

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ090454

TRIBUNAL SUPREMO

Auto de 20 de julio de 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 1059/2023

SUMARIO:

IVA. Base imponible. Entregas de bienes y prestaciones de servicios. Conceptos incluidos. Subvenciones vinculadas al precio. *Financiación de la gestión del servicio público de transporte interurbano de viajeros.* La sentencia recurrida concluyó que en los supuestos en que se presta un servicio público o se realiza una actividad de interés general, al no tener destinatarios previamente identificados sino dirigirse al conjunto de la colectividad, no existen operaciones sujetas a IVA ya que falta el vínculo jurídico en cuyo seno se intercambian prestaciones recíprocas. Por ello, las subvenciones que satisfaga un ente público para la prestación de tales servicios o la realización de dichas actividades son irrelevantes a efectos de IVA, ya que no tienen la calificación de contraprestación conforme al actual art. 78.Dos.3 Ley IVA, que debe aplicarse retrospectivamente. El Abogado del Estado, preparó recurso de casación contra la sentencia de instancia pues considera que se aparta deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea [Vid., STS de 22 de junio de 2020 recurso n.º 1476/2019 (NFJ078181)] La cuestión que presenta interés casacional consiste en determinar si, de conformidad con lo dispuesto en el art. 73 de la Directiva IVA y la jurisprudencia comunitaria que lo interpreta, determinar si se encuentran sujetas a IVA las subvenciones otorgadas por los entes públicos para la financiación de la gestión del servicio público de transporte interurbano de viajeros, en particular los prestados antes de la modificación del art. 78 Dos.3 Ley IVA por la LCSP. Para resolver el presente recurso se ha de determinar si cabe usar la nueva redacción del art. 78.Dos.3º Ley IVA como criterio interpretativo de su tenor anterior. Según esta nueva redacción, las subvenciones que no forman parte de la base imponible del IVA son las que no provocan una distorsión significativa de la competencia o aquellas cuyos destinatarios no son identificables y no satisfacen contraprestación alguna. Puede advertirse que estos requisitos no parecen cumulativos, pues el primero se impone en la gestión de servicios públicos y el segundo para las actividades de interés general. En caso de tomar este nuevo texto legal como criterio interpretativo del anterior, en primer lugar se debería analizar si las subvenciones percibidas por el prestador del servicio de transporte público interurbano distorsionan o no la competencia, cuestión que está vinculada con el propio régimen jurídico de prestación de este servicio. Por otra parte, si se evalúa el segundo requisito para dejar las subvenciones fuera de la base imponible del IVA, se ha de apreciar si los usuarios no son identificables y no satisfacen contraprestación alguna. Esto es lo que parece afirmar la sentencia de instancia [Vid., STSJ de Cataluña de 4 de noviembre de 2022, recurso n.º 1806/2021 (NFJ090455) contra la que se plantea el recurso de casación].

PRECEPTOS:

Ley 37/1992 (Ley IVA), art. 71, 72, 78.

Directiva 2006/112/CE del Consejo (Sistema Común del IVA), art. 73.

Ley 9/2017 (LCSP), disp. final 16.

Código Civil, art. 2.

PONENTE:

Don Isaac Merino Jara.

Magistrados:

Don PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

Don JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT

Don ANTONIO JESUS FONSECA-HERRERO RAIMUNDO

Don FERNANDO ROMAN GARCIA

Don ISAAC MERINO JARA

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 20/07/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1059/2023

Materia: IVA

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 103

Secretaría de Sala Destino: 002

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 1059/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Excmos. Sres.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo

D. Fernando Román García

D. Isaac Merino Jara

En Madrid, a 20 de julio de 2023.

HECHOS

Primero.

Preparación del recurso de casación.

1. El abogado del Estado, en representación que le es propia, preparó recurso de casación contra la sentencia dictada el 4 de noviembre de 2022 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que estimó el recurso contencioso-administrativo tramitado como procedimiento ordinario núm. 784/2021, promovido por BARCELONA BUS, S.L.

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

2.1. El art. 2.3 del Código Civil en relación con la Disposición Final Décima, Dos, y la Disposición final Decimosexta de la Ley 9/2017, en cuya virtud la nueva redacción -que aquella Disposición Final Décima, Dos, da al art.78 Dos.3º de la LIVA- no puede aplicarse a ejercicios anteriores a su vigencia. Por lo mismo, vulnera la doctrina expresada por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2020 (rec. nº 1476/2019; ECLI:ES:TS:2020:1843), que confirma esa irretroactividad.

2.2. El art. 78 Uno y Dos.3º de la LIVA, en su redacción aplicable por razón del tiempo, conforme con la interpretación que de esta norma hace la misma sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2020 (rec. nº 1476/2019; ECLI:ES:TS:2020:1843).

3. Razona que tales infracciones han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución recurrida, toda vez que "Si las infracciones aquí denunciadas no se hubieran cometido, la Sala de instancia habría resuelto en aplicación de la redacción vigente [en el momento de los hechos], y conforme a ella habría desestimado el recurso".

4. Subraya que la norma que entiende vulnerada forma parte del Derecho estatal o del de la Unión Europea.

5. Considera que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque concurren las circunstancias por las que se dan las presunciones contempladas en las letras a) y b) del artículo 88.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa ["LJCA"].

5.1. La sentencia recurrida se aparta deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea. [artículo 88.2.b) LJCA]: "Como hemos dicho, la STSJ vulnera la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2020 (rec. nº 1476/2019; ECLI:ES:TS:2020:1843). Lo hace de manera consciente y deliberada, pues la cita y transcribe su afirmación de la inaplicabilidad de la nueva redacción a un ejercicio anterior. A continuación, sobre la base de ciertas consideraciones, alcanza la tesis contraria, que es la base de su fallo, de modo que es claro que considera errónea aquella sentencia.

La cuestión es si la doctrina de tal sentencia constituye jurisprudencia. En principio, faltando la reiteración, no sería el caso. No obstante, acaso el Alto Tribunal esté entendiendo lo contrario, si nos atenemos a la providencia de la Excm. Sala, Sección Primera, de 15 de abril de 2021 (RC 5407/2020) que inadmitió el recurso de casación preparado por otra empresa de transportes con este único fundamento: "Acuerda su inadmisión a trámite, conforme al artículo 90.4.d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por pérdida sobrevenida del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

En efecto, la cuestión jurídica objeto de controversia ha sido resuelta por la Sección Segunda de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sentencia de 22 de junio de 2020 (RCA/1476/2019; ES:TS:2020:1843), en un sentido contrario a la tesis que propugna en este recurso de casación la parte recurrente".

5.2. Subsidiariamente, asevera que la sentencia de instancia aplica normas en las que se sustenta la razón de decidir sobre las que no existe jurisprudencia [artículo 88.2.a) LJCA]. Así, afirma que "Si no concurre la presunción de interés casacional del apartado b) es porque la cuestión no ha sido resuelta mediante verdadera doctrina jurisprudencial."

6. Por todo lo expuesto reputa conveniente un pronunciamiento del Tribunal Supremo: "Aquí el interés casacional objetivo queda referido a la necesidad de aclarar si la nueva redacción del art. 78 Dos.3º de la LIVA, por constituir consecuencia necesaria de alguna directiva, debe aplicarse a los ejercicios anteriores (lo que equivale a tener por incompatible con el Derecho de la Unión la redacción inmediata anterior). El carácter objetivo y general de la cuestión nos parece evidente."

Segundo.

Auto teniendo por preparado el recurso de casación y personación de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 24 de enero de 2023, habiendo comparecido el Abogado del Estado -como parte recurrente- ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA.

De igual modo lo ha hecho, como parte recurrida, la procuradora doña Consuelo Rodríguez Chacón, en representación de BARCELONA BUS S.L.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara, Magistrado de la Sección.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**Primero.**

Requisitos formales del escrito de preparación.

1. El escrito de preparación fue presentado en plazo (artículo 89.1 de la LJCA), la sentencia contra la que se dirige el recurso es susceptible de recurso de casación (artículo 86 de la LJCA, apartados 1 y 2) y el abogado del Estado se encuentra legitimado para interponerlo, al 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. También se justifica que las infracciones imputadas a la sentencia han sido relevantes para adoptar el fallo impugnado [artículo 89.2 de la LJCA, letras a), b), d) y e)].

3. El repetido escrito de preparación de la casación fundamenta especialmente que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque la sentencia impugnada fija una doctrina (i) que se aparta deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea, o bien (ii) aplica una norma en la que se sustenta la razón de decidir respecto de la que no existe jurisprudencia [artículo 88.3.a) de la LJCA]. De las razones que ofrece para justificarlo se infiere la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, por lo que se cumple también el requisito exigido por el artículo 89.2.f) de la LJCA.

Segundo.

Hechos relevantes a efectos del trámite de admisión del presente recurso de casación.

Un análisis del expediente administrativo y de las actuaciones judiciales nos lleva a destacar como datos importantes para decidir sobre la admisión a trámite del recurso de casación los siguientes:

1º.- BARCELONA BUS, S.L. es titular de la concesión para la explotación de los servicios regulares de transporte de viajeros por carretera de Barcelona a Figueras, con prolongaciones, de competencia de la Generalitat de Cataluña. El Departamento de Territorio y Sostenibilidad y varios Ayuntamientos se hacen cargo de la financiación de dichos servicios para garantizar el mantenimiento del equilibrio económico de las concesiones. La aportación económica que realizan se calcula como la diferencia de los costes estimados para la explotación del servicio y los ingresos obtenidos por la explotación del servicio.

El obligado tributario no emitió facturas ni repercutió IVA por los importes liquidados por la prestación del servicio de transporte.

2º.- En fecha 3 de julio de 2017 le fue notificado una comunicación de la Unidad de Gestión de Grandes Empresas de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria en Cataluña, por el que se inició un procedimiento de comprobación limitada del Impuesto sobre el Valor Añadido del ejercicio 2016. En fecha 20 de noviembre de 2017 fue dictado acuerdo de liquidación provisional con regularización, de modo que resultó una minoración del saldo a compensar declarado.

3º.- Posteriormente la reclamante presentó reclamación económico- administrativa contra el citado acuerdo, que fue desestimada por resolución de 18 de marzo de 2021 del Tribunal Económico Administrativo Regional de Cataluña.

4º.- Frente a dicha resolución el recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo, que se tramitó como procedimiento ordinario con el número 784/2021, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

5º.- La ratio decidendi de la sentencia sobre este particular se contiene en el Fundamento de Derecho Cuarto con el siguiente tenor literal:

"De las consideraciones expuestas debe extraerse la conclusión de que, en los supuestos en que se presta un servicio público o se realiza una actividad de interés general, al no tener destinatarios previamente identificados sino dirigirse al conjunto de la colectividad, no existen operaciones sujetas a IVA ya que falta el vínculo jurídico en cuyo seno se intercambian prestaciones recíprocas. Por ello, las subvenciones que satisfaga un ente público para la prestación de tales servicios o la realización de dichas actividades son irrelevantes a efectos de IVA, ya que no tienen la calificación de contraprestación. Esto es precisamente lo que ordena el actual art. 78.Dos.3 de la ley del IVA, que debe aplicarse retrospectivamente."

La citada sentencia constituye el objeto del presente recurso de casación.

Tercero.

Marco jurídico.

1. A estos efectos, el recurrente plantea la necesidad de interpretar el artículo 2.3 del Código Civil en relación con la Disposición Final Décima, Dos de la Ley 9/2017 LCSP -que da nueva redacción al art.78 Dos.3º de la LIVA- y la Disposición final Decimosexta de la Ley 9/2017.

2. Se ha de tener en cuenta además el artículo 73 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, n 347/1 de 2006, de 11 de diciembre), que dispone:

"En el caso de las entregas de bienes y las prestaciones de servicios no comprendidas entre las enunciadas en los artículos 74 a 77, la base imponible estará constituida por la totalidad de la contraprestación que quien realice la entrega o preste el servicio obtenga o vaya a obtener, con cargo a estas operaciones, del adquirente de los bienes, del destinatario de la prestación o de un tercero, incluidas las subvenciones directamente vinculadas al precio de estas operaciones."

Cuarto.

Cuestión en la que se entiende que existe interés casacional.

Conforme a lo indicado anteriormente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el artículo 90.4 de la misma norma, esta Sección de admisión aprecia que este recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, respecto de la siguiente cuestión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido ["Directiva IVA"] y la jurisprudencia comunitaria que lo interpreta, determinar si se encuentran sujetas a IVA las subvenciones otorgadas por los entes públicos para la financiación de la gestión del servicio público de transporte interurbano de viajeros, en particular los prestados antes de la modificación del artículo 78.2.3º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE de 29 diciembre) ["LIVA"] por la disposición final 10ª.Dos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE 9 de noviembre) ["LCSP"].

Quinto.

Justificación suficiente de que el recurso planteado cuenta con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.

1. Respecto a la cuestión que plantea este recurso de casación, debemos precisar que, si bien nos hallamos ante una cuestión que no es totalmente nueva, se hace aconsejable un pronunciamiento de este Tribunal Supremo que la esclarezca para, en su caso, reafirmar, reforzar o completar su jurisprudencia [artículo 88.3.a) LJCA] [vid. auto de 16 de mayo de 2017 (RCA 685/2017; ES:TS :2017: 4230A)], tarea propia del recurso de casación, que no solo debe operar para formar la jurisprudencia ex novo, sino también para matizarla, precisarla o, incluso, corregirla [vid. auto de 15 de marzo de 2017 (RCA/93/2017, FJ 2º, punto 8; ES:TS :2017:2189A)].

El interés casacional objetivo antes señalado se ve acrecentado toda vez que la cuestión planteada afecta a un gran número de situaciones [artículo 88.2.c) LJCA]; sin que deba descartarse una aplicación incorrecta del criterio interpretativo del TJUE por la Sala de instancia, ni tampoco la necesidad de dirigirse a este último a título prejudicial, dándose el interés casacional objetivo por la razón que contempla el artículo 88.2.f) LJCA.

2. El debate jurídico surge porque el artículo 73 de la Directiva IVA declara incluidas en la base imponible del impuesto las subvenciones directamente vinculadas al precio de las operaciones sujetas al mismo. Como criterio para determinar cuándo dichas aportaciones están vinculadas al precio, el artículo 78 LIVA señala que lo son las subvenciones establecidas en función del número de unidades entregadas o del volumen de los servicios prestados, cuando se determinen con anterioridad a la realización de la operación. Este era el único criterio mencionado en dicho precepto hasta la reforma operada en 2017 por la LCSP, por la que se incorpora al artículo 78 LIVA el criterio de que no se consideran vinculadas al precio las otorgadas en favor de:

a) La gestión de servicios públicos o de fomento de la cultura en los que no exista una distorsión significativa de la competencia, sea cual sea su forma de gestión.

b) Actividades de interés general cuando sus destinatarios no sean identificables y no satisfagan contraprestación alguna."

Para resolver el supuesto de autos, referido al ejercicio de IVA de 2016, la Sentencia de instancia admite la aplicación retrospectiva del inciso añadido por la LCSP. Pero, al contrario de lo que sucede en otras STSJ, como la recurrida en el Auto de admisión RCA/265/2023 (sentencia de 29 de septiembre de 2022, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, que desestimó el recurso contencioso-

administrativo promovido por la empresa de transportes) en el presente caso la Sala de instancia estima el recurso del transportista, porque concluye que "el pago de la subvención no constituye un acto de consumo gravable, porque su finalidad no es retribuir un servicio, sino que tiene por objeto compensar al prestador del servicio por el déficit que en la explotación del negocio de transporte le genera la existencia de precios intervenidos."

De aquí extrae la ratio decidendi de la sentencia contenida en el Fundamento de Derecho Cuarto:

"De las consideraciones expuestas debe extraerse la conclusión de que, en los supuestos en que se presta un servicio público o se realiza una actividad de interés general, al no tener destinatarios previamente identificados sino dirigirse al conjunto de la colectividad, no existen operaciones sujetas a IVA ya que falta el vínculo jurídico en cuyo seno se intercambian prestaciones recíprocas. Por ello, las subvenciones que satisfaga un ente público para la prestación de tales servicios o la realización de dichas actividades son irrelevantes a efectos de IVA, ya que no tienen la calificación de contraprestación. Esto es precisamente lo que ordena el actual art. 78.Dos.3 de la ley del IVA, que debe aplicarse retrospectivamente".

La parte recurrente afirma que la sentencia de instancia incurre en una doble infracción: que aplica un texto legal que no estaba vigente en el ejercicio en cuestión y que ni siquiera es conforme con la redacción legal que aplica la exclusión que hace de la subvención de la base imponible del IVA. Del mismo modo que erraría la sentencia si excluyese del IVA dicha subvención aplicando la redacción anterior, la vigente en el período impositivo concernido.

La parte recurrente defiende, al respecto, que el cambio de redacción del artículo 78 no supone un cambio de régimen fiscal, sino una aclaración del anterior. La transposición que la Ley 9/2017 hace de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, respectivamente, la directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la directiva relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Aduce que antes y ahora la base imponible del IVA está constituida por la totalidad de la contraprestación, que puede proceder del adquirente de los bienes, del destinatario de la prestación o de un tercero. El añadido actual no introduce una excepción a la regla general, sino que solamente aclara que en la base del IVA están incluidas las subvenciones directamente vinculadas al precio, pues forman parte de la contraprestación obtenida por quien presta los servicios.

Además, el apartado VI del Preámbulo de la Ley 9/2017 establece: "Por otra parte, se hace necesario excluir desde la entrada en vigor de esta modificación normativa, de la consideración de subvenciones vinculadas al precio de las operaciones que constituyen la base imponible de las operaciones sujetas al IVA, aquellas aportaciones financieras que las Administraciones Públicas realizan al operador de determinados servicios de competencia pública cuando no existe distorsión de la competencia, generalmente porque al tratarse de actividades financiadas total o parcialmente por la Administración no se prestan en régimen de libre competencia, como, por ejemplo, los servicios de transporte municipal o determinadas actividades culturales financiadas con estas aportaciones." El abogado del Estado recurrente concluye que la expresión "parece razonable excluir del concepto de subvención vinculada al precio" denota que el legislador español está operando dentro de un ámbito de competencia propia (dentro del margen autorizado por la DIVA), no en cumplimiento de un marco que antes se estuviera desbordando.

También alega la recurrente que la sentencia de instancia interpreta erróneamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues en la STJUE de 27 de marzo de 2014 (asunto C-151/13, Le Rayon d'Or) el Tribunal europeo de Justicia entendió que el pago de cantidades por la caja nacional del seguro de enfermedad francesa -entidad pública- a una residencia de cuidado de mayores dependientes constituye una operación sujeta a IVA. Por su parte, en la STJUE de 16 de septiembre de 2021 (asunto C-21/20, Balgarska natsionalna televizija) el Tribunal declaró que no forman parte de la base imponible del IVA las prestaciones públicas cobradas por el prestador de servicios de comunicación audiovisual, que "no benefician a personas que pueden estar claramente identificadas, sino a todos los telespectadores potenciales" (apartado 37).

En el caso de la residencia hay dos relaciones jurídicas: de un lado, la que une a la residencia y los usuarios (que no pagarían o pagarían un menor precio por el servicio) y, de otra, la relación jurídica entre la citada caja nacional y sus asegurados. Por lo que el pago que la aseguradora hace a la residencia procede de las anteriores aportaciones o primas pagadas por los asegurados, por lo que estos ya han pagado una contraprestación por el servicio que reciben cuando son usuarios. Sin embargo, en el caso de los servicios audiovisuales no existe una relación jurídica entre el ente público y los usuarios del servicio, por lo que no es reconocible que estos hayan pagado un precio por el servicio.

3. Para resolver el presente recurso se ha de determinar si cabe usar la nueva redacción del artículo 78.2.3º LIVA como criterio interpretativo de su tenor anterior.

Según esta nueva redacción, las subvenciones que no forman parte de la base imponible del IVA son las que no provocan una distorsión significativa de la competencia o aquellas cuyos destinatarios no son identificables y no satisfacen contraprestación alguna. Puede advertirse que estos requisitos no parecen cumulativos, pues el primero se impone en la gestión de servicios públicos y el segundo para las actividades de interés general.

En caso de tomar este nuevo texto legal como criterio interpretativo del anterior, en primer lugar se debería analizar si las subvenciones percibidas por el prestador del servicio de transporte público interurbano distorsionan o no la competencia, cuestión que está vinculada con el propio régimen jurídico de prestación de este servicio. Este

su régimen se contiene principalmente en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en cuyo artículo 12 se lee:

"1. Conforme a lo establecido en el artículo 38 de la Constitución, y de acuerdo con los principios generales recogidos en los artículos 3 y 4 de la presente Ley, el marco de actuación en el que habrán de desarrollarse los servicios y actividades de transporte es el de economía de mercado, con la obligación, a cargo de los poderes públicos, de promover la productividad y el máximo aprovechamiento de los recursos.

Como regla general, la prestación de los mencionados servicios se llevará a cabo por la empresa a la que la Administración adjudique el correspondiente contrato de gestión. No obstante, la Administración podrá optar por la gestión directa de un servicio cuando estime que resulta más adecuado al interés general en función de su naturaleza y características."

También se dice, en el segundo párrafo del artículo 71:

"Los transportes públicos regulares de viajeros de uso general tienen el carácter de servicios públicos de titularidad de la Administración, pudiendo ser utilizados, sin discriminación, por cualquier persona que lo desee en las condiciones establecidas en esta ley y en las normas dictadas para su ejecución y desarrollo".

Y en el artículo 72 se establece:

"1. Con objeto de garantizar la cohesión territorial, los contratos de gestión de los servicios públicos de transporte regular de viajeros de uso general se adjudicarán por la Administración con carácter exclusivo, no pudiendo otorgarse otros que cubran tráficos coincidentes, salvo en los supuestos que reglamentariamente se exceptúen por razones fundadas de interés general.

En consecuencia, los nuevos servicios que sean creados no podrán incluir tráficos que ya se encuentren atendidos por otros preexistentes."

Para situar en contexto la situación de la prestación de este servicio de transporte público, también se pueden tener en cuenta las recomendaciones, desde la óptica de la promoción de la competencia, que figuran en el "Estudio sobre el transporte interurbano de viajeros en autobús" (ISSN: 2792-5919) publicado en 2022 por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Por otra parte, si se evalúa el segundo requisito para dejar las subvenciones fuera de la base imponible del IVA, se ha de apreciar si los usuarios no son identificables y no satisfacen contraprestación alguna. Esto es lo que parece afirmar la sentencia de instancia, pues dice que el servicio se dirige a la colectividad de ciudadanos y los usuarios del transporte interurbano no están previamente determinados. Ahora bien, se habrá de valorar el hecho de que el servicio se ofrece a muchos potenciales usuarios, pero que los usuarios reales son después unos determinados y abonan un precio por él.

De todo este contexto de condiciones de prestación del servicio, el abogado del Estado recurrente afirma que "Falta toda referencia al caso, más aún su análisis. El principio general que se afirma se desmiente fácilmente en el presente caso (transporte de viajeros por carretera entre Barcelona y Figueras): incluso si el servicio fuera un monopolio" (la STSJ lo da por supuesto sin más), tal cosa no excluye la posibilidad (que ignoramos si se da en el caso) de que exista más de un concesionario, ni excluye la competencia entre distintos modos de transporte alternativos, ni excluye la competencia entre operadores para acceder a la gestión indirecta. No se trata aquí de discutir sobre el caso concreto (cuestión de hechos) sino de hacer ver que la asunción completamente acrítica y abstracta por la STSJ de un presupuesto de la ley supone infringir ésta".

Sexto.

Admisión del recurso de casación. Normas que en principio serán objeto de interpretación.

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 de la LJCA, en relación con el artículo 90.4 de la LJCA, procede admitir este recurso de casación, cuyo objeto será, por presentar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, la cuestión descrita en el razonamiento jurídico cuarto.

2. Las normas que en principio serán objeto de interpretación son:

2.1. El artículo 2.3 del Código Civil.

2.2. La Disposición Final Décima, Dos de la Ley 9/2017 LCSP -que da nueva redacción al art.78 Dos.3º de la LIVA- y la Disposición final Decimosexta de la Ley 9/2017.

2.3. El artículo 73 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, n 347/1 de 2006, de 11 de diciembre).

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

Séptimo.

Publicación en la página web del Tribunal Supremo.

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

Octavo.

Comunicación inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA, y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la 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 núm. 1059/2023, preparado por el abogado del Estado, contra la sentencia dictada el 4 de noviembre de 2022 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido ["Directiva IVA"] y la jurisprudencia comunitaria que lo interpreta, determinar si se encuentran sujetas a IVA las subvenciones otorgadas por los entes públicos para la financiación de la gestión del servicio público de transporte interurbano de viajeros, en particular los prestados antes de la modificación del artículo 78.2.3º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE de 29 diciembre) ["LIVA"] por la disposición final 10ª.Dos de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE 9 de noviembre) ["LCSP"].

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, habrán de ser objeto de interpretación:

3.1. El artículo 2.3 del Código Civil.

3.2. La Disposición Final Décima, Dos de la Ley 9/2017 LCSP -que da nueva redacción al art.78 Dos.3º de la LIVA- y la Disposición final Decimosexta de la Ley 9/2017.

3.3. El artículo 73 de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido (Diario Oficial de la Unión Europea, serie L, n 347/1 de 2006, de 11 de diciembre).

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Segunda de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme (artículo 90.5 de la LJCA).

Así lo acuerdan y firman.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.