



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

## CERTIFICA

Que en la Sesión número 05/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 9 de febrero de 2012, se ha adoptado el siguiente

## ACUERDO

Por el cual se aprueba la

**Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por France Telecom España SA contra la Resolución de fecha 3 de noviembre de 2011, por la que se acuerda la emisión de una liquidación complementaria de la aportación a ingresar por la recurrente en el ejercicio 2010, establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009 (AJ 2011/2792).**

## I ANTECEDENTES

**PRIMERO.- Procedimiento de verificación de los datos contenidos en la autoliquidación de la aportación para la financiación de la CRTVE del ejercicio 2010.**

Con fecha 22 de febrero de 2011, la entidad France Telecom España, S.A. (en adelante, ORANGE) presentó en el Registro telemático de esta Comisión, 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 documento de autoliquidación formulada por ORANGE respecto a la aportación a realizar por dicha compañía correspondiente al ejercicio 2010, en su condición de operadora de comunicaciones electrónicas de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma.

Habiéndose observado discrepancias entre los datos declarados por ORANGE como ingresos brutos de explotación del ejercicio 2010, en el documento de autoliquidación, con el importe de los ingresos brutos de explotación del mismo ejercicio presentados por dicha entidad ante esta Comisión a los efectos del Informe anual al que se refiere el artículo 48.11 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), se procedió a iniciar el procedimiento de verificación de datos establecido en el artículo 131 y siguientes de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, (en adelante LGT) por medio del expediente AD 2011/847.



## **SEGUNDO.- Resolución recurrida.**

Habiéndose efectuado el traslado de la propuesta de resolución al interesado y observado el trámite de audiencia previo a la resolución definitiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 155.3 del Real Decreto 1065/2007, de 27 julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria (en adelante, Reglamento de Gestión e Inspección), en fecha 3 de noviembre de 2011 se dictó Resolución AD 2011/847 por la que se acordó emitir a ORANGE una liquidación provisional complementaria calculada sobre la base de los ingresos brutos de explotación no autoliquidados por dicha entidad, dando por terminado el procedimiento de verificación de datos.

## **TERCERO.- Recurso de reposición de ORANGE.**

Contra la resolución que acordaba la emisión de la liquidación complementaria, ORANGE ha presentado un recurso de reposición mediante correo administrativo de fecha 15 de diciembre de 2011 y que ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión el día 20 de diciembre de 2011.

Los motivos de impugnación aducidos por ORANGE en su recurso de reposición pueden resumirse, fundamentalmente, en lo siguiente:

**1º.-** La resolución impugnada es nula al estar fundada en una ley (la Ley de Financiación CRTVE) y un reglamento (el Real Decreto 1004/2010, de 8 de agosto) contrarios al artículo 31 de la Constitución y al Derecho comunitario, concretamente, en vulneración de artículo 12 de la Directiva 2002/20/CE, de 7 de marzo, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de Autorización). Esta Comisión, a juicio del recurrente, no debería aplicar dichas disposiciones.

**2º.-** La resolución recurrida es nula al definir la base imponible de la aportación del artículo 5 de la Ley 8/2009 infringiendo el artículo 31 de la Constitución y el artículo 3 del Código Civil por incluir indebidamente los ingresos mayoristas y los obtenidos por otros conceptos diferentes de la prestación de servicios de telefonía o acceso a internet, como los audiovisuales, lo que contradice la Ley de Financiación CRTVE y el Real Decreto que la desarrolla, número 1004/2010, de 5 de agosto. De acuerdo con la entidad impugnante, solamente deben incluirse los ingresos que, como operador de telecomunicaciones, percibe por sus servicios minoristas.

**3º.-** La resolución es nula por vulnerar el artículo 108 de la Ley General Tributaria sobre la certeza de las declaraciones de los ingresos computados por el obligado tributario. Según la recurrente, los datos consignados por ella en su autoliquidación gozan de la presunción de veracidad establecida en la Ley General Tributaria ya que no son contradictorios con los aportados anteriormente por el interesado ni ha exigido esta Comisión a ORANGE en el curso del procedimiento AD 2011/847 la aportación de prueba documental adicional alguna.

Mediante Otrosí en el recurso se solicita expresamente la suspensión de la resolución impugnada. Dicha suspensión es objeto del expediente **AD 2012/89**.



## II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES.

### PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 222.1 de la LGT establece que los actos susceptibles de reclamación económico-administrativa podrán ser objeto de recurso potestativo de reposición con carácter previo a la reclamación. Por su parte, el artículo 227 de la LGT prevé que son actos susceptibles de reclamación económico-administrativa, entre otros, *“las liquidaciones provisionales o definitivas”*.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como *“recurso de reposición”* y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en los artículos 2, 3 y 23 del Real Decreto 520/2005, de 13 mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la LGT en materia de revisión en vía administrativa (RGRA). Por todo lo anterior, se califica el escrito de ORANGE como un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de fecha 3 de noviembre de 2011, por la que se acuerda la emisión de una liquidación complementaria de la aportación a ingresar por la recurrente en el ejercicio 2010, establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, dándose por terminado el procedimiento de verificación de datos incoado a dicha entidad (AD 2011/847).

### SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 223.3 de la LGT dispone que a los legitimados e interesados en el recurso de reposición les serán aplicables las normas establecidas al efecto para las reclamaciones económico-administrativas.

Por su parte el artículo 232 de la LGT prevé que estarán legitimados para promover las reclamaciones económico-administrativas los obligados tributarios y los sujetos infractores. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por ser la obligada al pago de la liquidación provisional acordada en la resolución recurrida.

En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a ORANGE para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de esta resolución.

### TERCERO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

La recurrente fundamenta su recurso de reposición en diversas infracciones del ordenamiento jurídico, tal y como prevén los artículos 62 y 63 de la LRJPAC.

Finalmente, considerando que el recurso se interpone contra un acto susceptible de ser reclamado en vía económico administrativa, según lo dispuesto por el artículo 222 de la LGT, y dado que dicho recurso ha sido presentado dentro del mes siguiente a su



notificación, tal y como dispone el artículo 223.1 LGT, se admitió a trámite por acto del Secretario de fecha 29 de diciembre de 2012 y ha sido tramitado de conformidad con dichos preceptos.

#### **CUARTO.- Competencia para resolver.**

La competencia para conocer y resolver el presente procedimiento corresponde, tal y como establece el artículo 225.1 de la LGT, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

### **III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES**

#### **PRIMERO.- Sobre la supuesta inconstitucionalidad de la aportación y su posible vulneración del derecho comunitario.**

El primero de los motivos de nulidad opuestos por la recurrente se refiere a una supuesta inconstitucionalidad de la resolución impugnada, ya que, como se dice en la página 4 del recurso:

*“la aportación para la financiación de TVE es inconstitucional porque vulnera los principios tributarios de capacidad económica e igualdad consagrados en el artículo 31.1 de la Constitución.”*

También, a juicio de ORANGE, la aportación prevista en la Ley de Financiación CRTVE y en el Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, resultaría contraria al ordenamiento jurídico de la UE y, tal y como se señala en la página 5 de su escrito impugnatorio, más concretamente,

*“sería contraria al 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 proscribire las restricciones al libre establecimiento de los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas.”*

Frente a estas alegaciones, cabe traer a colación lo ya señalado sobre la cuestión al resolver anteriores recursos, como, por ejemplo, en las Resoluciones de 8 de septiembre de 2011<sup>1</sup> y 12 de enero de 2012<sup>2</sup>. A este respecto, debe señalarse que el sometimiento de las Administraciones Públicas a la Ley y al Derecho, al que se refieren los artículos 103 de la Constitución Española y 3 de la LRJAPC implica que aquéllas no puedan dejar de aplicar una ley en vigor, por muy razonables que puedan ser las dudas en cuanto a su constitucionalidad o su acomodo al ordenamiento jurídico comunitario. Tampoco los organismos reguladores del artículo 8.1 de la Ley 2/2011, de 2 de marzo, de Economía Sostenible (en adelante, LES), entre los cuales se halla esta Comisión, son ninguna excepción, puesto que, de acuerdo con el artículo 8.4 LES están sujetos a la LRJPAC y al resto del ordenamiento jurídico.

Sólo el Tribunal Constitucional, a través del procedimiento de declaración de inconstitucionalidad, puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de una Ley. Asimismo, el artículo 106.1 de la Constitución Española reserva el control de la potestad reglamentaria a los tribunales de justicia, lo que supone que a la Administración pública le está vedado

---

<sup>1</sup> AJ 2011/1901, Fdto Primero.

<sup>2</sup> AJ 2011/2679, Fdto Quinto.



pronunciarse sobre la legalidad de los reglamentos y actos de otras administraciones, así como la presentación de cuestiones de legalidad contra disposiciones de carácter general, facultad reservada a los jueces y tribunales en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por lo tanto, valorar el ajuste a la Constitución o al derecho de la Unión Europea es una competencia que no está incluida dentro de la esfera de actuación de las administraciones públicas, que deben limitarse a respetar las normas vigentes de aplicación. Y, en el caso de esta Comisión, y según el último inciso del artículo 10.2 LES, este organismo debe ejercitar, además de las tareas de supervisión sectorial del artículo 10 LES, todas aquellas funciones que “le atribuya la Ley”. Y la Ley de Financiación de CRTVE es una norma que está plenamente en vigor, siendo la aportación en ella regulada exigible a sus sujetos pasivos y esta Comisión tiene el deber ineludible de proceder a su liquidación y cobro en periodo voluntario, tal y como le ordenan sus artículos 5.6<sup>3</sup> y 6.7<sup>4</sup>:

A mayor abundamiento, si en nuestro ordenamiento jurídico la admisión de un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad no suspende la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley<sup>5</sup>, con mayor motivo una Administración Pública no puede dejar de cumplir los mandatos legales en el marco de la tramitación de un recurso contra uno de sus actos en el que se le alega la inconstitucionalidad de una norma.

En cuanto a las supuestas infracciones del Derecho de la UE, el Tribunal Constitucional ha declarado que el Derecho comunitario no es canon de validez de las leyes, como, por ejemplo, en las SSTC 41/2002, de 25 de febrero y 28/1991, de 14 de febrero, donde se dice que:

*«no significa que por mor del art. 93 se haya dotado a las normas del Derecho comunitario europeo de rango y fuerza constitucionales, ni quiere en modo alguno decir que la eventual infracción de aquellas normas por una disposición española entraña necesariamente a la vez una conculcación del citado art. 93 CE»*

Y añade que:

*“este Tribunal ha declarado que no nos corresponde controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario europeo, pues este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria, en cuanto aplicadores que son del Ordenamiento comunitario, y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través del recurso por incumplimiento (antiguo art. 170 TCEE [LCEur 1986, 8] en la actualidad art. 227 del Tratado;)*

Eso implica que en caso de conflicto entre una ley (ya sea estatal o autonómica) y el Derecho comunitario sólo procede la inaplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales, no pudiendo la Administración Pública de un estado miembro dejar de aplicar una norma de derecho interno (en este caso, la Ley de Financiación de CRTVE) por ser contraria a una comunitaria sin efecto directo, como la Directiva de autorizaciones citada por la entidad recurrente. Ello es así porque las consecuencias del principio de primacía del derecho

---

<sup>3</sup> Artículo 5.6. “La gestión, liquidación, inspección y recaudación de la aportación corresponden a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, pudiendo utilizar para la efectividad del cobro de la misma la vía de apremio, cuya gestión se realizará por los órganos de recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.”

<sup>4</sup> Artículo 6.7: “ La gestión, liquidación y recaudación de la aportación corresponden a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, pudiendo utilizar para la efectividad del cobro de la misma la vía de apremio, cuya gestión se realizará por los órganos de recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria”.

<sup>5</sup> Artículo 30 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.



comunitario, y en concreto la facultad del juez nacional para obviar el derecho interno incompatible, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria<sup>6</sup>, no se extiende a las Administraciones Públicas de los Estados miembros en el supuesto de normas sin efecto directo.

**SEGUNDO.- Sobre la posible nulidad de la resolución impugnada por definir la base imponible de la aportación del artículo 5 de la Ley 8/2009 infringiendo los artículos 31 de la Constitución y 3 del Código Civil.**

En la página 14 de su recurso la entidad recurrente señala que la cifra de ingresos brutos sobre los que basó su autoliquidación

*“sólo incluyen los ingresos minoristas derivados de la prestación de los servicios minoristas que determinaban la condición de operador sujeto a la aportación, esto es, servicio telefónico fijo, de servicio telefónico móvil y proveedor de acceso a internet.”*

A juicio de ORANGE, el resto de ingresos de explotación (desglosados mediante tablas en las páginas 14 y 15 del recurso) no deberían incluirse ya que, a juicio de la entidad impugnante, los mismos *“no se corresponden con ninguna de las actividades propias y exclusivas de un operador y, ni siquiera podrían considerarse ingresos minoristas”*.

No obstante, como ya dijimos en nuestra anterior Resolución de 12 de enero de 2012<sup>7</sup> y según se desprende de la literalidad del artículo 5 de la Ley de Financiación de CRTVE, los únicos ingresos no incluidos en la base imponible de la aportación son los obtenidos por el sujeto pasivo en el mercado de referencia al por mayor. Aplicar cualquier otra exclusión basada en distinciones no previstas en la Ley supondría infringir tanto el principio general de legalidad tributaria del artículo 8 apartados a) y d) de la LGT relativo a la determinación de la base imponible y a la fijación de exenciones<sup>8</sup> como los principios generales de especialidad y el contenido en el aforismo *“ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”*. Así se reconoce expresamente, en materia tributaria, por la S AN de 3 de diciembre de 2009<sup>9</sup>:

*“distinguir (...), para la fijación de la base imponible, que el valor de enajenación de los valores bursátiles sea o no superior al de su cotización en Bolsa, orilla y, por tanto, vulnera no sólo el comentado principio general de derecho sino también el de especialidad, pues **si la Ley hubiera querido distinguir tales supuestos lo habría hecho**, y, en consecuencia, no cabe*

---

<sup>6</sup> Sentencias del TJUE de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629), apartados 21 y 24; de 2 de agosto de 1993, Levy, C-158/91, Rec. p. I-4287, apartado 9, y de 5 de marzo de 1998, Solred, C-347/96, Rec. p. I-937, apartado 30).

<sup>7</sup> AJ 2011/2679, Fdto Segundo.

<sup>8</sup> *“Se regularán en todo caso por Ley:*

*“a) La delimitación del hecho imponible, del devengo, de la base imponible y liquidable, la fijación del tipo de gravamen y de los demás elementos directamente determinantes de la cuantía de la deuda tributaria, así como el establecimiento de presunciones que no admitan prueba en contrario.*

(...)

*d) El establecimiento, modificación, supresión y prórroga de las exenciones, reducciones, bonificaciones, deducciones y demás beneficios o incentivos fiscales.”*

<sup>9</sup> JUR 2009\487622.



*soslayar tal principio por razones de igualdad o progresividad no previstas, ni siquiera implícitamente, en la norma.”*

Por otro lado, la aplicación de una exclusión no prevista en la Ley supondría también la vulneración del espíritu y finalidad tanto de la Exposición de Motivos como del artículo 5 de la Ley de Financiación de CRTVE, a diferencia de lo que argumenta ORANGE en la página 12 de su recurso<sup>10</sup>.

En efecto, en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2009 se dice que:

*“Parece lógico que quienes resulten beneficiados por esta decisión sean también quienes soporten, en parte, esa carga económica.”*

Aclarando que:

*“...el sistema que se establece toma en cuenta los ingresos de los sujetos pasivos y muy especialmente los que, de forma tanto directa como indirecta, habrán de percibir por la supresión del régimen de publicidad retribuida y por la renuncia a contenidos de pago en la Corporación RTVE. Estos beneficios concurren tanto en los operadores de televisión como en los de telecomunicaciones, todos los cuales ya **actúan** y van a seguir actuando en el mismo sector a través de las varias soluciones y medios técnicos ya existentes, así como a través de los que de inmediato se pondrán en funcionamiento, tales como la potenciación de la televisión de alta definición, la televisión en movilidad, la televisión digital terrestre de pago o la interactividad, todo lo cual está **directamente vinculado a la ampliación de los servicios de banda ancha fija y móvil.**”*

Como se observa, en la Exposición de Motivos se dice que los operadores de telecomunicaciones actúan “a través de varias soluciones y medios técnicos existentes” así como “a través de los que de inmediato se pondrán en funcionamiento”, realizando, a continuación, una enumeración de carácter meramente ejemplificativo o *numerus apertus*, dada la imposibilidad de prever todos los desarrollos y aplicaciones tecnológicos del futuro. Por este motivo no cabe “reducir” los elementos de la base imponible de ORANGE exclusivamente a los servicios minoristas de comunicaciones fijas, móviles y de provisión de acceso a internet, tal y como manifiesta el operador en la página 14 de su recurso.

En la misma línea de la Exposición de Motivos se pronuncia el apartado 1 del artículo 5 de la Ley de Financiación de CRTVE al decir que la aportación prevista en ese precepto se impone a los operadores de telecomunicaciones:

*“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.”*

Las interpretaciones literal y teleológica de las disposiciones tributarias ha sido reconocida y aplicada, tanto en el artículo 12 de la LGT en relación con el artículo 3.1 del Código Civil

---

<sup>10</sup> “En conclusión, una interpretación sistemática y finalista del marco jurídico regulador de la aportación determina que los únicos ingresos que deberían tomarse en cuenta son los derivados de las actividades consideradas en el hecho imponible, y que son los ingresos por los servicios minoristas de telefonía fija, móvil y acceso a internet”.



como por la jurisprudencia, y entre otras, en las SSTS de 4 de noviembre de 2010<sup>11</sup> y 28 de octubre de 1997.

**TERCERO.- Sobre la presunta nulidad de la resolución impugnada por vulnerar el artículo 108 de la Ley General Tributaria sobre la certeza de las declaraciones de ingresos computados por ORANGE.**

En las páginas 18 a 19 de su recurso, ORANGE declara, por un lado, la existencia de dos fuentes distintas de datos sobre sus operaciones e ingresos (la contable y la de explotación), produciéndose divergencias al integrarse y compararse las cifras de ambas. Por otro lado, la recurrente declara que los datos consignados en su autoliquidación gozan de la presunción de legalidad establecida en la LGT, al no ser contradictorios con otros datos anteriores aportados por el mismo operador ante esta Comisión, y que no cabe exigir prueba documental acreditativa de los mismos.

Esta cuestión ya fue tratada en la resolución recurrida, concretamente, en la página 17 de la misma se dice que:

*“respecto a las alegaciones realizadas por Orange en cuanto a las divergencias que ésta denuncia respecto a los datos que obran en poder de esta Comisión (aportados por la propia operadora) y los realmente obtenidos por dicha compañía, cabe señalar que, según lo dispuesto por el artículo 132.2 de la LGT, respecto a la tramitación del procedimiento de verificación de datos,” Cuando el obligado tributario manifieste su disconformidad con los datos que obren en poder de la Administración, se aplicará lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 108 de esta Ley”(…) El artículo antes citado se refiere a la presunción contenida en el artículo 108.4 LGT que, dentro de la sección dedicada a la prueba en los procedimientos tributarios, dispone que **“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”<sup>12</sup>**, de lo que se desprende que la presentación de las declaraciones, comunicaciones y demás documentos presentados por los obligados tributarios tienen el efecto de la creación de una “presunción de certeza” a favor de estos propios documentos y, por esta razón, **la rectificación interesada por Orange requiere de prueba suficiente por su parte que acredite la veracidad de los nuevos datos aportados<sup>13</sup> para con ello rebatir o destruir la certidumbre del hecho del que se trate presunto, esto es, la declaración de sus ingresos de explotación realizada a los efectos del informe anual que realiza esta Comisión.”***

En lo que se refiere a la carga de la prueba en los procedimientos de naturaleza tributaria, el artículo 105.1 de la LGT la regula en los siguientes términos:

---

<sup>11</sup> RJ 2010\5588, sobre interpretación literal de normas tributarias.

<sup>12</sup> Ya su “exposición de motivos”, la LGT destaca que *«También se regula expresamente la presunción de certeza de los datos declarados por los contribuyentes»*

<sup>13</sup> Esta exigencia ha sido confirmada por la Jurisprudencia, entre otras, las recientes STSJ Castilla y León, Burgos, núm. 210/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2), de 7 mayo; STSJ Cataluña núm. 444/2007 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1), de 26 abril), como un requisito imprescindible para la procedencia de la rectificación, o en su caso revocación, de las liquidaciones tributarias.



*“En los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo.”*

En este caso hubiera correspondido, por tanto, a la entidad recurrente probar cumplidamente las razones de la “*divergencia*” entre los datos aportados por el operador así como la justificación de la misma.

En la SAN de 11 de diciembre de 2003<sup>14</sup> se señala claramente que:

*“como sea que la Administración tributaria, por medio de los procedimientos específicos que para ello le legitiman (...) ha formado prueba de los hechos normalmente constitutivos del nacimiento de la obligación tributaria, la carga probatoria (...) se desplaza hacia quien aspira a acreditar que tales hechos son reveladores de otra relación distinta, cualesquiera sean las consecuencias tributarias que se deriven.”*

El artículo 108.4 de la LGT citado en la resolución impugnada se refiere a diversos supuestos de presunciones en materia tributaria y entre otras, a la necesidad de probar el error en los datos contenidos en los documentos presentados por los obligados tributarios. Dicho error podría probarse, por ejemplo, a través de la aportación de documentación original, como se indica, por ejemplo, en la STS de 25 de junio de 2009<sup>15</sup>, pero en ningún caso resulta procedente la mera incorporación de tablas numéricas según ocurrió durante tramitación del expediente AD 2011/847 y también en sede del presente recurso. En la página 19 de la resolución recurrida ya se manifestó que:

*“No puede pretenderse rebatir o destruir la presunción de certeza de esta declaración de ingresos de explotación, ciertamente, mediante unas tablas y una breve descripción de su contenido en las que relaciona aquellos ingresos que considera no cuantificables como base imponible al tratarse de ingresos mayoristas, carentes de soporte documental que permitan constatar la certeza o realidad de los nuevos datos aportados, máxime cuando al tratarse de gastos deducibles de la base imponible de la aportación, “requieren para su aceptación que se acrediten en forma fehaciente”, en palabras del Tribunal Supremo que, en su Sentencia de 26 julio 1994 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, RJ\1994\5958).”*

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE:

**ÚNICO.-** Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por France Telecom España SA contra la Resolución de fecha 3 de noviembre de 2011, por la que se acuerda la emisión de una liquidación complementaria de la aportación a ingresar por la recurrente en el ejercicio 2010, establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009 (AJ 2011/2792).

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

---

<sup>14</sup> JT 2004\461.

<sup>15</sup> RJ 2009\5880.



aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que, en virtud de lo establecido en el artículo 225.5 de la Ley 58/2003, General Tributaria, contra la presente Resolución no puede interponerse de nuevo recurso de reposición. No obstante, contra la misma podrá presentarse una reclamación económico-administrativa en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta Resolución. El órgano competente para su resolución será el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), según lo previsto en el artículo 229.1 de la Ley General Tributaria. La reclamación económico-administrativa tendrá carácter previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y estará dirigida al citado TEAC, si bien el escrito se presentará ante esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que lo remitirá al TEAC en el plazo de un mes junto con el expediente correspondiente, tal y como se prevé en el artículo 235.3 de la Ley 58/2003, General Tributaria.

***El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.***