

Roj: **SAN 685/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:685**Id Cendoj: **28079230072014100076**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **7**Fecha: **24/02/2014**Nº de Recurso: **44/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **JOSE LUIS LOPEZ-MUÑIZ GOÑI**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 685/2014,**
AAAN 42/2014

SENTENCIA

Madrid, a veinticuatro de febrero de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo número **44/2013** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, *Sección Séptima*, ha promovido la entidad CEMEX ESPAÑA S.L., representada por el Procurador don Francisco Javier Abajo Abril, contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación interpuesta ante el Tribunal Económico Administrativo Central presentada el 28 de noviembre de 2011 contra la resolución expresa del recurso de reposición interpuesto contra la resolución dictada en el expediente de devolución de ingresos indebidos nº 282002011016514 seguido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria Delegación Provincial de Aduanas e Impuestos Especiales de Madrid en relación con el Impuesto Especial sobre la Electricidad indebidamente ingresado durante el período de enero de 2007 a diciembre de 2010 por la que se desestima el citado recurso y en consecuencia la solicitud de devolución de ingresos indebidos; se ha personado como parte demandada la Administración General del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado, siendo ponente el Magistrado de esta Sección don JOSE LUIS LOPEZ-MUÑIZ GOÑI.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte recurrente interpuso el presente recurso mediante escrito presentado ante esta Sección el día 7 de febrero de 2013.

SEGUNDO - Interpuesto recurso contencioso administrativo ante esta Audiencia Nacional, después de admitirlo a trámite y reclamado el expediente administrativo se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda lo que hizo por medio de escrito presentado en fecha 6 de mayo de 2013, y en el que después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimo convenientes, terminaba solicitando que tramitado el recurso por sus trámites legales se dictase sentencia por la que se anule el acto impugnado y se declare el derecho de la actora a la devolución de ingresos indebidos de las cuotas soportadas por repercusión del Impuesto Especial sobre la Electricidad en las cuantías y por los conceptos siguientes:

1.873.240,40 €, en concepto de Impuesto Especial sobre la Electricidad e Impuesto sobre el Valor Añadido abonado en exceso como con secuencia de no haber restado de la Base imponible los descuentos por loa interrupción del suministro.

1.071.219,14 €, en concepto de Impuesto Especial sobre la Electricidad e Impuesto sobre el Valor Añadido abonado en exceso como con secuencia de no haber restado de la Base Imponible los denominados peajes.

8.609.428,98 €. en concepto de Impuesto Especial sobre la Electricidad por la manifiesta incompatibilidad entre el Derecho Comunitario y la Legislación española y al consiguiente ajuste en la cuenta de IVA soportado.



TERCERO .- Presentada la demanda se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo, para que la contestara y, formalizara dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones de la parte recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO .- Se solicitó el recibimiento del recurso a prueba, practicándose la que fue propuesta por las partes y admitida por la Sección con el resultado que obra en autos, quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 20 de febrero de 2014, en el que efectivamente se deliberó, votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora impugna la desestimación por silencio administrativo de la reclamación interpuesta ante el Tribunal Económico Administrativo Central presentada el 28 de noviembre de 2011 contra la resolución expresa del recurso de reposición interpuesto contra la resolución dictada en el expediente de devolución de ingresos indebidos nº 282002011016514 seguido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria Delegación Provincial de Aduanas e Impuestos Especiales de Madrid en relación con el Impuesto Especial sobre la Electricidad indebidamente ingresado durante el período de enero de 2007 a diciembre de 2010 por la que se desestima el citado recurso y en consecuencia la solicitud de devolución de ingresos indebidos; todavía no se ha dictado resolución por el TEAC por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 240.1 de la Ley 58/2003 puede considerarse desestimada la petición dado que ha transcurrido más de un año desde la interposición de la reclamación el día 28 de noviembre de 2011, presentándose el presente recurso contencioso administrativo el día 7 de febrero de 2013.

La parte actora solicita se declare el derecho a la devolución de ingresos indebidos de las cuotas soportadas por repercusión del Impuesto Especial sobre la Electricidad en las cuantías y por los conceptos siguientes:

1.873.240,40 €, en concepto de Impuesto Especial sobre la Electricidad e Impuesto sobre el Valor Añadido abonado en exceso como con secuencia de no haber restado de la Base imponible los descuentos por la interrupción del suministro.

1.071.219,14 €, en concepto de Impuesto Especial sobre la Electricidad e Impuesto sobre el Valor Añadido abonado en exceso como con secuencia de no haber restado de la Base Imponible los denominados peajes.

8.609.428,98 €. en concepto de Impuesto Especial sobre la Electricidad por la manifiesta incompatibilidad entre el Derecho Comunitario y la Legislación española y al consiguiente ajuste en la cuenta de IVA soportado.

Los razonamientos en los que basa estas peticiones son los siguientes:

La base imponible del Impuesto Especial sobre la Electricidad está constituida por la fabricación de electricidad y solamente debe estar constituida por la electricidad que se fabrica y se consume, por eso, no puede formar parte de la misma, como sucede en el sistema español, los peajes de acceso que retribuyen el acceso a la red de transporte o distribución pues se trata de pagar por los servicios de conexión a la red que tales empresas ofrecen pero no retribuyen la adquisición de energía eléctrica. En estos peajes se incluyen la disponibilidad de potencia eléctrica que tiene el usuario como consecuencia del acceso a la red, pagándose la potencia disponible; energía activa que constituye el peaje de acceso que retribuye el uso de la red por la energía consumida que viene de la red; energía reactiva de los peajes de acceso que penaliza al consumidor por los perjuicios que reproducen por la energía reactiva producida en las instalaciones del consumidor, que suelen producir pérdidas de potencia.

SEGUNDO.- Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 10 de julio de 1995 , 5 de julio de 2000 y 25 de enero de 2003

"El procedimiento de remisión prejudicial se basa en una cooperación que implica un reparto de funciones entre el Juez nacional, competente para aplicar el Derecho comunitario a un litigio concreto, y el Tribunal de Justicia, al que corresponde garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario en el conjunto de los Estados miembros (STJCE 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello, 244/1980), de manera que sólo al Juez nacional corresponde valorar la necesidad de una decisión prejudicial y la pertinencia de las cuestiones suscitadas por las partes, atendiendo a la existencia o no de un problema de interpretación del Derecho comunitario aplicable que no pueda resolver por sus propios medios; pues no puede ignorarse que también a él le corresponde aplicar dicho Derecho comunitario y que el monopolio jurisdiccional del TJCE sólo afecta a la declaración de invalidez de los actos de Instituciones comunitarias (STJCE 22 de octubre de 1987, Foto Frost, 341/1985).

El artículo 177 TCEE , (actual 234 introducido por Protocolo anejo al Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001), no constituye una vía de recurso abierta a las partes de un litigio pendiente ante el Juez nacional; no basta con



que las partes sostengan que el litigio plantea una cuestión de Derecho comunitario para que resulte obligado el planteamiento de la cuestión prejudicial, sino que el Juez nacional ha de decidir sobre la necesidad del reenvío prejudicial tomando en consideración los siguientes elementos: a) aplicabilidad de las disposiciones de Derecho comunitario al litigio; b) existencia de una duda sobre el significado o la validez de una norma de Derecho comunitario aplicable, de cuya decisión dependa el fallo del litigio; y c) imposibilidad de resolver por sí mismo dicha duda sin poner en riesgo la uniformidad interpretativa y la aplicación del Derecho comunitario.

En síntesis, sustituido, según la propia doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el criterio de la separación por el de la cooperación al diseñar el reparto de las funciones jurisdiccionales entre el Juez comunitario y el Juez nacional (STJCE 11 de diciembre 1965, Schwarze, 16/1965), corresponde a éste la iniciativa de la remisión (SSTJCE de 16 junio de 1981, Salonia, 126/1980, y 6 de octubre de 1982, Cilfit, 283/1981) y decidir si es necesario para dictar su fallo que el TJCE se pronuncie prejudicialmente, con autoridad de cosa interpretada (STS de 3 de noviembre de 1993 [RJ 1993\8847]) sobre algún extremo del Derecho comunitario (pertinencia de la cuestión planteada). Así, pues, conforme al sistema resultante del artículo 177 TCEE, «el Juez nacional, que es el único que tiene un conocimiento de los hechos del asunto así como de los argumentos aducidos por las partes, y que deberá asumir la responsabilidad de la resolución judicial que haya de ser pronunciada, está mejor situado para apreciar, con pleno conocimiento de causa, la pertinencia de las cuestiones de Derecho suscitadas en el litigio de que conoce y la necesidad de una decisión prejudicial, para poder dictar su resolución» (STJCE de 29 de noviembre de 1978, Pigs Marketing Board, 83/1978).

Los párrafos 2 y 3 del citado artículo 177 TCEE distinguen la facultad de plantear cuestiones al Tribunal de Justicia, que corresponde a cualquier órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, y la obligatoriedad de plantear la cuestión y efectuar la remisión al Tribunal de Justicia cuando se trata del órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno. En este caso, para garantizar la unidad y aplicabilidad del Derecho comunitario, teniendo en cuenta, además, el valor de jurisprudencia nacional que tienen las resoluciones de dicho órgano jurisdiccional supremo, se impone la obligación de plantear, antes de decidir el litigio, la cuestión prejudicial. Ahora bien, ello no supone negar un margen de apreciación al Juez de última instancia o supremo Juez nacional para determinar la pertinencia o efectuar el juicio de relevancia para el planteamiento de las cuestiones prejudiciales en los términos que pasamos a señalar.

CUARTO.- La valoración de la pertinencia de la cuestión prejudicial suscitada, que corresponde efectuar al Juez nacional, incluso, como se ha dicho, cuando culmina la instancia judicial interna, según deriva de la propia formulación del artículo 177 del Tratado que se refiere a «si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo», ha estado presidida, paradigmáticamente, por el criterio del acto claro. Esta doctrina, utilizada tanto por el Consejo de Estado francés (A. 11604 Ministre de L'Interieur c/ Cohn-Bendit. Resolución de 22 de diciembre de 1987) como por el Tribunal Federal de Finanzas alemán (Bundesfinanzhof, Resoluciones de 16 de julio de 1981 y 24 de abril de 1985), fue cuestionada sosteniéndose que debía ser automático el reenvío al TJCE de toda cuestión suscitada ante un órgano jurisdiccional nacional de última instancia porque éste carecía de competencia, en virtud del artículo 177, apartado 3, TCEE, para retener aquella, porque el pronunciamiento sobre la claridad de la cuestión es precisamente el resultado de la interpretación, y porque la noción de acto claro no se adapta a la complejidad del ordenamiento comunitario.

Sin embargo, aunque el TJCE, en un primer momento, pareció considerar que la obligación contenida en el artículo 177, apartado 3 TCEE, era absoluta, desde la Sentencia Cilfit (TJCE 6 octubre de 1982) ha precisado que existen dos hipótesis que dispensan al Juez de última instancia del reenvío: la primera es aquella en que exista jurisprudencia establecida del TJCE que resuelva el punto controvertido, cualquiera que sea la naturaleza de los procedimientos que hayan dado lugar a dicha jurisprudencia; la segunda cuando la aplicación correcta del Derecho comunitario se impone con una evidencia tal que no da lugar a ninguna duda razonable sobre la forma de resolver la cuestión o, en sus propias palabras, «la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada»; en tal caso, siempre que el órgano jurisdiccional nacional esté convencido de que «la misma evidencia se impondría igualmente a los órganos jurisdiccionales de los otros Estados miembros, así como al Tribunal de Justicia», podrá abstenerse de someter la cuestión al Tribunal de Justicia.

La misma doctrina del acto claro ha tenido reflejo en algunas decisiones de este Alto Tribunal (SSTS 17 de abril de 1989 [RJ 1989\4524] y 13 de junio 1990). En consecuencia, puede entenderse que resulta justificada la exclusión del planteamiento de la cuestión prejudicial: cuando no condicione el sentido del fallo (irrelevancia de la cuestión), de manera que, cualquiera que sea la respuesta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, ésta no tendría ninguna influencia en la decisión del proceso en que la cuestión se suscita (SSTJCE 22 de noviembre de 1978, Mattheus, y 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello, entre otras); cuando pueda afirmarse la evidencia en la respuesta porque no exista duda razonable y fundada relativa a la interpretación



o validez de la disposición comunitaria aplicable, teniendo en cuenta, como ha puesto de relieve el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, tanto el contexto como el conjunto normativo al que pertenece la norma a interpretar (sentido claro); y cuando se encuentra aclarada la duda objeto del litigio, dada la identidad de la cuestión con un litigio resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de manera que pueda invocarse la doctrina del precedente, o, incluso, de la jurisprudencia comunitaria, como señaló ya la STJCE 27 de marzo de 1963, *Da Costa*, 28 a 30/1962, y se hace referencia en el artículo 104.3 del Reglamento de Procedimiento del propio Tribunal, de 19 de junio de 1991 (LCEur 1991\770).

QUINTO.- Con una formulación general, cabe afirmar que cesa la obligación de plantear la cuestión, «ex» artículo 177 TCEE, cuando la Sala puede resolver por sí coherentemente el problema de interpretación o de validez suscitados en relación con la norma comunitaria, teniendo en cuenta, además de los criterios expuestos, los siguientes principios: a) el Juez nacional es garante no sólo de los principios estructurales básicos del derecho comunitario que representan su efecto directo y su primacía, sino también, desde su posición de órgano cuyas decisiones crean jurisprudencia, de la unidad de aplicación del Derecho comunitario; b) las cuestiones prejudiciales de interpretación y la validez aparecen, a veces, vinculadas, ya que pueden formularse conjuntamente y, con frecuencia, el examen de la validez de un acto o norma comunitaria plantea un problema previo de interpretación; c) la cuestión de validez no puede suscitarse en relación con los propios Tratados constitutivos o Derecho comunitario originario; y d) en el supuesto de impugnación de la validez de un acto o norma comunitaria derivada, el órgano jurisdiccional nacional «no tiene facultad de declarar su invalidez» (STJCE 22 de octubre de 1987, *Foto Frost*, 341/1985), o, en otras palabras, tiene competencia para desestimar las objeciones que se formulen contra su validez, pero, por el contrario, no la tiene para apreciar y declarar su invalidez, sin acudir a un pronunciamiento prejudicial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas."

TERCERO - La parte actora fundamenta su petición de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por entender que el artículo 5.1 de la Directiva 92/12 somete a impuestos especiales la fabricación e importación de determinados productos entre los que por remisión del artículo 3 de la Directiva 2003/96 se encuentra la electricidad, por lo que cualquier tributo distinto que grave la fabricación de la electricidad vulnera el artículo 5.1 de la Directiva que solo somete a impuestos especiales la fabricación o importación de la electricidad no cualesquiera otras actividades vinculadas. Se quebrantaría el artículo 3,3 de la Directiva 92/12 si algún Estado miembro aprovechase el impuesto especial sobre la electricidad para crear otro tributo como pueden ser los peajes de acceso. El sistema impositivo español sobre la electricidad, aplicado a los procesos industriales, constituye una restricción a la libertad de establecimiento en tanto que desincentiva a otros operadores comunitarios para establecerse en España, con el consiguiente efecto de exclusión a tales operadores que no disponen de economía a escala suficiente en España para competir con el resto de operadores españoles; restricción que esta justificada según la Exposición de Motivos de la Ley 66/1997 en la necesidad de compensar la suspensión del recargo en concepto de coste específico a la minería del carbón que gira en la actualidad sobre la facturación eléctrica. El sistema impositivo español en materia energética discrimina a los operadores que consumen electricidad en sus procesos industriales mineralógicos frente a los que utilizan carbón, pues los primeros tienen que tributar por la electricidad que consumen, los segundos están exentos.

CUARTO.- La primera cuestión que debe ser resuelta es la posibilidad de plantear o no la cuestión prejudicial formulada por la parte actora, cuestión que presenta en un doble plano, por un lado por ser contrario a lo dispuesto en la Directiva 2003/96 en relación con la Directiva 92/12, y en segundo lugar, por la limitación que se impone a la libertad de establecimiento en España, de otras empresas europeas por el sistema tributario más gravoso de servicios que presenta en relación con otros países de la Unión.

QUINTO.- Como dice el Abogado del Estado, malamente podrá infringirse lo dispuesto en las Directivas indicadas, si no son de aplicación al caso que nos ocupa.

Al respecto debe decirse, que la Directiva 2003/96, lo primero que hace es fijar una unificación mínima de tributación de la electricidad, continuando con el camino marcado por la Directiva 92/12 en relación con los hidrocarburos; por tanto no establece una exención o no sujeción de esta tributación a la fabricación o importación de electricidad, si no que fija una tributación mínima, tratando de llegar a una unificación básica, evitando que el sistema tributario neutro o cero de algunos países, pudiese interpretarse como ayudas estatales a ciertas industrias en perjuicio de la libertad de establecimiento o libre competencia.

(Considerándoos (2) *La falta de disposiciones comunitarias que sometan a una imposición mínima la electricidad y los productos energéticos distintos de los hidrocarburos puede ser perjudicial para el buen funcionamiento del mercado interior.*



(3) *El funcionamiento adecuado del mercado interior y la consecución de los objetivos de otras políticas comunitarias requieren que la Comunidad establezca unos niveles mínimos de imposición para la mayoría de los productos de la energía, incluidos la electricidad, el gas natural y el carbón.*

(5) *El establecimiento de unos niveles mínimos adecuados comunitarios de imposición puede hacer que se reduzcan las diferencias actuales en los niveles nacionales de imposición.)*

Pero esta Directiva 2003/96, solamente será aplicable a la electricidad, cuando sea empleada como carburante o combustible.

A esta conclusión se llega por los siguientes razonamientos:

El artículo 2.4.b) guión 4, establece:

La presente Directiva no se aplicará a:

a) (...)

b) *los siguientes usos de los productos energéticos y de la electricidad, (guión cuarto)*

- procesos mineralógicos.

Los «procesos mineralógicos» son los procesos clasificados en la nomenclatura NACE con el código DI 26, «industrias de otros productos minerales no metálicos» en el Reglamento (CEE) nº 3037/90 del Consejo, de 9 de octubre de 1990, relativo a la nomenclatura estadística de actividades económicas de la Comunidad Europea.

No obstante, las disposiciones del art. 20 se aplicarán a estos productos energéticos.

Por su parte, el artículo 20 dice:

Únicamente los siguientes productos energéticos estarán sometidos a las disposiciones sobre control y movimientos de la Directiva 92/12/CEE: y recoge una serie de productos identificados por los números de los Códigos NC, entre los que no se encuentra el 2716 que es al que se refiere la Ley 38/1992 en cuanto regula el impuesto especial sobre la electricidad.

Ya en el considerando 22 de la Directiva 2003/96, se recogía esta exclusión en su aplicación cuando decía:

(22) *Los productos energéticos deben estar sometidos fundamentalmente a un marco comunitario cuando se usen como combustible para calefacción o carburante de automoción. En esta medida, está en la naturaleza y en la lógica del sistema fiscal excluir del ámbito de aplicación el doble uso y el uso de productos energéticos con fines distintos a los de carburante o combustible, así como los procesos mineralógicos. El uso similar de la electricidad debe tratarse en pie de igualdad.*

SEXTO.- Desestimada la pretensión de plantear esta primera cuestión de prejudicialidad, procede entrar a resolver sobre la segunda cuestión que desea se plantee sobre lo que considera, la parte actora, constituye un impedimento a la libertad de establecimiento recogido en el artículo 49 del TFUE por constituir una restricción a los operadores comunitarios que desincentivan su entrada en el mercado español y no resulta justificada ni proporcionada.

Lo cierto es que existe un tratamiento igualatorio con los establecimientos y los servicios prestados por las empresas españolas, ya constituidas o por constituirse en su territorio, pues no existe un trato de favor en relación con las de nacionalidad española o con las ya establecidas con anterioridad, y la capacidad económica de cada empresa será, o no, un obstáculo para concurrir en libertad de competencia con otras empresas, pero sin que ello suponga un trato más beneficioso para algunas.

Por tanto se desestima también plantear esta segunda cuestión.

SÉPTIMO.- Se alega por la parte que la base imponible que se tiene en cuenta para liquidar el impuesto, incluye una serie de impuestos creados por el Legislador que no tienen que ver con el impuesto especial, los peajes de acceso, (potencia, energía y energía reactiva), que exceden de los gastos tenidos en la fabricación o producción de la energía eléctrica, y que en el supuesto de haber querido el legislador incluirlos en la base imponible, lo hubiese establecido así en el artículo 64 Ter de la Ley especial. Todo ello es así, pues el hecho imponible está constituido por la fabricación de electricidad, artículo 5 de la Ley 38/1992, lo que excluye todo gasto que no sea el producido en su fabricación.

OCTAVO.- Nos hallamos ante un producto cuya fabricación, transporte distribución y consumo requiere de una regulación especial, tanto en materia de seguridad, como de producción, transporte y consumo.

La base imponible del Impuesto Especial sobre la Electricidad, está constituida por el resultado de multiplicar por el coeficiente 1,05113 el importe total que con ocasión del devengo del impuesto, se habría determinado



como base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido excluidas las cuotas del propio Impuesto sobre la Electricidad, para un suministro de energía eléctrica efectuado a título oneroso dentro del territorio de aplicación del Impuesto sobre el Valor Añadido entre personas no vinculadas, conforme a lo establecido en los arts. 78 y 79 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora de este último impuesto. (Artículo 64.ter).

Por su parte, el artículo 78 de la Ley 37/1992 establece que la base imponible del impuesto estará constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas.

En el número dos.1º de dicho artículo se dice que en particular se incluyen en el concepto de contraprestación los gastos de ... portes y transportes... a favor de quien realice la entrega o preste el servicio derivado de la prestación principal o de las accesorias a la misma.

El devengo del impuesto especial que nos ocupa, se entiende que se produce en el momento en que resulte exigible la parte del precio correspondiente a la energía eléctrica suministrada en cada período de facturación, cuando la salida de la energía eléctrica de las instalaciones consideradas fábricas o depósitos fiscales se produzca en el marco de un contrato de suministro de energía eléctrica efectuado a título oneroso. (Artículo 64 bis A).5 Ley 38/1992).

Esto es, el devengo del producto no se produce cuando la electricidad sale de fábrica, si no cuando es suministrada y es exigible la parte del precio correspondiente a la energía eléctrica suministrada en cada período de facturación, y el suministro debe hacerse a través de las líneas de transporte y distribución que tienen la condición de depósito fiscal y circula en régimen suspensivo.

El suministro, constituye una actividad compleja según establece la Ley 54/1997, artículo 1. La presente ley regula las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica, consistentes en su generación, transporte, distribución, servicios de recarga energética, comercialización e intercambios intracomunitarios e internacionales, así como la gestión económica y técnica del sistema eléctrico.

En la misma Ley y en su artículo 16 se establece la remuneración de estas actividades, entre las que incluye los peajes de acceso a las redes que se desarrollan reglamentariamente por el R.D, 1164/2001 .

En conclusión, el devengo del impuesto especial sobre la electricidad, se produce cuando es exigible la parte del precio correspondiente a la energía eléctrica suministrada en cada período de facturación, el suministro implica una serie de actividades complejas que comprenden la producción de energía eléctrica, su transporte y distribución, estando fiscalmente en régimen suspensivo, hasta que llega al consumidor y sale del depósito fiscal, que está formada por la red de transporte constituida por líneas, parques, transformadores y otros elementos eléctricos, así como las instalaciones de distribución de energía eléctrica cuando concurren las condiciones fijadas en las letras a) y b) del artículo 64 bis A) 1º de la Ley 38/92 ; y todos los gastos generados por la intervención de todos estos elementos y sistemas, constituye el importe total que con ocasión del devengo del impuesto, habría determinado como base imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido, que está constituida por el importe total de la contraprestación de las operaciones sujetas al mismo procedente del destinatario o de terceras personas, que en particular incluyen en el concepto de contraprestación los gastos de ... portes y transportes... a favor de quien realice la entrega o preste el servicio derivado de la prestación principal o de las accesorias a la misma.

Por tanto, no se ha producido ninguna exlimitación en la fijación de la base imponible del Impuesto sobre la Electricidad girado a la parte recurrente, procediendo la desestimación del recurso en todas sus partes, l que con lleva por imperativo legal, artículo 139 de la Ley 29/98 , la imposición al pago de las costas causadas en esta instancia.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación

FALLAMOS

Que **debemos desestimar y desestimamos** el recurso Contencioso-Administrativo número **44/2013** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Séptima, ha promovido la entidad CEMEX ESPAÑA S.L., representada por el Procurador don Francisco Javier Abajo Abril, contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación interpuesta ante el Tribunal Económico Administrativo Central presentada el 28 de noviembre de 2011 contra la resolución expresa del recurso de reposición interpuesto contra la resolución dictada en el expediente de devolución de ingresos indebidos nº 282002011016514 seguido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria Delegación Provincial de Aduanas e Impuestos Especiales de Madrid en relación con el Impuesto Especial sobre la Electricidad indebidamente ingresado durante el período de enero de 2007 a diciembre de 2010 por la que se desestima el citado recurso y en



consecuencia la solicitud de devolución de ingresos indebidos a que la demanda se contrae, por ser conforme al ordenamiento jurídico, por lo que lo confirmamos en todas sus partes.

Se hace expresa imposición al pago de las costas causadas en esta instancia a la parte recurrente.

Notifíquese esta Sentencia a las partes personadas, haciéndoles la indicación que contra la misma puede prepararse recurso de casación ante esta Sección, en el plazo de 10 días a contar desde el siguiente al de su notificación y para ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Previamente deberá constituir un depósito por importe de 50 euros que ingresará en la cuenta de esta Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, abierta en BANESTO número 2856 0000 24, e indicando en los siguientes dígitos el número y año del presente procedimiento. Se aportará el correspondiente resguardo en el momento de su preparación de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la vigente Ley Orgánica del Poder Judicial .

ASI por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido con el expediente a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Certifico.