

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE LAS SOLICITUDES DE TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. PARA LA RECTIFICACIÓN Y DEVOLUCIÓN DEL PAGO DE LA AUTOLIQUIDACIÓN DEL 2014 Y LOS PAGOS A CUENTA DE ABRIL Y JULIO DEL 2015, FORMULADOS E INGRESADOS POR DICHA ENTIDAD CON CARGO A LA APORTACIÓN ANUAL ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 5 DE LA LEY 8/2009, DE 28 DE AGOSTO, DE FINANCIACIÓN DE LA CRTVE.

RTVE/D TSA/031/15/RECTIFICACIÓN AUTOLIQUIDACIONES

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 5 de noviembre de 2015

Visto el expediente relativo a las solicitudes de Telefónica de España, S.A.U. para la rectificación y devolución del pago de la autoliquidación del 2014 y los pagos a cuenta de abril y julio del 2015, formulados e ingresados por dicha entidad con cargo a la aportación anual establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Presentación e ingreso de los modelos A1 y A3.

Con fechas 27 de febrero, 30 de abril y 31 de julio de 2015, Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) presentó en el Registro telemático de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), como sujeto obligado al pago de la aportación prevista en el artículo 5 de la Ley 8/2009 de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (en adelante, Ley de Financiación CRTVE), copia del impreso de autoliquidación del ejercicio 2014 (modelo "A1") y de los pagos a cuenta de abril y julio de 2015 (modelos "A3"), formulados con cargo a la aportación anual a realizar por TESAU en su

condición de operadora de comunicaciones electrónicas de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma.

Los importes de estos documentos fueron ingresados, asimismo, el 27 de febrero, 30 de abril y 31 de julio de 2015, respectivamente.

SEGUNDO.- Solicitudes de rectificación de los documentos presentados.

Con fechas 26 de junio y 7 de octubre de 2014, han tenido entrada en el registro electrónico de esta Comisión 3 escritos presentados por TESAU por los que solicita la rectificación y devolución de los documentos citados en el antecedente anterior y todo sobre la base de que la aportación establecida en el artículo 5 de la Ley de Financiación CRTVE no se ajusta a derecho y, por tal motivo, perjudica gravemente sus legítimos intereses.

Los razonamientos aducidos por la operadora en sus solicitudes de rectificación pueden resumirse, fundamentalmente, en los siguientes:

- 1) Inconstitucionalidad de la aportación: vulneración de los principios de interdicción de la arbitrariedad, igualdad en el sostenimiento de las cargas públicas, capacidad económica y no confiscatoriedad garantizados por los artículos 9.3, 14 y 31 de la Constitución española

La solicitante alega que las aportaciones establecidas por la Ley de Financiación CRTVE adolecen de vicios de inconstitucionalidad al no respetar los principios constitucionales establecidos en los artículos 9.3, 14 y 31 de la Constitución.

Respecto a este motivo de rectificación, TESAU sostiene que el **principio de capacidad económica** impide la exigencia de una tasa a quienes no resulten particularmente beneficiados por el servicio público a financiar o sin tener en cuenta en qué medida tal servicio beneficia al usuario del mismo generando una capacidad económica susceptible de ser gravada.

Teniendo en cuenta lo anterior, TESAU entiende que la compatibilidad de la aportación con el principio de capacidad económica exige confirmar que, tal y como establece la propia Ley de Financiación CRTVE, los operadores de telecomunicaciones son poseedores de una riqueza real o potencial expresada por los ingresos que, de forma tanto directa como indirecta, mediante la prestación de servicios audiovisuales o servicios de publicidad, van a generar gracias a: (i) la supresión del régimen de publicidad retribuida y la renuncia a contenidos de pago y acceso condicional de RTVE; (ii) la nueva regulación del sector televisivo y audiovisual; o (iii) la ampliación de los servicios de banda ancha fija y móvil.

No obstante, a juicio de TESAU, *“Parece evidente que los operadores de telecomunicaciones no van a percibir ingresos directos por la supresión del*

régimen de publicidad retribuida en RTVE tal y como se desprende de: **(i)** la Memoria Económica del Proyecto de Ley (en la que no sólo no se identificó el impacto positivo para los operadores de telecomunicaciones que se derivaría de la supresión de la publicidad en RTVE, sino que entendió que dicho beneficio no se iba a generar), **(ii)** del Informe a la Vicepresidencia Primera del Gobierno y Ministerio de la Presidencia sobre el anteproyecto de Ley de Financiación CRTVE, elaborado por la CMT, (en el que se afirmó que *“la imposición de un gravamen a los operadores de comunicaciones electrónicas para la financiación de las televisiones públicas no cumpliría con este principio, en tanto que éstos no realizan ninguna actividad o acto o negocio que demuestre una capacidad económica que se identifique para ser gravada”*) y, finalmente, **(iii)** del Informe 46/10 de la Comisión Nacional de la Competencia sobre el Real Decreto de Financiación de la Corporación RTVE (donde se sostiene que *“la justificación del supuesto beneficio que justificaría la imposición de la obligación de contribución directa a la financiación de RTVE no está debidamente desarrollada ni en el articulado ni en la exposición de motivos ni en las memorias de acompañamiento de la Ley (...)”*)

TESAU sostiene que las anteriores afirmaciones se han materializado a lo largo del año 2010, ejercicio en el que los operadores de televisión en abierto, en concreto Antena 3 y Telecinco, han visto incrementados sus ingresos publicitarios gracias a la supresión de la publicidad en RTVE, tal y como han reconocido dichas entidades en la publicación de resultados que han presentado en febrero de 2011 y que TESAU aporta en sus solicitudes de rectificación.

En sus escritos de 7 de octubre, la interesada sostiene que *“Es obvio que esos beneficios no guardan ninguna relación con la actividad de mi representada como operador de telecomunicaciones y que no se han producido. Los beneficiarios de la ampliación de los servicios de banda ancha y móvil, que además no han tenido que asumir carga alguna, son las compañías que venden sus bienes y servicios utilizando Internet como principal canal de ventas porque son quienes reciben el retorno directa de que sus clientes tengan un mayor acceso más rápido”*¹.

Para TESAU, tampoco cabe deducir ningún beneficio derivado de la ampliación de los servicios de banda ancha fija y móvil. Esa ampliación no resulta de la Ley 8/2009, sino de medidas legislativas que pueden (o no) tener lugar en el futuro, de manera independiente al contenido de la Ley 8/2009.

A juicio de la solicitante, la aportación también vulneraría el **principio de igualdad** ya que se excluye del gravamen de la aportación, sin causa

¹ Por tanto, en opinión de la operadora, no existe fundamento teórico ni justificación posible para pretender gravar a los operadores de telecomunicaciones encargadas de desarrollar las redes cuando además no se grava a todas las empresas proveedoras de bienes y servicios que tienen como principal canal de ventas Internet y que por tanto se beneficiarían directamente de un mayor número de usuarios.

razonable ni objetiva, a algunos sujetos que sí se benefician de la regulación contenida en Ley de Financiación CRTVE, como lo serían los operadores de telecomunicaciones del ámbito autonómico o local (en tanto no existe una motivación racional para identificar a los sujetos pasivos en función de términos geográficos), y el resto de sujetos no incluidos y que, sin embargo, se verán beneficiados por esta nueva regulación; como lo serían el resto de oferentes de espacios publicitarios (operadores de radio, prensa escrita, publicidad externa, publicidad online) y los creadores de contenidos audiovisuales.

TESAU sostiene que las aportaciones establecidas en la Ley de Financiación CRTVE también vulnerarían el **principio de no confiscatoriedad** toda vez que para el cálculo de la base imponible de las aportaciones no se toman en consideración los ingresos derivados de aquellos servicios que, según el legislador, suponen una manifestación de riqueza para los sujetos pasivos; ni siquiera se tienen en cuenta, según TESAU, los beneficios reales de los operadores puesto que la base de cálculo son los ingresos totales y no los beneficios reales obtenidos. Así pues, para la operadora, *“se construye un impuesto que no grava beneficios, sino que grava ingresos brutos, y que además no grava los ingresos asociados a la teórica capacidad contributiva que pondría de manifiesto la Ley”*.

En su escrito de 26 de junio de 2015, TESAU alega que el Reglamento de las aportaciones vulneraría el **principio de reserva de Ley**, por cuanto contiene una auténtica definición *ex novo* del hecho imponible de la aportación que deben satisfacer los operadores de comunicaciones electrónicas al extender el ámbito de los sujetos obligados a aquellas empresas que, a pesar de que no reúnan directamente las condiciones establecidas en el artículo 5 de la Ley de Financiación, lo hagan a través de una empresa del mismo grupo en los términos establecidos por el artículo 42 del Código de Comercio.

Asimismo, a juicio de TESAU, el Real Decreto de Financiación al haber establecido la obligación de satisfacer los pagos a cuenta del 2010 constituye una violación del principio de reserva de ley, ya que esta obligación no fue establecida por la Ley de financiación CRTVE.

2) Configuración de la base imponible sin relación con el hecho imponible

En mismo escrito de 26 de junio de 2015, TESAU considera que, teniendo en cuenta que el modelo económico de los operadores de telecomunicaciones se basa en el cobro de cuotas a sus clientes, sus ingresos correspondientes a publicidad son *“insignificantes”*, quedando patente que no existe ninguna relación razonable entre la base imponible y la riqueza gravada.

3) Aportación contraria a la normativa comunitaria

En su solicitud de 26 de junio de 2014, TESAU considera que las aportaciones no cumplen con los parámetros establecidos en el artículo 12 la Directiva

2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, por cuanto impone una carga pecuniaria adicional a los operadores de telecomunicaciones no amparada por el artículo 12 de la citada Directiva.

Por su parte, en sus solicitudes de 7 de octubre, señala TESAU que si bien es cierto que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia del 27 de junio de 2013 en el asunto C-485/11, rechazó el recurso por incumplimiento presentado por la Comisión Europea contra Francia en relación con los impuestos creados en el artículo 33 de la “Ley nº 2009-258 de la 5 de marzo de 2009, relativa a la comunicación audiovisual y al nuevo servicio público para la financiación de la televisión pública francesa”, *“continúan existiendo indicios suficientes como para entender que la Aportación prevista en el artículo 5 de la Ley 8/2009 es contraria a la Directiva 2002/20/CE”*².

Adicionalmente, TESAU sostiene que la aportación de los operadores de telecomunicaciones origina dos diferentes discriminaciones no objetivas ni motivadas en las que se limita tanto la libertad de establecimiento como la libre prestación del servicio al introducir restricciones que, indirectamente, pueden favorecer a operadores nacionales y que ni están justificadas por razones imperiosas de interés general, ni son adecuadas para garantizar el objetivo que persiguen ni puede decirse que no vayan más allá de lo necesario para lograr ese eventual objetivo³.

Por otro lado, TESAU alega que la aportación a realizar por los operadores de telecomunicaciones es contraria al artículo 107 del TFUE por su carácter asimétrico, toda vez que beneficia indebidamente a las empresas operadoras de televisión en abierto y otros grupos de comunicación privados no gravados, así como a los operadores regionales en perjuicio de TESAU.

De igual manera, para TESAU, la aportación a cargo de los operadores de telecomunicaciones forma parte de un régimen de ayuda de Estado ilegal toda vez que el régimen de financiación de RTVE vulnera la doctrina europea relevante, por cuanto contempla una sobrecompensación de la CRTVE, no

² En opinión de TESAU, el TJUE, debido a un defectuoso planteamiento del recurso de infracción por parte de los servicios jurídicos de la Comisión Europea, realizó una interpretación del artículo 12 de la Directiva 2002/20/CE de manera aislada, y no poniéndolo debidamente en relación con el artículo 6 y el Anexo “A” de la Directiva. TESAU considera imprescindible realizar esta interpretación conjunta para analizar el problema aquí planteado de una manera adecuada. También sostiene la operadora que *“la Sentencia del TJUE dictada en relación con el tributo francés es hasta cierto punto contradictoria con anteriores pronunciamientos del TJUE dictadas en materia de telecomunicaciones, tales como la Sentencia de 21 de febrero de 2008, dictada en el asunto C-296/06 (asunto Telecom Italia SpA) en la que el Tribunal concluyó que los Estados sólo podían exigir los tributos previstos en la normativa comunitaria (...)”*

³ Para TESAU, estas diferencias se materializan cuando la Ley 8/20019 realiza un tratamiento diferente entre los operadores de comunicaciones en función de que los mismos presten o no servicios audiovisuales y, por otro lado, cuando efectúa un tratamiento en favor de los operadores regionales de telecomunicaciones que de facto favorece a los operadores nacionales.

define con suficiente precisión las funciones de servicio público ni su coste y permite comportamientos anticompetitivos de RTVE.

4) Materialización del perjuicio causado

Finalmente, a juicio de TESAU, las autoliquidaciones formuladas e ingresadas por dicha compañía con cargo a la aportación establecida en el artículo 5 de la Ley de Financiación CRTVE habrían perjudicado sus intereses legítimos, en el sentido del artículo 120.3 de la Ley General Tributaria, toda vez que, según la interesada, TESAU habría sufrido una considerable reducción de su capacidad inversora y, a su vez, una pérdida de cuota de mercado debido al impacto negativo que supone, desde el punto de vista de la competencia, la diferenciación que realiza la Ley en cuanto al ámbito geográfico de actuación de los operadores para determinar quienes se encuentran sujetos al pago de las aportaciones, cuando en realidad, según TESAU, *“todos ellos se encuentran en competencia”*.

TERCERO.- Acuerdo de acumulación.

Mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del sector Audiovisual de la CNMC, se informó a la interesada que, dada la identidad sustancial e íntima conexión existente entre todas las solicitudes presentadas, se acordaba, por razones de brevedad, economía y unidad de criterio, la tramitación de las mismas en el marco de un único procedimiento administrativo con referencia RTVE/DTSA/31/15, según dispone el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común⁴ (LRJPAC), teniendo en cuenta que todas peticiones podían ser examinadas y decididas en un solo acto al ser, sustancialmente, idénticas, pero referidas a distintos ejercicios.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación de los escritos presentados y admisión a trámite.

De las solicitudes presentadas por TESAU se desprende lo siguiente: (i) su intención de rectificar los documentos de autoliquidación y de pagos a cuenta formulados por dicha entidad con cargo a la aportación prevista en el artículo 5 de la Ley de financiación CRTVE y, por otro lado, (ii) que se trata de sendas solicitudes de devolución de ingresos indebidos de los importes ingresados respecto a los mismos.

En este sentido, el apartado 3 del artículo 120 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) señala que *“Cuando un*

⁴ Normativa de aplicación supletoria en materia tributaria por remisión expresa de la disposición adicional quinta de la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

obligado tributario considere que una autoliquidación ha perjudicado de cualquier modo sus intereses legítimos, podrá instar la rectificación de dicha autoliquidación de acuerdo con el procedimiento que se regule reglamentariamente”.

Por su parte, el artículo 221.4 de la LGT establece, respecto al procedimiento para la devolución de ingresos indebidos, que *“Cuando un obligado tributario considere que la presentación de una autoliquidación ha dado lugar a un ingreso indebido, podrá instar la rectificación de la autoliquidación de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 120 de esta Ley”.*

La entidad solicitante califica expresamente sus escritos como solicitudes de rectificación de los documentos formulados e ingresados, al amparo del artículo 120.3 de la LGT y de los artículos 126 y siguientes del Reglamento General de las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (en adelante, RGGI).

Asimismo, dichos escritos cumplen con los requisitos generales establecidos en los artículos 88.2 y 126 del mismo Reglamento, por lo que procede calificar los mismos como sendas solicitudes de rectificación de autoliquidaciones y, en consecuencia, admitirlas a trámite.

SEGUNDO.- Legitimación para presentar las solicitudes.

Siendo TESAU sujeto obligado al pago de la aportación prevista en el artículo 5 de la Ley de Financiación CRTVE, a cuyo cargo se formularon la autoliquidación y los pagos a cuenta cuya rectificación solicita, por considerar que los mismos han perjudicado sus intereses legítimos, la entidad ostenta la legitimación suficiente para presentar las solicitudes objeto de la presente Resolución (apartados 1 y 3 del artículo 120 de la LGT, artículo 126.2 del RGGI y 5.3 de la Ley de Financiación CRTVE).

TERCERO.- Habilitación competencial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 126.1 del RGGI, las solicitudes de rectificación de autoliquidaciones *“se dirigirán al órgano competente de acuerdo con la normativa de organización específica”*, quién será el órgano encargado de su instrucción y resolución.

Tanto el artículo 5.6 como el artículo 6.7 de la Ley 8/2009 de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, atribúan a la CMT la gestión, liquidación, inspección y recaudación de las aportaciones a las que se refieren los artículos 5 y 6 de la citada Ley de Financiación CRTVE. Asimismo, se establece un régimen supletorio, al señalar que las citadas competencias se regirán por lo dispuesto en la referida Ley y, en lo no previsto en ella, por la Ley

8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, por la Ley General Tributaria y por las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de las mismas.

De igual forma, el artículo 6 (*“Procedimiento de gestión de las aportaciones de los operadores de telecomunicaciones y televisión”*) del Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la citada Ley de financiación, establece que *“1. La gestión, liquidación, inspección y recaudación de las aportaciones a que se refieren los artículos 4 y 5 de este real decreto corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”*.

Con fecha 6 de junio de 2013 entró en vigor la Ley 3/2013, de 5 de junio, cuyo objeto es la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

La citada norma, prevé en su disposición adicional segunda que *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o al Ministerio correspondiente según la función de que se trate”*. Por tanto, a partir de la fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC (7 de octubre de 2013), las citadas competencias que venía ejerciendo la CMT quedaron atribuidas a la CNMC.

Posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, se ha transferido la competencia para la gestión tributaria de las aportaciones, al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, tal y como lo establece el artículo 69.I):

“I) Ejercer las funciones de gestión, liquidación, inspección y recaudación en periodo voluntario de las aportaciones a realizar por los operadores de telecomunicaciones y por los prestadores privados del servicio de comunicación audiovisual televisiva, de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma, reguladas en los artículos 5 y 6 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación Radio y Televisión Española”.

Sin embargo, la misma Ley 9/2014, en su Disposición transitoria décima, que se refiere al *“Desempeño transitorio de funciones por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*, establece lo siguiente:

*“En relación con las funciones que eran competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y que, conforme a lo establecido en esta Ley, se atribuyen al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia **las desempeñará hasta la fecha que se determine para el ejercicio efectivo de las nuevas funciones** que esta Ley atribuye al Ministerio de*

Industria, Energía y Turismo conforme a lo establecido en la disposición adicional decimoquinta⁵”.

En virtud de lo anterior, y en tanto no se determine mediante orden del Ministro de la Presidencia la fecha efectiva para el ejercicio de las nuevas funciones que la Ley 9/2014 atribuye al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, corresponde a la CNMC la competencia transitoria para la gestión y recaudación de las aportaciones a las que se refieren los artículos 5 y 6 de la Ley de Financiación CRTVE.

En relación con el Órgano competente de la CNMC para dictar la presente Resolución, el artículo 20.1 de la Ley 3/2013 prevé que el Consejo es el órgano competente para *“resolver y dictaminar los asuntos que la CNMC tiene atribuidos en esta Ley y por el resto de la legislación vigente”*.

El Consejo, según el artículo 16 de la citada Ley, actúa en pleno o en sala, siendo competencia de las Salas los asuntos que no estén expresamente atribuidos al pleno, tal como dispone el apartado segundo del artículo 20.

En desarrollo de la Ley 3/2013, el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, dispone que será competente la Sala de Supervisión regulatoria para conocer los asuntos relacionados con la aplicación de los artículos 6 a 12 de la Ley 3/2013, de 4 de junio y del informe previsto por el apartado 7 de su disposición adicional novena.

En este sentido, y como ya se ha señalado en párrafos anteriores, tanto la Ley 8/2009 como el Real Decreto 1004/2010 que la desarrolla atribuyen a la CMT (actual CNMC⁶), la competencia de gestión, liquidación, recaudación e inspección de las aportaciones a la financiación de la CRTVE, pero sin especificar el órgano concreto que es competente dentro de la misma.

Por lo tanto, interpretando de manera concordante las citadas normas cabe concluir que la competencia para resolver el presente procedimiento corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

⁵ La Disposición adicional decimoquinta de la Ley 9/2014 establece, en su apartado 3, que *“3. La fecha para el ejercicio efectivo de las nuevas funciones que esta Ley atribuye al Ministerio de Industria, Energía y Turismo se determinará mediante orden del Ministro de la Presidencia, a propuesta del Ministro de Industria, Energía y Turismo, del Ministro de Economía y Competitividad y del Ministro de Hacienda y Administraciones públicas. En todo caso, todas las actuaciones a que se refiere la presente disposición deberán haberse realizado en el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor de esta Ley”*.

⁶ La CNMC resulta competente de forma transitoria para ejercer esta competencia, en virtud de lo previsto en la Disposición Transitoria Décima de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

CUARTO.- Omisión del trámite de audiencia.

Dado que en el procedimiento al que pone fin esta Resolución no se han tenido en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas distintas de las aducidas en el inicio del mismo por TESAU, en virtud de lo establecido en el artículo 96.3 del RGGI, se ha prescindido del trámite de audiencia.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre el procedimiento de rectificación de autoliquidaciones.

El artículo 120.1 de la Ley General Tributaria define las autoliquidaciones tributarias como aquellas *“declaraciones en las que los obligados tributarios, además de comunicar a la Administración los datos necesarios para la liquidación del tributo y otros de contenido informativo, realizan por sí mismos las operaciones de calificación y cuantificación necesarias para determinar e ingresar el importe de la deuda tributaria o, en su caso, determinar la cantidad que resulte a devolver o a compensar”*.

Por su parte, son pagos a cuenta los pagos fraccionados impuestos por la ley de cada tributo que deben realizarse antes de que éste resulte exigible.

Dichas autoliquidaciones y pagos a cuenta pueden motivar, ciertamente, ingresos indebidos y es por ello por lo que el artículo 221.4 de la LGT prevé que *“Cuando un obligado tributario considere que la presentación de una autoliquidación ha dado lugar a un ingreso indebido, podrá instar la rectificación de la autoliquidación de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 120 de esta Ley”*.

De conformidad con lo anterior, el citado artículo 120 LGT, en su apartado 3, dispone que *“Cuando un obligado tributario considere que una autoliquidación ha perjudicado de cualquier modo sus intereses legítimos, podrá instar la rectificación de dicha autoliquidación de acuerdo con el procedimiento que se regule reglamentariamente”*.

Por su parte, en desarrollo de las anteriores previsiones, el RGGI establece, en su artículo 126.2, que *“La solicitud sólo podrá hacerse una vez presentada la correspondiente autoliquidación y antes de que la Administración tributaria haya practicado la liquidación definitiva o, en su defecto, antes de que haya prescrito el derecho de la Administración tributaria para determinar la deuda tributaria mediante la liquidación o el derecho a solicitar la devolución correspondiente”*.

De los artículos citados se desprende que el obligado tributario podrá instar la rectificación de una autoliquidación previamente presentada *“en el supuesto de que haya cometido un error que vaya en contra sus intereses (esto es, que el obligado tributario entienda que debería haber ingresado una cantidad inferior,*

o solicitado una devolución o una compensación superior, a la anteriormente autoliquidada⁷), ya que si es al contrario (esto es, el error cometido al tiempo de presentar la autoliquidación perjudica a la Administración, ya sea por haber realizado un menor ingreso, ya sea por haber solicitado una mayor devolución o compensación de la que corresponde) se deberá presentar una autoliquidación complementaria según el artículo 122 de la LGT⁸”.

Asimismo, conviene señalar que no se trata de una vía alternativa para revisar los actos liquidatorios de la Administración, sino de rectificación de extremos contenidos en la propia autoliquidación del sujeto obligado como consecuencia de los cuales se haya producido un ingreso indebido, esto es, en aquellos supuestos contemplados en el artículo 221.1 de la LGT o, en su caso, derivados de la normativa del tributo, como señala el artículo 120.3, segundo párrafo, de la misma Ley.

SEGUNDO.- Sobre la “presunción de certeza” de las autoliquidaciones.

Sentado lo anterior, en cuanto a la acreditación de la existencia de perjuicios en los intereses legítimos del sujeto pasivo, elemento indispensable para acordar la rectificación interesada, es obligado acudir a la norma general en materia de carga de la prueba contenida en el artículo 105 de la LGT, según el cual *“en los procedimientos de aplicación de los tributos, quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo⁹”*, a lo que cabe añadir la presunción contenida en el artículo 108.4 del mismo texto legal que, dentro de la sección dedicada a la prueba en los procedimientos tributarios, dispone:

“Los datos y elementos de hecho consignados en las autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones y demás documentos presentados por los obligados tributarios se presumen ciertos para ellos y sólo podrán rectificarse por los mismos mediante prueba en contrario”.

De los preceptos transcritos se desprende que, en los procedimientos tributarios, *“cada parte tiene la carga de probar aquellas circunstancias que le favorecen; esto es, la Administración la realización del hecho imponible y de los elementos de cuantificación de la obligación, y el obligado tributario las circunstancias determinantes de los supuestos de no sujeción, exenciones y bonificaciones o beneficios fiscales”* (STS de 11 octubre 2004, RJ 2004\6819) y, por otro lado, que la *“presunción de certeza de las declaraciones tributarias (...) no puede ser desvirtuada sin el necesario soporte probatorio que exige*

⁷ O como lo sería, por ejemplo, el haber declarado indebidamente alguna renta exenta, una incorrecta aplicación del tipo impositivo, haber olvidado deducir algún gasto fiscalmente admisible o, en su caso, que se haya omitido alguna reducción o deducción a las que tenía derecho; en suma, que se haya producido un perjuicio de sus intereses legítimos.

⁸ Sentencia de Audiencia Nacional de 2 junio de 2008, JUR\2008\223597.

⁹ Este principio es interpretado por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 27 de enero de 1992, en el sentido de que *«cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma, cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor»*.

enervar la presunción legal (...)”, STS de 16 julio 2009, JUR 2009\436231, recogién dose, ciertamente, como una verdadera presunción "*iuris tantum*".

En este sentido, teniendo en cuenta que, según lo establecido por el citado artículo 108.4 LGT, la presentación de una autoliquidación tiene el efecto de la creación de una "*presunción de certeza*" a favor de propia autoliquidación y que no puede ser desvirtuada sin el necesario soporte probatorio, corresponde a TESAU acreditar la existencia del error incurrido o el perjuicio causado por su presentación, así como los presupuestos necesarios para su rectificación.

Pues bien, en el presente supuesto, ni las alegaciones formuladas por la interesada respecto a los vicios de inconstitucionalidad de las aportaciones establecidas en la Ley de Financiación CRTVE, ni los documentos presentados conjuntamente con sus solicitudes, constituyen prueba suficiente por su parte que acredite las circunstancias concurrentes que hayan podido perjudicar "*de cualquier modo sus intereses legítimos*", para con ello rebatir o destruir la certidumbre del hecho del que se trate presunto, esto es, las autoliquidaciones presentadas.

Asimismo, tampoco se aprecia, *prima facie* y sin perjuicio de una posterior comprobación, error alguno de hecho o derecho en las referidas autoliquidaciones que pudieran perjudicar los intereses del obligado tributario; esto es, no se aprecia, ciertamente, ningún error en cuanto a la determinación –al alza- de la base imponible declarada en las mismas ni una incorrecta aplicación del tipo de gravamen aplicable que haya producido un mayor ingreso a favor de la Administración ni, en suma, ningún otro error de naturaleza tributaria que pueda motivar la rectificación de las autoliquidaciones formuladas conforme a derecho, es decir, en consonancia con la propia Ley que regula aportación.

En efecto, la referida Ley de Financiación CRTVE concreta, en sus artículos 5 y 6, los requisitos y condiciones, así como los elementos tributarios configuradores de la aportación anual que deben realizar los operadores de comunicaciones electrónicas y las televisiones privadas, ambos de ámbito estatal o superior al de una Comunidad Autónoma, encargando la gestión, liquidación, inspección y recaudación de la citada aportación a esta Comisión.

Respecto a la concreta aportación a realizar por los operadores de telecomunicaciones de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma, el artículo 5.1 de la Ley de Financiación CRTVE prevé que "*deberán efectuar una aportación anual, calculada sobre los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente, excluidos los obtenidos en el mercado de referencia al por mayor, con la finalidad de contribuir a la financiación de la Corporación RTVE en atención al impacto positivo para el sector de las telecomunicaciones que se deriva de la nueva regulación del sector televisivo y audiovisual y, en especial, por la ampliación de los servicios de banda ancha fija y móvil, así como la supresión de la*

publicidad y la renuncia a contenidos de pago o acceso condicional de la Corporación RTVE”.

TESAU es un operador de comunicaciones electrónicas de ámbito estatal o superior al de una comunidad autónoma inscrita en el Registro de Operadores cuya llevanza corresponde a esta Comisión y, como tal, está obligada a realizar aportaciones de un 0,9% de sus ingresos brutos de explotación facturados cada ejercicio para la financiación de la CRTVE, tal y como prevén los artículos 5 de la Ley de Financiación de la CRTVE y 4 de su Reglamento de desarrollo:

"3. Resultarán obligados al pago de la aportación los operadores de servicios de telecomunicaciones que figuren inscritos en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en alguno de los servicios o ámbitos siguientes, siempre que tengan un ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma y exceptuando aquellos que no presten ningún servicio audiovisual ni cualquier otro servicio que incluya ningún tipo de publicidad:

- a. Servicio telefónico fijo.*
- b. Servicio telefónico móvil.*
- c. Proveedor de acceso a internet.*

El mismo artículo 5.5 de la Ley de Financiación CRTVE establece que esta aportación se devengará el 31 de diciembre de cada año y que, no obstante, si por causa imputable al operador éste perdiera la habilitación para actuar como tal en fecha anterior al 31 de diciembre, la aportación se devengaría en la fecha en que esta circunstancia se produjera.

Por su parte, el artículo 6.2 del Reglamento de financiación RTVE establece que los obligados al pago de la aportación deberán efectuar en los meses de abril, julio y octubre un pago a cuenta de la aportación que se devengue el 31 de diciembre de cada año. El importe del pago a cuenta, para cada uno de los hitos indicados, se fija en el 25 por ciento del resultado de aplicar el porcentaje señalado a los ingresos brutos de explotación facturados en el año anterior o, en su caso del último año liquidado, calculados conforme a lo establecido en los artículos 4.2 y 5.2 del propio Reglamento de financiación RTVE.

Finalmente, el artículo 6.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Financiación CRTVE establece, respecto a la presentación de las autoliquidaciones, que *“Los operadores deberán presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la autoliquidación de las aportaciones correspondientes al período de devengo. La autoliquidación deberá presentarse por vía electrónica, durante el mes de febrero posterior al cierre del ejercicio (...)”*.

La vigente Ley de Financiación CRTVE contiene todos y cada uno de los criterios de cuantificación de las aportaciones establecidas en sus artículos 5 y

6, conforme a los cuales fueron calculadas y presentadas las autoliquidaciones, por lo que no procede rectificarlas sin el necesario soporte probatorio que exige enervar la presunción legal de las que están provistas ya que, como sostiene la Audiencia Nacional en su sentencia de 16 de septiembre 2010¹⁰ la *“prueba es el único contrarius actus al que la ley concede eficacia para enervar la presunción de certeza de que están dotadas las declaraciones tributarias”*.

TERCERO.- Sobre la supuesta vulneración del ordenamiento jurídico constitucional y comunitario, por parte de la Ley de financiación CRTVE.

Sin perjuicio de lo señalado en el fundamento anterior, en el presente supuesto, la pretensión de TESAU no se funda en la existencia de posibles errores fácticos en la determinación de la cuota a ingresar, resultante de la autoliquidación o de los pagos a cuenta formulados, o en una incorrecta aplicación de la normativa de la aportación, sino que se funda única y exclusivamente en la supuesta vulneración del ordenamiento jurídico por parte de la normativa reguladora de las aportaciones, esto es, la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española y de su Reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1004/2010; de forma que, partiendo de unos supuestos vicios de inconstitucionalidad de dichas normas y una supuesta vulneración del Derecho comunitario, pretende la rectificación de la autoliquidación y de los pagos a cuenta presentados por dicha entidad en fechas 27 de febrero, 30 de abril y 31 de julio de 2015.

Acoger la citada pretensión significaría, ciertamente, que la CNMC deje de aplicar, cuando menos, la citada Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (y, eventualmente, su Reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1004/2010).

En efecto, tal y como ya ha expuesto este organismo a TESAU con ocasión de solicitudes similares, ambas normas constituyen disposiciones de derecho positivo vigentes que deben ser necesariamente aplicadas por la Administración, de conformidad a lo establecido por el artículo 9.1 de la Constitución Española que recuerda que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y *“al resto del ordenamiento jurídico”*.

Por lo tanto, tratándose de normas vigentes, deben ser observadas y cumplidas por esta Comisión en tanto los supuestos vicios de inconstitucionalidad aducidos por la interesada no sean constatados por el órgano competente; siendo esta una cuestión reservada en todo caso a su determinación por la jurisdicción (ordinaria o constitucional) competente.

En consecuencia, es indudable que la CNMC no puede, como pretende la interesada en sus solicitudes, dejar de aplicar determinados preceptos de una ley o de un reglamento por ser presuntamente inconstitucionales so pretexto de

¹⁰ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, JUR\2010\333942.

que los mismos perjudican sus intereses legítimos, por lo que no pueden acogerse los motivos contenidos en las solicitudes de la interesada para la rectificación de la autoliquidación del 2014 y los pagos a cuenta de abril y julio del 2015, formulados con cargo a la aportación prevista en el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, por ser plenamente conformes a derecho.

Finalmente, y en cuanto a la supuesta infracción del artículo 12 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, que establece que las tasas administrativas que se impongan a las empresas que presten un servicio o suministren una red al amparo de la autorización general (o a quienes se haya otorgado un derecho de uso) cubrirán solamente los gastos administrativos regulatorios del sector y se impondrán a las empresas de una manera objetiva, transparente y proporcional; cabe señalar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dictaminado, contrariamente a lo que sostiene la interesada, que el sistema de financiación como el que aquí atañe no infringiría el artículo 12 de la Directiva de referencia.

En efecto, con fecha 27 de junio de 2013 el TJUE ha dictado una Sentencia en el Asunto C-485/11¹¹, referido a la demanda dirigida por la Comisión Europea contra la República Francesa (en el que el Reino de España se personó junto a la parte demandada) en la que dicho Tribunal ha confirmado que la tasa francesa para la financiación de sus servicios públicos de radiodifusión, cuya naturaleza y características es muy similar a las aportaciones establecidas en la Ley 8/2009, no infringe el artículo 12 de la Directiva 2002/20/CE¹².

Según TJUE, la tasa francesa no se impone a los operadores por el hecho de ser titulares de una autorización general o del derecho de uso de radiofrecuencias o números, sino que, por el contrario, está ligada a la actividad de los operadores como prestadores de comunicaciones electrónicas a los

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 27 de junio de 2013 – Comisión Europea / República Francesa (Asunto C-485/11) (Incumplimiento de Estado – Redes y Servicios de comunicaciones electrónicas – Directiva 2002/20/CE – Artículo 12 – Tasas administrativas aplicables a las empresas titulares de autorizaciones generales – Normativa nacional – Operadores de telecomunicaciones electrónicas – Obligación de pago de un impuesto adicional).

¹² Cabe señalar que el TJUE ya ha conocido otro asunto similar, el expediente de cuestión prejudicial C-71/12, planteada por el Tribunal Constitucional de Malta (C-71/12). En este asunto el TJUE concluye, asimismo, lo siguiente: *“El artículo 12 de la Directiva 2002/20/CE (...) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, en virtud de la cual los operadores que prestan servicios de telefonía móvil están obligados a pagar de un tributo denominado «impuesto especial» correspondiente a un porcentaje de los pagos que perciben de los usuarios de tales servicios, siempre que el hecho imponible de éste no se halle relacionado con el procedimiento de autorización general que permite acceder al mercado de los servicios de comunicaciones electrónicas, sino que esté vinculado al uso de los servicios de telefonía móvil prestados por los operadores, y que, en definitiva, vaya a cargo del usuario de tales servicios, lo que debe comprobar el órgano jurisdiccional remitente”*.

usuarios finales (entiende que, de este modo, los operadores que se limiten a prestar servicios de interconexión, acceso, difusión o transporte de señal, no serían sujetos pasivos de la tasa francesa, sustancialmente idéntica a la aportación española). En este sentido y dado que las tasas a las que se refiere el artículo 12 de la Directiva serían exclusivamente aquellas cuyo devengo se vincula al acceso al mercado de servicios de comunicaciones electrónicas (las que se exijan por motivo del procedimiento de autorización que permite a los operadores su acceso al mercado), no pueden considerarse sujetas a los límites allí impuestos aquellas que se exijan por otros hechos, confirmando, de este modo, que no todas las tasas que pueden imponerse a los operadores de comunicaciones electrónicas están comprendidas en el artículo 12 de la Directiva 2002/20/CE¹³.

Cabe señalar que esta Sentencia del TJUE ha llevado a la Comisión Europea a desistir del procedimiento instado contra el Reino de España (al considerar que las aportaciones reguladas en la Ley 8/2009 no eran compatibles con lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva, Asunto C-468/11) y pedir su archivo, que se ha materializado mediante Auto de fecha 24 de Julio de 2013.

Asimismo, y de acuerdo a esta doctrina comunitaria, el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) ha señalado en su Resolución de 8 de julio de 2014, desestimatoria de la reclamación económica-administrativa interpuesta por la propia TESAU, lo siguiente¹⁴:

"En aplicación de la doctrina jurisprudencial anterior, este Tribunal Central debe declarar que la aportación regulada por el artículo 5 Ley 8/2009 no queda dentro del ámbito de aplicación del artículo 12 de la Directiva "autorización", no existiendo incompatibilidad de la tasa sobre autorización para operar, y la denominada aportación, regulada en la Ley 8/2009. Por otro lado, ha de resaltarse que tampoco coinciden los sujetos pasivos de esta aportación y de la Tasa por autorizaciones generales, ya que la primera se circunscribe a aquellos operadores de comunicaciones electrónicas que estén inscritos en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que presten uno o varios servicios de telefonía fija, móvil o proveedor de acceso a internet y que presten simultáneamente algún

¹³ En el apartado 34 de esta Sentencia, el TJUE señala lo siguiente: "De ello se deriva que la tasa cuestionada se impone no a todos los operadores de comunicaciones electrónicas titulares de una autorización general o de un derecho de utilización de radiofrecuencias o de números, sino a los operadores titulares de una autorización general que suministran sus servicios en el mercado de servicios de comunicación electrónicas a los usuarios finales. Además, las condiciones de imposición de este tributo enunciados en el art 302 bis KH del CGI muestran que no se impone por el simple hecho de detentarse una autorización general o de la concesión de un derecho de uso de radiofrecuencias o de números sino que está ligada a la actividad del operador consistente en suministrar prestaciones de comunicaciones electrónicas a los usuarios finales en Francia. En consecuencia, ha lugar a considerar que el hecho generador de la tasa litigiosa no está ligada al procedimiento de autorización general o de concesión de un derecho de uso de radiofrecuencia o de números".

¹⁴ Fundamento de Derecho Décimo, expediente R.G.: 00-05622-2013.

servicio audiovisual u otro que incluya algún tipo de publicidad, mientras que en la segunda son sujetos pasivos todos los operadores sin distinción”.

Por último, y respecto a que las aportaciones establecidas en la Ley 8/2009 vulnerarían otras varias disposiciones del derecho comunitario, cabe señalar que esta Comisión ya se ha pronunciado en varias ocasiones a este respecto, por lo que nos remitimos a lo ya manifestado para dar contestación a las alegaciones de la interesada¹⁵:

“[M]ientras que el TJUE no se pronuncie sobre la compatibilidad de la aportación con el TFUE (...), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (ahora CNMC) considera aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el Derecho comunitario no es canon de validez de las leyes¹⁶. Eso implica que en caso de conflicto entre ley (estatal o autonómica) y Derecho comunitario sólo procede la inaplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales.

Finalmente, debe indicarse que la aplicación de la doctrina apuntada suscita no pocos problemas, entre ellos desde una perspectiva constitucional, ya que, si las administraciones públicas no pueden inaplicar leyes basándose en su supuesta inconstitucionalidad, parecería incongruente que pudieran hacerlo con leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, el Consejo de Estado en su informe de fecha 14 de febrero de 2008, sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español¹⁷”.

Por lo tanto, modulando el principio de primacía del derecho de la Unión Europea, y más concretamente la facultad del juez nacional para obviar el derecho interno que lo vulnere, sea anterior o posterior a la norma comunitaria, puede concluirse que las administraciones públicas de un estado miembro no puede dejar de aplicar una norma de derecho interno por ser contraria a una comunitaria sin efecto directo, como las directivas y tratados comunitarios que TESAU cita a lo largo de sus solicitudes.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

¹⁵ Véase, por ejemplo, las resoluciones dictadas por la CMT en los expedientes AJ 2011/2699 o AJ 2011/2692 y, más recientemente por la CNMC, las dictadas en los expedientes RTVE/D TSA/875/14/RECTIFICACIÓN AUTOLIQUIDACIONES y RTVE/D TSA/226/15/RECTIFICACIÓN AUTOLIQUIDACIONES.

¹⁶ STC 41/2002, de 25 de febrero.

¹⁷ <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente las solicitudes de Telefónica de España, S.A.U. para la rectificación y devolución de los importes de la autoliquidación del 2014 y los pagos a cuenta de abril y julio del 2015, formulados e ingresados por dicha entidad con cargo a la aportación anual establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, por ser plenamente conformes a derecho.

Comuníquese esta Resolución a la Secretaría General y a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que contra la misma podrá interponerse ante este mismo órgano recurso potestativo de reposición previo a la reclamación económico-administrativa en el plazo improrrogable de un mes contado a partir del día siguiente al de la notificación de la presente resolución, al amparo de los artículos 223.1 y 3 y 227.2.b) de la Ley General Tributaria; o reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico Administrativo Central en el mismo plazo, dirigido ante este mismo órgano, según dispone el artículo 235 de la Ley General Tributaria, sin que puedan simultanearse ambos.