisión la Sala de instancia desconoce que esa puesta en conocimiento era necesaria, dado que: (i) el lugar donde una empresa tiene su documentación contable también es su domicilio, aunque ese lugar sea el domicilio de otra empresa, y (ii) el auto judicial no autorizaba para la obtención de información relativa a los armadores relacionados con la Cooperativa del Mar San Miguel.

3.5. La infracción del artículo 218 LEC, en relación con el artículo 24.1 CE, ocasionada por la ilógica motivación de la sentencia recurrida en dos extremos: (i) cuando no aplica el principio de prejudicialidad penal, con el argumento de que la futura sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra es imposible que declare que no hubo ventas en «B», cuando ciento cuarenta y siete armadores firmaron actas de conformidad reconociéndolas, obviando que la ley dispone que los hechos debe establecerlos una sentencia penal firme, y (ii) cuando interpretando la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [«TJUE»] de 7 de noviembre de 2013, Tulic# y Plavo#in (asuntos acumulados C-249/12 y C-250/12, EU:C:2013:722), para precisar cuál sería la base imponible del IVA en las ventas imputadas, entiende que dicha sentencia resuelve supuestos de compras legales en las que no se diferencia el precio y los impuestos, cuando de su contenido no se deduce tal cosa.

3.6. La infracción del artículo 14 CE, porque «[e]n el escrito de demanda citamos unas sentencias del TSJ de Galicia, en las que el tribunal, ante unos hechos iguales a los contemplados por la sentencia impugnada, aplicó el principio de prejudicialidad penal, pero la sentencia impugnada hace caso omiso de esas sentencias» (sic).



3.7. La infracción del artículo 53 LGT/2003, porque «[e]n la demanda entendimos que la Inspección no pudo determinar las base o cuotas en régimen de estimación directa, por lo que procedía la estimación indirecta» y «[l]a sentencia del TSJ rechaza la aplicación del régimen de estimación indirecta: "El recurrente sostiene que procedía la aplicación del régimen de estimación indirecta; debemos rechazar este motivo"» (sic).

3.8. La infracción del artículo 1.228 del Código Civil, porque la sentencia impugnada no admite la deducción de los gastos que constan en los documentos privados aprehendidos y, suponiendo que esos papeles reflejaran auténticas ventas, en aplicación de ese precepto deberían haberse tomado en su totalidad, admitiendo los gastos que reflejan.

3.9. Finalmente, la infracción del artículo 78.Uno LIVA, porque la Sala de instancia considera en la sentencia recurrida que en la contraprestación supuestamente percibida no está incluido el IVA, de modo que no procedía excluirlo para determinar la base imponible de ese impuesto.

4. Tras afirmar que las normas infringidas forman parte del Derecho estatal, sostiene que las infracciones denunciadas presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.

4.1. Respecto de la infracción del artículo 150.1 LGT/2003, en relación con el artículo 66.a) de dicha ley, entiende conveniente que el Tribunal Supremo dicte una sentencia que establezca jurisprudencia, diciendo que la fecha de comienzo de las actuaciones inspectoras es la de su comienzo efectivo.

Considera que concurren dos circunstancias de interés casacional objetivo de las enumeradas en el artículo 88.2 LJCA: la de la letra a), porque la sentencia impugnada contradice el criterio establecido por la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 2014 (casación 16/2012, ES:TS:2014:2112), y la de la letra c), porque pueden ser numerosos los casos en que la Inspección de los Tributos realiza actuaciones previas al inicio formal de la comprobación, siendo conveniente distinguir aquellas que forman parte del proceso de selección del contribuyente de aquellas que constituyen auténticas actuaciones de comprobación, pero que son realizadas al margen del plazo formal de la actuación inspectora.

Estima que también concurre el supuesto de presunción de interés casacional objetivo del artículo 88.3.a) LJCA, habida cuenta de que la referida sentencia del Tribunal Supremo es una sentencia aislada y, por tanto, que sobre la cuestión no existe jurisprudencia.

4.2. Tratándose de la infracción de los artículos 10.2 LOPJ y 137.2 LRJPAC y de la jurisprudencia que menciona (véase el apartado 2.2 del Hecho primero), considera conveniente que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre el principio de prejudicialidad penal y declare que la Administración tributaria debe abstenerse de liquidar si los mismos hechos están pendientes de una sentencia penal firme, incumbiendo únicamente al tribunal de lo contencioso-administrativo estudiar si son los mismos hechos, «lo que en ningún momento pone en duda el TSJ de Galicia» (sic), y, en tal caso, anular la liquidación y la sanción, por haber sido dictadas prematuramente.

Concurren en tal cuestión, a su juicio, las circunstancias de interés casacional objetivo de los apartados a), b) y c) del artículo 88.2 LJCA:

- La de la letra a), porque la sentencia impugnada interpreta la prejudicialidad penal de una manera diferente a las sentencias que relaciona [del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de distintos Tribunales Superiores de Justicia], en las que se afirma, dice la entidad recurrente, lo que sigue: «la Administración no puede practicar liquidaciones ni sancionar si los mismos hechos están pendientes de una sentencia penal firme; lo que ha de ser así -añaden algunas- aunque los sujetos de los dos procedimientos no sean los mismos».

La de la letra b), porque la doctrina sentada por la sentencia recurrida es gravemente dañosa para los intereses generales: «el principio de prejudicialidad penal es fundamental, ya que es inaceptable que los mismos hechos puedan no ser los mismos para dos órganos del Estado».

- Y la de la letra c), porque la doctrina sentada por la sentencia recurrida puede afectar a muchas situaciones, no sólo a los armadores que recurrieron sus liquidaciones como consecuencia de la comprobación de la Cooperativa del Mar San Miguel, sino a otras similares, como los casos de facturas falsas.

4.3. En lo que atañe a las infracciones de los artículos 14.1 y 14.2 LJCA, en relación con el artículo 11.1 LOPJ, y la jurisprudencia citada (véanse los apartados 2.3 y 2.4 del Hecho primero), opina que el interés casacional presente es el de la letra c) del artículo 88.2 LJCA, por ser cada vez más frecuente que los órganos de la Administración tributaria inicien sus actuaciones personándose sin previo en el domicilio de los obligados tributarios, resultando fundamental que se cumplan los requisitos que la ley establece para la autorización judicial de entrada y de registro del domicilio y, en particular, los relativos a la competencia del juzgado de lo contencioso-administrativo.



4.4. En relación con la infracción del artículo 18.2 CE, al ser precisa la formación de jurisprudencia, conforme a la cual, si la Inspección, provista de un auto judicial para la entrada en el domicilio de una empresa, que le autoriza a la comprobación de los impuestos debidos por esa empresa, descubre documentos de otros sujetos pasivos, los cuales pretende utilizar para regularizar sus impuestos, debe informar al juez de dicho descubrimiento.

Sostiene que la restricción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio que mantiene la sentencia recurrida, cuando considera que no son titulares de ese derecho fundamental las empresas cuyo domicilio «oficial» no es el que motiva la entrada y registro, aunque en el mismo tengan documentos contables, tiene interés casacional objetivo, ya que está en juego la determinación de quienes son los titulares de un derecho fundamental [artículo 88.2.b) LJCA] y afecta a un gran número de contribuyentes que tienen depositados sus libros o documentación en gestorías y asesorías, así como en los despachos de abogados [artículo 88.2.c) LJCA].

4.5. Defiende que el interés casacional de la infracción del artículo 218 LEC, en relación con el artículo 24.1 CE, se encuentra en que: «El Poder Judicial es uno de los tres poderes del Estado. Se expresa mediante sentencias, las cuales deben estar motivadas de una manera lógica. Cuando esa motivación es ilógica o irracional no se da satisfacción al principio supremo de la Justicia».

4.6. Justifica el interés casacional de la infracción del artículo 14 CE como sigue: «La confianza de los ciudadanos en la Justicia exige conocer que sus casos son tratados de la misma manera que otros iguales. Resulta conveniente que el Tribunal Supremo sienta doctrina en el sentido de que en el caso de que las secciones de los tribunales apliquen criterios distintos en casos aparentemente iguales a otros resueltos por esas mismas secciones deben señalar las diferencias entre unos y otros, en el caso de que las sentencias de contraste hayan sido invocadas por el demandante».

4.7. En relación con la infracción del artículo 53 LGT/2003, aduce que la determinación de la base imponible, en cuanto es expresión de la capacidad económica de los contribuyentes, resulta fundamental; especialmente en el caso de los impuestos que gravan la renta. Debe rechazarse, dice, que «la deducción de gastos exige siempre su justificación, pues tal criterio equivale a entender que la estimación indirecta sólo se extiende a los ingresos».

4.8. Tratándose de la infracción del artículo 1.228 Código civil, afirma que «[e]ste artículo establece un principio básico en materia de prueba, cuya inobservancia puede producir el resultado de dar por probado lo que no es cierto. Dada la cantidad de documentos privados que tienen efectos probatorios tiene un interés casacional objetivo precisar que su valor probatorio se extiende a todo su contenido, beneficie o perjudique a la parte que lo pretenda» (sic).

4.9. Finalmente, en lo que atañe a la infracción del artículo 78.Uno LIVA, razona que la sentencia recurrida interpreta la norma reguladora de la base imponible del IVA en sentido diferente a como deriva de la sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2013, Tulic# y Plavo#in, cuando interpreta los artículos 73 y 78 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), lo que determina la presencia de las circunstancias de interés casacional de los apartados a) y f) del artículo 88.2 LJCA. Añadiendo a continuación que el asunto afecta además a un gran número de situaciones [artículo 88.2.c) LJCA], ya que en la práctica es frecuente que la Inspección de los Tributos descubra cantidades recibidas por las empresas mercantiles sin haber repercutido el IVA; de manera que debe aclararse cuál es en tales casos la base imponible: la cantidad recibida o el resultado de dividirla por uno más el tipo de gravamen correspondiente.

SEGUNDO.- La Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 29 de noviembre de 2016, habiendo comparecido la entidad recurrente ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo el 7 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 COGO, S.A., se encuentra legitimada para prepararlo, 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 del ordenamiento jurídico estatal que fueron alegadas en la demanda y tomadas en



consideración por la Sala de instancia, salvo claro está los artículos 14 y 24.1 CE, así como el 218 LEC, ya que la infracción de estos preceptos (véanse los apartados 3.5 y 3.6 del Hecho Primero), por su propia naturaleza, no pudo ser denunciada antes. También se justifica que las infracciones imputadas a la sentencia han sido relevantes para adoptar el fallo impugnado -la justificación es llamativamente lacónica para algunas de esas infracciones (véanse, en particular, los apartados 3.6 y 3.7 del Hecho Primero) pero aun así suficiente- [artículo 89.2 LJCA, letras a), b), d) y e)].

SEGUNDO.- De las diez infracciones que se identifican en el escrito de preparación, esta Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo aprecia la presencia de interés casacional objetivo en la última de ellas, la del artículo 78.Uno LIVA, por concurrir la circunstancia del artículo 88.2.f) LJCA, como seguidamente razonamos, lo que determina la admisión a trámite de este recurso de casación, obligándonos a precisar la cuestión o cuestiones con interés casacional y a identificar la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación [artículo 90, apartados 3.a) y 4, LJCA].

TERCERO.- 1. La entidad recurrente aduce que la sentencia recurrida interpreta la norma reguladora de la base imponible del IVA en sentido diferente a como deriva de la sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2013, Tulic# y Plavo#in, cuando interpreta los artículos 73 y 78 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, lo que determina que la presencia de las circunstancias de interés casacional de los apartados a) y f) del artículo 88.2 LJCA. Añadiendo a continuación que el asunto afecta además a un gran número de situaciones [artículo 88.2.c) LJCA], ya que en la práctica es frecuente que la Inspección de los Tributos descubra cantidades recibidas por las empresas mercantiles sin haber repercutido el IVA; de manera que debe aclararse cuál es en tales casos la base imponible: la cantidad recibida o el resultado de dividirla por uno más el tipo de gravamen correspondiente.

2. La presencia en esta infracción de la circunstancia de interés casacional de la letra f) del artículo 88.2 LJCA nos parece clara, porque, como alega la entidad recurrente, sostener la inaplicación al caso de autos de la doctrina sentada por el TJUE en la sentencia de 7 de noviembre de 2013, Tulic# y Plavo#in, porque allí se estaba ante compras legales y aquí se está ante ventas ocultas -en las que la voluntad de las partes fue realizarlas al margen de la legalidad y, por tanto excluirlas de la carga del IVA; carga que ahora no puede jugar en su beneficio, dice la Sala de instancia-, supone interpretarla en aparente contradicción con su contenido y doctrina.

3. En efecto, la lectura de la precitada sentencia del TJUE desvela: (i) que los sujetos afectados, la Tulic# y Plavo#in, ocultaron íntegramente a la Administración tributaria la realización de una actividad económica, no sólo una parte de la actividad económica realizada como aquí acontece, y (ii) que la voluntad de las partes de ocultar a la Administración tributaria las operaciones no determinó la doctrina que sienta; a saber: «La Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, en particular sus artículos 73 y 78, deben interpretarse en el sentido de que, cuando las partes han establecido el precio de un bien sin ninguna mención del impuesto sobre el valor añadido y el vendedor de dicho bien es el deudor del impuesto sobre el valor añadido devengado por la operación gravada, este último impuesto debe considerarse ya incluido en el precio pactado si el vendedor carece de la posibilidad de recuperar del adquirente el impuesto sobre el valor añadido reclamado por la Administración Tributaria».

4. Los siguientes apartados de esa sentencia del TJUE de 7 de noviembre de 2013, Tulic# y Plavo#in, evidencian la certeza de lo afirmado:

«10. La Sra. Agustina # y el Sr. Segundo #in celebraron numerosos contratos de compraventa de bienes inmuebles, a saber, respectivamente, ciento treinta y cuatro contratos durante el período comprendido entre 2007 y 2008 y quince contratos entre 2007 y 2009.

11. En la celebración de dichos contratos de compraventa, la Sra. Agustina # y el Sr. Segundo #in no dispusieron nada respecto del IVA.

12. Una vez concluidas tales operaciones, la Administración Tributaria comprobó, a raíz de varias inspecciones, que la actividad desarrollada por la Sra. Agustina # y por el Sr. Segundo #in presentaba las características de una actividad económica.

13. En consecuencia, la Administración Tributaria, de oficio, calificó tanto a la Sra. Agustina # como al Sr. Segundo #in de sujetos pasivos del IVA y practicó sendas liquidaciones en las que les exigió el pago del IVA, calculado, por una parte, sumando su importe al precio pactado por las partes contratantes y, por otra parte, añadiendo los recargos de mora.

[...]



29. Tanto la Sra. Agustina # y el Sr. Segundo #in como la Comisión Europea consideran, en esencia, que el IVA es, por definición, un impuesto sobre el consumo que debe soportar el consumidor final y que, por tanto, no puede correr por cuenta del proveedor. En consecuencia, sostienen que el IVA debe ser un componente del precio y no un elemento que se añade a este último.

30. El Gobierno rumano estima, en esencia, que al tener la contraprestación obtenida por el proveedor un valor subjetivo, para su determinación procede remitirse a la voluntad de las partes y considerar que tal contraprestación está constituida por el importe que el proveedor pretendía recibir y el adquirente estaba dispuesto a pagar. Dicho importe corresponde, en el caso de autos, al precio fijado en el contrato, sin deducción del IVA.

31. El Gobierno rumano añade que si se considerara que la contraprestación debía estar constituida por el precio del bien entregado, deducido el importe del IVA, el proveedor tendría una ventaja frente a sus competidores, lo que sería contrario al principio de la neutralidad del IVA y podría favorecer irregularidades como las cometidas por los vendedores en el litigio principal.

[...]

35. Ahora bien, cuando un contrato de compraventa se ha celebrado sin mención del IVA, considerar la totalidad del precio, sin deducción del IVA, como la base a la que se aplica el IVA tendría como consecuencia, en el supuesto de que el Derecho nacional no permita al vendedor recuperar del adquirente el IVA posteriormente exigido por la Administración Tributaria, que el IVA gravaría a dicho vendedor, en contra del principio de que el IVA es un impuesto sobre el consumo que debe soportar el consumidor final.

[...]

41. En la medida en que el Gobierno rumano sostiene que una regla como la controvertida en el litigio principal tiene como efecto evitar las irregularidades, cabe señalar que cada Estado miembro es competente para adoptar todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para garantizar que el IVA se perciba íntegramente y para luchar contra el fraude y está obligado a adoptar tales medidas (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, apartado 25 y la jurisprudencia citada).

42. Sin embargo, tales medidas no deben ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido (sentencia de 12 de julio de 2012, EMS-Bulgaria Transport, C-284/11, apartado 67 y la jurisprudencia citada). Ahora bien, precisamente esto sucedería con la regla controvertida en el litigio principal si resultara que da lugar a una situación en la que el IVA grava al proveedor y que, por ello, no se percibe de forma compatible con el principio básico del sistema del IVA [...].

43. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la cuestión prejudicial que la Directiva IVA, en particular sus artículos 73 y 78, deben interpretarse en el sentido de que, cuando las partes han establecido el precio de un bien sin ninguna mención del IVA y el vendedor de dicho bien es el deudor del IVA devengado por la operación gravada, el IVA debe considerarse ya incluido en el precio pactado si el vendedor carece de la posibilidad de recuperar del adquirente el IVA reclamado por la Administración Tributaria».

Concurriendo, pues, la circunstancia de interés casacional del artículo 88.2.f) LJCA, resulta innecesario pronunciarnos sobre el resto de las invocadas por la entidad recurrente para justificar el interés casacional objetivo de esta misma infracción jurídica.

CUARTO.- 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, el artículo 78.Uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, en conexión con los artículos 73 y 78 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, y la interpretación que de estos preceptos hace la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de noviembre de 2013, Agustina # y Segundo #in, asuntos acumulados C-249/12 y C-250/12, en los casos en que la Inspección de los Tributos descubra operaciones ocultas no facturadas, permite entender incluido en el precio pactado entre las partes el impuesto sobre el valor añadido, a la hora de determinar la base imponible que corresponda a esas operaciones en este impuesto.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del Consejo General del Poder Judicial, en la sección correspondiente al Tribunal Supremo.

SEXTO.- 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/167/2016, preparado por COGO, S.A., mediante escrito presentado el 26 de octubre de 2016, por el procurador don Juan Lage Fernández- Cervera, contra la sentencia dictada el 28 de septiembre de 2016 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el recurso 15679/2015.

2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en: determinar, si el artículo 78.Uno de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, en conexión con los artículos 73 y 78 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 la interpretación que de estos preceptos hace la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de noviembre de 2013, Tulic# y Plavo#in, asuntos acumulados C-249/12 y C-250/12, en los casos en que la Inspección de los Tributos descubra operaciones ocultas no facturadas, permite entender incluido en el precio pactado entre las partes el impuesto sobre el valor añadido, a la hora de determinar la base imponible que corresponda a esas operaciones en este impuesto.

3º) Publicar este auto en la página web del Consejo General del Poder Judicial, sección correspondiente al 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