



Roj: **STSJ ICAN 1204/2015 - ECLI: ES:TSJICAN:2015:1204**

Id Cendoj: **38038330012015100150**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Santa Cruz de Tenerife**

Sección: **1**

Fecha: **25/09/2015**

Nº de Recurso: **378/2014**

Nº de Resolución: **275/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA DEL PILAR ALONSO SOTORRIO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

?

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA

Plaza San Francisco nº 15

Santa Cruz de Tenerife

Teléfono: 922 479 385

Fax.: 922 479 424

Procedimiento: Procedimiento ordinario

Nº Procedimiento: 0000378/2014

NIG: 3803833320140000497

Materia: Administración tributaria

Resolución: Sentencia 000275/2015

Intervención: Interviniente: Procurador:

Demandante Marí Trini SONIA GONZALEZ GONZALEZ

Demandado TRIBUNAL ECONÓMICO ADMINISTRATIVO REGIONAL DE CANARIAS

Codemandado CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA

SENTENCIA

Ilmo. Sr. Presidente Don Pedro Hernández Cordobés

Ilmo. Sr. Magistrado Don Rafael Alonso Dorronsoró

Ilma. Sra. Magistrado Doña María del Pilar Alonso Sotorrío (Ponente)

En Santa Cruz de Tenerife a 25 de septiembre de 2015, visto por esta Sección Primera de la SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANARIAS, con sede en Santa Cruz de Tenerife, integrada por los Señores Magistrados anotados al margen, el recurso Contencioso-Administrativo seguido con el nº 378/2014, interpuesto por Marí Trini , representado/a por el Procurador de los Tribunales Don/ña Sonia González González y dirigido/a por el Abogado Don/ña Carlos Cabrera Padrón, habiendo sido parte como Administración demandada TEAR y en su representación y defensa el Abogado del Estado, habiendo intervenido como Administración codemandada CONSEJERÍA DE ECONOMÍA Y HACIENDA actuando bajo la representación y defensa del Letrado de sus Servicios Jurídicos, se ha dictado EN NOMBRE DE S.M. EL REY, la presente sentencia con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: Pretensiones de las partes y hechos en que las fundan

A.- Por el TEAR de Canarias, sala de Santa Cruz de Tenerife se dictó resolución de fecha 30 de septiembre del 2014 por la que se inadmitió la reclamación económica administrativa interpuesta frente al acuerdo de fecha 1 de octubre del 2012 dictado por la ATC que desestimaba su solicitud de rectificación y a devolución de ingresos indebidos en relación a las autoliquidaciones presentadas por el concepto de TPO .

B.- La representación de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo, formalizando demanda con la solicitud de que se dictase sentencia en virtud de la cual, estimando en todas sus partes el recurso, se declare la anulación de la resolución impugnada ordenado la rectificación y devolución de los ingresos indebidos, con expresa condena en costas a la administración demandada.

C.- La representación procesal de la Administración demandada y codemandada se opusieron a la pretensión de la actora e interesaron que se dictase sentencia por la que se desestimase el recurso interpuesto por ajustarse a Derecho el acto administrativo impugnado, condenando en costas a la recurrente.

SEGUNDO: Pruebas propuestas y practicadas

Recibido el juicio a prueba se practicó la propuesta y admitida con el resultado que consta en las actuaciones.

TERCERO: Conclusiones, votación y fallo

Practicada la prueba y puesta de manifiesto, las partes formularon conclusiones, quedando las actuaciones pendientes de señalamiento para la votación y fallo, teniendo lugar la reunión del Tribunal en el día de hoy, habiéndose observado las formalidades legales en el curso del proceso, dándose el siguiente resultado y siendo ponente el Ilmo. Sra. Magistrado Doña María del Pilar Alonso Sotorrío que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Objeto del recurso

Constituye el objeto del presente recurso examinar la adecuación o no a derecho de la resolución de fecha 30 de septiembre del 2014, dictada por el TEAR, por la que se inadmitió la reclamación económica administrativa interpuesta frente al acuerdo de fecha 1 de octubre del 2012 dictado por la ATC que desestimaba su solicitud de rectificación y a devolución de ingresos indebidos en relación a las autoliquidaciones presentadas por el concepto de TPO .

La representación procesal de la parte actora postula la nulidad de dichos actos por las consideraciones siguientes:

la operación declaradas son efectuadas por particulares a favor de un profesional en el ejercicio de su actividad mercantil y consiste en la reventa de productos adquiridos.

Dicha operación no esta sujeta conforme al RDL 1/93 en su art. 7,5 y 8 a).

existe reiterada jurisprudencia del TS sobre esta materia, entre otras la sentencia de 18/1/96 , seguida por diversos TSJ.

Aun cuando la sentencia del TS recayó bajo la vigencia del RDL 3050/1980 la redacción de su art. 7 es similar a la del RDL 1/93 en el art 7.

la Sentencia del TS de 10/12/2009 pone de relieve que la condición de sujeto pasivo no necesariamente coincide con el parámetro de referencia para la sujeción non o al impuesto.

La sentencia del TS de 16/12/2011 salva expresamente la doctrina de la anterior de 1996.

La Administración demandada contesta a la demanda solicitando su desestimación por entender que: procede reiterar los fundamentos de la resolución impugnada.

La Administración codemandada contesta a la demanda solicitando su desestimación por entender que:

la resolución es ajustada a derecho procediendo reiterare lo señalado por la ATC en el expediente administrativo.

La resolución del TEAR inadmite por extemporáneo dada la notificación edictal.

Aun habiendo entrado en el fondo el TEAR lo hubiera desestimado tal como se pone de manifestó por la resolución de 8/4/2014 del TEAR Central en recurso extraordinario de alzada en unificación de criterio.



La existencia de una sola sentencia del TS, la del 96, no sirve para completar el ordenamiento, en todo caso recayó en aplicación de una legislación derogada.

Dicha interpretación ha sido posteriormente corregida por el propio TS.

No cabe acudir a la regulación del IVA que no es de aplicación en Canarias, sino el IGIC, siendo precisamente la gran diferencia entre una y otra regulación del tratamiento del comerciante minorista.

No resulta de aplicación la sentencia aportada del TSJ de Andalucía, Sevilla que mantiene criterio distinto a otros TSJ.

La posición de la ATC se encuentra amparada en sentencias del TS y de diversos TSJ, así como del TEAR Central.

Las operaciones quedan sujetas al TPO por que el transmiten es un particular sin que dependa de que el sujeto pasivo sea o no un empresario o profesional tal como señala el TS en sentencia de 10/12/2010 , y que ha sido seguido por la Sala en sentencia e 20/9/2013 recaída en el recurso 468/2011 .

la sentencia del TS 10/12/2009 implicó cambio de doctrina frente a la del 96, y es reiterado por la de 11/11/2011 15 y 16 de diciembre del 2011.

existe igualmente consulta vinculante V1066-11 de 26 de abril, de la Subdirección General del Impuesto de Patrimonio, Tasas y PP del M^a de Hacienda y Administraciones Públicas.

Igualmente la resolución del TEAR Central de 8/4/2014.

SEGUNDO: La resolución impugnada declara la inadmisibilidad de la reclamación económico administrativa interpuesta por extemporaneidad, dado que dictada la resolución por la ATC el 1 de octubre del 2012 e intentada su notificación en el domicilio señalado resultó desconocido, por lo que se acudió a su notificación mediante anuncio publicado en el BO de Canarias del día 5 de diciembre del 2012, entendiéndose notificada la resolución el 21 de diciembre de dicho año, por lo que la rea presentada el día 22 de abril del 2013 resulto extemporánea.

Alega frente a ello la recurrente en su escrito de demanda que la notificación es nula habiendo incumplido lo establecido en el art. 59,2 de la Ley 30/1992 , dado que solo hubo un intento de notificación frente a la propuesta de resolución que se intentó por cuatro veces hasta que se obtuvo la notificación de la misma, debiendo traerse a colación la sentencia del TS de 4/6/2012 .

Tanto la administración demandada como demandada se oponen a ello interesando la confirmación de la resolución impugnada.

Examinando el expediente consta que la recurrente presentó autoliquidaciones por el concepto de ITP Y AJD consignando como domicilio el sito en C/ DIRECCION000 N° NUM000 NUM001 , tal como se acredita en los folios 17-29-38-44-55-57 bis-60-63-67-71-76 y 80 del expediente administrativo.

Presentado escrito donde se solicita la rectificación de las autoliquidaciones y devolución de indebidos se consigna como domicilio la CALLE000 N° NUM002 LOCAL, folio 81 del expediente administrativo. Acompañando a dicho escrito copia de su DNI donde figura como dirección DIRECCION001 PT- NUM003 NUM004 A LA LAGUNA

En la declaración censal simplificada consta como domicilio DIRECCION000 N° NUM000 , NUM001 , folio 99 vuelto del expediente administrativo.

Dictada propuesta de resolución se intentó su notificación en la DIRECCION000 NUM002 , dando como resultado desconocido, acudiendo para su notificación al domicilio consignado en el DNI donde tras tres intentos le fue notificada.

El día 25 de septiembre del 2012 presentó escrito de alegaciones donde nuevamente consignó como domicilio el disto en la CALLE000 N° NUM002 , folio 108 del expediente administrativo.

Dictada la resolución por la ATC se intentó su notificación en la DIRECCION000 N° NUM002 , resultando desconocida por lo que se acudió a la notificación edictal.

De lo que resulta que existiendo entre las direcciones facilitadas por la recurrente a lo largo de las actuaciones distintos domicilios en calles casi idénticas, salvo que una es CALLE000 N° NUM002 LOCAL y otra termina en DIRECCION000 N° NUM000 NUM001 , es lo cierto que la dirección a la que se dirigió la administración o fue la correcta, dado que en el ultimo escrito reiteró como domicilio, al igual que en el escrito de inicio del procedimiento de revisión y devolución de ingresos la señalada como CALLE000 N° NUM002 LOCAL, y la ATC se dirige a la DIRECCION000 N° NUM002 , por lo que no siendo la correcta, debe estimarse lo alegado



por la recurrente, y entender nula la notificación efectuada por la ATC por lo que la reclamación económico-administrativas interpuesta no lo fue de modo extemporáneo.

TERCERO: Presentadas por la hoy recurrente diversas autoliquidaciones por el concepto de transmisiones patrimoniales onerosas a lo largo del 2011 y 2012, el día 21 de junio del 2012 presentó escrito solicitando rectificación de las referidas autoliquidaciones y devolución de ingresos indebidos, por importe de 29,355,56 euros.

El día 4 de julio del 2012 se dictó propuesta de resolución, que fue notificada al recurrente quien presentó alegaciones el día 25 de septiembre del mismo año, dictándose la resolución desestimatoria el día 1 de octubre del 2012, que fue impugnada ante el TEAR mediante la interposición de reclamación económica administrativa que fue desestimada por la resolución objeto de impugnación en el presente recurso.

Constituyendo el objeto del presente recurso determinar si la transmisión o transmisiones efectuadas por particulares de oro o joyas de oro a favor de profesionales o empresarios del sector están o no sujetas al impuesto de transmisiones patrimoniales onerosas como consecuencia de que la transmisiones es efectuada por un particular y con independencia de que el sujeto pasivo del impuesto sea un empresario o profesional del sector o por el contrario, y tal como sostiene el recurrente, dicha operación esta exenta dada que al adquirir el oro o metal precioso un empresario o profesional se trata de una operación englobada en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, de modo que el art. 7. 5 del RDL 1/93 ha de ser interpretado en relación al 8.a) y declarar no sujeto al impuesto discutido.

CUARTO: Si bien es cierto que existen pronunciamientos de diversos TSJ contradictorios sobre esta materia, así como que el TEA Central se ha pronunciado en un recurso de alzada en resolución de fecha 8 de abril del 2014 fijando como criterio la sujeción de las operaciones discutidas al ITP AJD en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, siendo el mismo criterio que el sustentado por la ATC y por las Consultas vinculantes V1066- 11 de 26 de abril y V0819- 12 de 18 de abril , también es cierto que el Tribunal Supremo dictó una primera sentencia el 18 de enero de 1996 , que si bien analizaba la legislación vigente y aplicable a las operaciones objeto de la controversia, se ha a mantenido por el alto tribunal.

Así en aquella sentencia se declaró que las adquisiciones efectuadas por un empresario o profesional en el ejercicio de su actividad, de objetos de oro, plata, platino y de joyería a un particular, no están sujetas al impuesto sobre transmisiones patrimoniales. Y sin perjuicio de que en las sentencias de 15 y 16 de diciembre del 2011 que mantenían que lo tratado en la sentencia del 96 debía ser "entendidas respecto a cualquier bien objeto de transmisión patrimonial onerosa en que el transmitente sea una particular y el adquirente un empresario de un objeto propio para su actividad empresarial".

Finalmente, dicho criterio ha sido reiterado recientemente en el Auto de 13 de noviembre del 20147, recaído en el recurso nº 2801/2014 cuando se señala en el FD 4º segundo párrafo que "sobre la cuestión litigiosa ya se ha pronunciado este Tribunal Supremo en Sentencia de 8 de enero de 1996 -recurso de apelación 364671991-, 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-. Existiendo doctrina legal, carece de sentido el recurso de casación en interés de la ley pues, como destaca la Sentencia de esta Sala 5 de marzo de 2004 (LA LEY 1346/2005) -casación en interés de Ley nº 96/2004- "el (recurso) de casación en interés de la ley tiene por finalidad la fijación de doctrina legal cuando ésta no existe y resulta procedente, pero no puede utilizarse para reiterar la doctrina ya declarada ". Por ello, como señala también la Sentencia de esta Sala de 28 de abril de 2003 (LA LEY 12785/2003) -casación en interés de Ley nº 214/01- "ha de descartarse toda pretensión que propugne el obtener la declaración de una doctrina legal cuya procedencia hubiese sido anteriormente rechazada o que, por el contrario, ya estuviese fijada por este Tribunal Supremo". Y, en esta misma línea, las Sentencias de 8 de junio de 2005 (LA LEY 129564/2005) -casación en interés de Ley nº 21/2004- y 11 de junio de 2008 -casación en interés de la Ley nº 59 / 2006- y Auto de 28 de octubre de 2009 (LA LEY 226406/2009) -casación en interés de la Ley nº 64/2009- vienen a recordar que el recurso carece de sentido cuando ya existe doctrina legal sobre la cuestión de que se trate. Criterio este reproducido por Auto de 1 de marzo de 2007 (LA LEY 9356/2007)- casación en interés de la ley nº 65/2006-.

Dada la existencia de doctrina legal sobre la cuestión sometida a conocimiento de esta Sala, asiste la razón al recurrente procediendo estimar el recurso.

QUINTO: Sobre las costas procesales. De conformidad con lo previsto en el Art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , procede hacer expresa condena en costas a las administraciones demandada y codemandada.

FALLO



En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido estimar íntegramente el recurso interpuesto, anulando los actos administrativos impugnados por no ser conforme a Derecho y, estimar la procedencia de la rectificación instada con devolución de los ingresos indebidamente efectuados más los intereses legales.

Con expresa imposición de las costas causadas a la administraciones demandada y codemandada.

NOTIFICACIÓN SIN RECURSO

Notifíquese esta resolución a las partes en legal forma haciéndoles saber que la misma es firme y que contra ella NO cabe interponer recurso ordinario alguno.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ