



MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO, Director de Asesoría Jurídica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (artículo 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), 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 25/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 26 de junio de 2013, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se resuelve las solicitudes de la entidad Telefónica de España, S.A.U. para la rectificación y devolución de los pagos a cuenta de julio y octubre del 2012, la autoliquidación anual de dicho ejercicio y el pago a cuenta de abril de 2013, formulados e ingresados por dicha entidad con cargo a la aportación establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (AD 2013/849).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Presentación e ingreso de los pagos a cuenta y la autoliquidación.

Con fechas 31 de julio y 31 de octubre de 2012 y 28 de febrero y 30 abril de 2013, la entidad Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, TESAU) presentó en el Registro telemático de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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), copias de los modelos de pagos a cuenta correspondientes a los ingresos de julio y octubre del 2012, la autoliquidación anual de dicho ejercicio y el modelo de pago a cuenta de abril de 2013; todos ellos formulados 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, modelos A1 y A3, fueron ingresados asimismo el 31 de julio y 31 de octubre de 2012 y 28 de febrero y 30 abril de 2013, respectivamente.

SEGUNDO.- Solicitudes de rectificación de los documentos presentados.



Con fechas 03 de diciembre de 2012 y 08 y 13 de mayo de 2013, han tenido entrada en el registro electrónico de esta Comisión sendos escritos presentados por D. Pablo de Carvajal González, en nombre y representación de la mercantil TESAU, por los que solicita la rectificación y devolución de los documentos anteriormente citados 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 capacidad económica, igualdad y reserva de ley.

La solicitante alega, como principal motivo de rectificación, que las aportaciones establecidas por la Ley de Financiación CRTVE adolecen de vicios de constitucionalidad al no respetar los principios constitucionales establecidos en el artículo 31.1 de la Constitución Española.

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:

- la supresión del régimen de publicidad retribuida y la renuncia a contenidos de pago y acceso condicional de RTVE;
- la nueva regulación del sector televisivo y audiovisual; o
- 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 esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, (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.

A juicio de la solicitante, la aportación también vulneraría el **principio de igualdad** ya que, entre otros motivos, se excluye del gravamen de la aportación, sin causa 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 la aportación establecida en el artículo 5 de la Ley de Financiación CRTVE también vulneraría el **principio de no confiscatoriedad** toda vez que para el cálculo de su base imponible no se toman en consideración aquellos 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 facturados y no los beneficios reales obtenidos.

Por otro lado, TESAU entiende 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.

Asimismo, 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, ciertamente, que no existe ninguna relación razonable entre la base imponible y la riqueza gravada.



En este sentido, la solicitante manifiesta que el pago de la aportación *“supone para esta compañía más de 54M de Euros anuales (el 0,9% de sus ingresos)”* lo que resulta *“una cifra absolutamente desproporcionada comparada con los ingresos por publicidad obtenidos en el mismo periodo, lo cual no refleja la existencia real del pretendido “impacto positivo”*.

3) Aportación contraria a la Directiva 2002/20/CE.

Por otro lado, TESAU considera que la aportación establecida en el artículo 5 de la Ley no cumple 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, entre otras razones, impone una carga pecuniaria adicional a los operadores de telecomunicaciones no amparada por el artículo 12 de la citada Directiva, por lo que *“adolecería de un claro vicio de nulidad”*.

4) Materialización del perjuicio causado por la presentación de las autoliquidaciones.

Finalmente, a juicio de TESAU, la autoliquidación y de los pagos a cuenta formulados e ingresados 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”*.

En efecto, según la interesada; *“los operadores liberados del pago de las aportaciones (los de ámbito autonómico o inferior) ganarán lógicamente cuota de mercado en detrimento del resto de los operadores”*, toda vez que pueden ofrecer productos más competitivos en detrimento del resto de operadores.

TERCERO.- Acuerdo de acumulación.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión, notificado el 07 de junio de 2012, 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 AD 2013/849, 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 Común¹ (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.

¹ 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.



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 pagos a cuenta y de autoliquidación 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 del importe ingresado 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 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 de los pagos a cuenta y la autoliquidación formulada, 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, Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria). 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 han formulado los pagos a cuenta y la autoliquidación 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 Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria y 5.3 de la Ley de Financiación CRTVE).

TERCERO.- Habilitación competencial.

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) establece en su artículo 48.4.m) que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercerá, entre otras funciones que se describen y citan en ese mismo precepto, *“Cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio Industria, Turismo y Comercio”*.



Entre estas competencias establecidas por la legislación vigente, cabe señalar que 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 atribuyen a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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, las mismas que 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”*. Por su parte, según lo señalado por el artículo 126.1 del Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria, 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.

Sobre la base de la anterior habilitación competencial y conforme a los antecedentes expuestos, esta Comisión es competente para dictar la presente Resolución.

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 Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria, 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 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 Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria 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 autoliquidada²), 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 LGT³.”*

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 mismo⁴”*, 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”.

² 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.

³ Sentencia de Audiencia Nacional de 2 junio de 2008, JUR\2008\223597.

⁴ 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»*.



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 enervar la presunción legal (...)”*, STS de 16 julio 2009, JUR 2009\436231, recogándose, 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, la autoliquidación y los pagos a cuenta presentados.

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 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 las aportaciones.

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 Real Decreto 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 (...)"*.

Según es de ver, la vigente Ley de Financiación CRTVE contiene todos y cada uno de los criterios de cuantificación de la aportación establecida en su artículo 5, conforme al cual 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 2010⁵ 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"***.

⁵ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, JUR\2010\333942.



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 y 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 la aportación, 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 los documentos presentados por dicha entidad en fechas 31 de julio y 31 de octubre de 2012 y 28 de febrero y 30 abril de 2013.

A este respecto, y como ya ha expuesto esta Comisión en repetidas ocasiones⁶, debe señalarse que el sometimiento de las administraciones públicas a la Ley y al Derecho, al que se refiere los artículos 103 de la Constitución Española y 3 de la LRJPAC, implica que éstas no pueden 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.

Al contrario, las administraciones públicas, como esta Comisión, están obligadas al cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente y no pueden abstenerse de aplicarlo aun en el caso de que su vulneración sea alegada por los administrados al recurrir los actos de aplicación.

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.

Esta Comisión, como entidad gestora, liquidadora y recaudadora de la aportación, se halla vinculada por los mencionados principios constitucionales en virtud de las exigencias y potestades específicas de las que le provee el ordenamiento jurídico en orden a velar por la efectividad del cumplimiento de la contribución a los gastos públicos, en nuestro caso, de las aportaciones para la financiación de RTVE, con sujeción a dichos principios. Esto es, esta Comisión ha de determinar la base imponible, en los mismos términos, a todos los sujetos que resultan aportantes según la capacidad económica de éstos; esto es, velar porque la cuantía de las aportaciones de los sujetos pasivos esté directamente relacionada con la cuantía de sus ingresos brutos de explotación, en igualdad de condiciones.

En consecuencia, es indudable que esta Comisión no puede, como pretende la interesada, dejar de aplicar determinados preceptos de una Ley o de un reglamento por ser

⁶ Resolución de fecha 8 de septiembre de 2011 relativa al recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A. contra la Resolución de fecha 28 de julio de 2011, por la que se resuelve sus solicitudes de rectificación y devolución de las autoliquidaciones relativas a las aportaciones establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, correspondientes al ejercicio 2010 y a los pagos a cuenta del mes de abril de 2011 (AJ 2011/1901) o muy recientemente en la Resolución de fecha 19 de abril de 2012, relativa al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 9 de febrero de 2012, por la que se acuerda la emisión de una liquidación complementaria de la aportación establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009 a ingresar por la recurrente en el ejercicio 2010 (AJ 2012/478).



presuntamente inconstitucionales so pretexto de que los mismos perjudican sus intereses legítimos, por lo que no pueden acogerse dichas alegaciones como fundamento suficiente para rectificar las autoliquidaciones presentadas por TESAU.

Por otro lado, 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 proscribía la imposición de cargas económicas diferentes a las previstas en ese precepto a los operadores de telecomunicaciones por el mero hecho de serlo, se refiere a una Directiva, disposición que no goza, con carácter general, de efecto directo y que no puede, por sí sola, crear obligaciones y derechos a un particular.

En cualquier caso, cabe señalar que esta Comisión ya se ha pronunciado en varias ocasiones respecto a esta alegación en concreto, por lo que nos remitimos a lo ya manifestado por este organismo para dar contestación a las alegaciones de la interesada⁷:

“[T]al y como recoge la recurrente (...) la Comisión Europea inició el correspondiente procedimiento de infracción contra el Reino de España, de conformidad con lo previsto en el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante (TFUE). Tras la emisión del dictamen motivado de fecha 30 de septiembre de 2010 (asunto IP/10/1211), en el que consideraba que la aportación es incompatible con las normas de la Unión Europea en materia de telecomunicaciones porque las tasas cobradas a los operadores de comunicaciones electrónicas deben estar relacionadas con los costes de regulación del sector y, ante el mantenimiento de la aportación en sus mismos términos por el Gobierno de España, la Comisión Europea presentó la correspondiente demanda ante el TJUE.

Ahora bien, mientras que el TJUE no se pronuncie sobre la compatibilidad de la aportación con el TFUE (a fecha de hoy, el asunto está pendiente de fallo), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el Derecho comunitario no es canon de validez de las leyes⁸. 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 español⁹”.

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 la Directiva de autorizaciones.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión,

⁷ Véase, por ejemplo, las resoluciones dictadas en los expedientes AJ 2011/2699 o AJ 2011/2692.

⁸ STC 41/2002, de 25 de febrero.

⁹ <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 los pagos a cuenta de julio y octubre del 2012, la autoliquidación anual de dicho ejercicio y, asimismo, el pago a cuenta de abril de 2013, formulados e ingresados por dicha entidad con cargo a la aportación 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.

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 22.2 del texto consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012 (BOE núm. 149, de 22 de junio de 2012), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que, contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado, 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, previa a la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de un mes contado a partir del día siguiente al de la notificación de la presente resolución dirigido ante este mismo órgano, según dispone el artículo 235 de la Ley General Tributaria, sin que puedan simultanearse ambos.

El presente documento está firmado electrónicamente por Miguel Sánchez Blanco, Director de la Asesoría Jurídica en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la CMT, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30.03.2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.