

Tribunal Supremo**TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Auto de 5 julio 2017****JUR\2017\179410**

Impuestos especiales.- Sobre la electricidad.- Base imponible.- Complemento por interrumpibilidad.- ¿Debe excluirse de la base imponible por tratarse de un descuento de la tarifa de suministro o no debe excluirse por tratarse de un servicio prestado por el cliente?

Jurisdicción: Contencioso-Administrativa

Recurso de Casación 1790/2017

Ponente: Excmo Sr. JOAQUIN HUELIN MARTINEZ DE VELASCO

AUTO

En la Villa de Madrid, a 5 de julio de 2017

HECHOS**PRIMERO**

.- 1. La procuradora doña María Jesús Gutiérrez Aceves, en representación de Viesgo Distribución Eléctrica, S.L., presentó escrito fechado el 7 de marzo de 2017 preparando recurso de casación contra la sentencia dictada el 16 de enero anterior por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso 454/2016 , relativo a liquidación del impuesto especial sobre la electricidad correspondiente al primer semestre del ejercicio 2008.

2. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica en la sentencia que impugna las siguientes infracciones:

(a) Vulneración de los artículos 64. ter de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre (RCL 1992, 2787 y RCL 1993, 150) , de Impuestos Especiales (BOE de 29 de diciembre) [«LIE »], 78 y 79 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre (RCL 1992, 2786 y RCL 1993, 401) , del Impuesto sobre el Valor Añadido (BOE de 29 de diciembre) [«LIVA»] y 2 y 7.4 del Anexo de la Orden de 12 de enero de 1995, por la que se establecen las tarifas eléctricas (BOE de 14 de enero), así como de la disposición transitoria 6ª, apartado 1.1 , del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre (RCL 2006, 2350 y RCL 2007, 342) , por el que se establece la tarifa eléctrica a partir del 1 de enero de 2007 (BOE de 30 de diciembre). Ello, por cuanto la interpretación que ha de hacerse de tales normas, en la redacción aplicable al primer semestre de 2008, para la determinación de la base imponible del impuesto especial sobre la electricidad es justamente la opuesta a la que realiza la sentencia recurrida.

(b) Vulneración de los artículos 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512 , 2775 y RCL 1993, 246) , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre) [«LRJAP»], hoy 3.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de

octubre (RCL 2015, 1478 y 2076) , de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE de 2 de octubre) [«LRJSP»], y 9.3 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) [«CE»], así como de la jurisprudencia emanada, entre otras, de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2013 (RJ 2013, 2367) (casación 470/2011 , FJ 7º; ES:TS:2013:244), debido a la manifiesta contradicción existente entre la base imponible fijada por la Administración a efectos del impuesto sobre el valor añadido y la señalada para el impuesto especial sobre la electricidad y con la práctica administrativa preexistente, que venía considerando el complemento de interrumpibilidad como un descuento integrante de la tarifa eléctrica.

3. Razona que la infracción de los citados preceptos ha sido determinante del fallo que incorpora la sentencia recurrida, en la que la Sala de instancia precisa que la controversia principal gira en torno a la interpretación de los mismos.

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

4.1. En relación con el actual servicio de interrumpibilidad, expone que la cuestión jurídica que suscita este recurso de casación es la de si, vigente el régimen tarifario previo a la sustancial modificación acontecida con efectos de 1 de julio de 2008, el denominado entonces complemento de interrumpibilidad tenía la naturaleza de descuento a considerar a efectos de concretar la tarifa eléctrica y la base imponible del impuesto especial o si, por el contrario, ese complemento debía considerarse la retribución de un servicio (a efectos de los impuestos sobre el valor añadido y sobre la electricidad) distinto del propio del suministro eléctrico, prestado por el cliente, con la consecuencia de que debería quedar excluido en la determinación de la base imponible. Siendo tal la cuestión, estima que debe presumirse que este recurso reúne interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia porque la sentencia impugnada sustenta su razón de decidir en normas sobre las que no existe jurisprudencia [artículo 88.3.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio (RCL 1998, 1741) , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE de 14 de julio) [«LJCA»]. Estima que también cabe apreciar ese interés porque la referida sentencia afecta a un gran número de situaciones [artículo 88.2.c) LJCA] y resuelve en aparente contradicción con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [artículo 88.2.f) LJCA].

2. Respecto de la doctrina de los actos propios estima que concurre el interés casacional porque la sentencia impugnada fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas del Derecho estatal y del de la Unión Europea que fundamentan el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales han establecido [artículo 88.2.a) LJCA]. Cita, en particular, las sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5725) (casación 2068/2014 , ES:TS:2015:5470), conforme a la que la Administración no puede establecer valoraciones distintas de un bien o servicio para la determinación en el mismo ejercicio de la base imponible de diferentes tributos.

SEGUNDO

.- La Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 29 de marzo de 2017 , emplazando a la compañía recurrente, que ha comparecido ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA (RCL 1998, 1741) . De igual modo, ha comparecido la Administración General del Estado.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco, Magistrado de la Sección

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO

- 1. El escrito de preparación fue presentado en plazo (artículo 89.1 LJCA (RCL 1998, 1741)), la sentencia contra la que se dirige el recurso es susceptible de casación (artículo 86 LJCA , apartados 1 y 2) y Viesgo Distribución Eléctrica, S.L., se encuentra legitimada 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 y la jurisprudencia que se reputan infringidas, oportunamente alegadas en la demanda y consideradas por la sentencia, y de su contenido se deduce que las infracciones imputadas a la sentencia 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 sobre el llamado servicio de interrumpibilidad, denominado al tiempo de los hechos del litigio complemento de interrumpibilidad, la sentencia interpreta normas que sustentan su decisión sobre las que no existe jurisprudencia [artículo 88.3.a) LJCA], afecta a un gran número de situaciones [artículo 88.2.c) LJCA] y resuelve en aparente contradicción con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [artículo 88.2.f)]. En lo que atañe a la doctrina de los actos propios, la compañía recurrente sostiene que la sentencia que discute fija, ante situaciones sustancialmente iguales, una interpretación de los preceptos del ordenamiento jurídico estatal que invoca como infringidos contradictoria con la sentada por otros órganos jurisdiccionales [artículo 88.2.a) LJCA].

4. La compañía recurrente razona ampliamente la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de los Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo [artículo 89.2.f) LJCA].

SEGUNDO

- 1. De las tres cuestiones debatidas en la instancia, dos se traen a casación: la doctrina de los actos propios y la toma en consideración (o no) para cifrar la base imponible del impuesto especial sobre la electricidad de las cantidades que el operador del sistema eléctrico reconoce por el acogimiento al sistema de interrumpibilidad del suministro.

2. La primera cuestión es vicaria de la segunda, puesto que se sustenta en que, al determinar si la contraprestación reconocida por la interrumpibilidad del suministro debe formar parte o no de la base imponible del impuesto especial sobre la electricidad, en la liquidación del primer semestre del ejercicio 2008 la Administración tributaria se ha separado del criterio que mantenía con anterioridad.

3. Así pues, la cuestión nuclear para adoptar una decisión sobre la admisibilidad de este recurso es la segunda.

TERCERO

- 1. El debate que suscita este recurso consiste en determinar si, a efectos de cifrar la base imponible del impuesto especial sobre la electricidad (artículo 64 ter LIE (RCL 1992, 2787 y RCL 1993, 150) , en relación con el artículo 78.Uno LIVA (RCL 1992, 2786 y RCL 1993, 401)), deben excluirse las cantidades que correspondan por el acogimiento al sistema de interrumpibilidad del suministro, por considerarse descuentos o bonificaciones (a los efectos del artículo 78.Tres.2º LIVA , que sería aplicable por reenvío) y no remuneración de otras operaciones.

2. La Sala de instancia concluye que no cabe reconocer la condición de descuento y/o bonificación a lo que es un servicio propio que se desarrolla en un marco legal y contractual específico entre el operador del sistema y el proveedor del servicio de interrumpibilidad, esto es, el consumidor o suministrador de energía eléctrica (FJ 10º).

3. Sin embargo, para la sociedad recurrente, conforme al bloque normativo aplicable a los hechos del litigio, el complemento por interrumpibilidad tenía la naturaleza de descuento integrado en las tarifas por suministro eléctrico, lo que conlleva su plena deducción en la base imponible del impuesto especial.

4. La descrita cuestión, en interpretación de los referidos preceptos, nunca ha sido abordada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por lo que alcanza interés casacional objetivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 88.3.a) LJCA (RCL 1998, 1741) , haciéndose necesario un pronunciamiento de dicho Tribunal que la esclarezca.

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

CUARTO

.- 1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA (RCL 1998, 1741) , 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, la cuestión definida en el punto 1 del anterior fundamento jurídico.

2. Los preceptos legales que en principio serán objeto de interpretación son el artículo 64 ter LIE (RCL 1992, 2787 y RCL 1993, 150) (reproducido, en lo que a este litigio interesa, en el actual artículo 97 LIE), en relación con el artículo 78 LIVA (RCL 1992, 2786 y RCL 1993, 401) , apartados Uno y Tres.2º.

3. Esta Sección de admisión ha admitido ya otros dos recursos de casación que suscitan la misma cuestión que el presente en los autos de 26 de abril de 2017 (RCA/610/2017; ES:TS:2017:3653A) y 24 de mayo de 2017 (RCA/767/2017; ES:TS :2017:5761A), en relación principalmente con la regularización tarifaria eléctrica en vigor desde el 1 de julio de 2008.

QUINTO

.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA (RCL 1998, 1741) , este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

SEXTO

.- Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 LJCA (RCL 1998, 1741) , 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:

ACUERDA:

1º) Admitir el recurso de casación RCA/1790/2017, preparado por la procuradora doña María Jesús Gutiérrez Aceves, en representación de Viesgo Distribución Eléctrica, S.L., contra la sentencia dictada el 16 de enero de 2017 por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso 454/2016 .

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

si, a efectos de cifrar la base imponible del impuesto especial sobre la electricidad, deben excluirse las cantidades que correspondan por el acogimiento al sistema de interrumpibilidad del suministro, por considerarse descuentos o bonificaciones, y no remuneraciones de otras operaciones.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 64. ter de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre (RCL 1992, 2787 y RCL 1993, 150) , de Impuestos Especiales (reproducido en el actual artículo 97), en relación con el artículo 78, apartados Uno y Tres.2º, de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre (RCL 1992, 2786 y RCL 1993, 401) , del Impuesto sobre el Valor Añadido .

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.

Así lo acuerdan y firman. Manuel Vicente Garzon Herrero Segundo Menendez Perez Octavio Juan Herrero Pina Eduardo Calvo Rojas Joaquin Huelin Martinez de Velasco Diego Cordoba Castroverde Jesus Cudero Blas.