



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 13/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 14 de abril de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se resuelve la solicitud de France Telecom España, S.A., para la rectificación de la autoliquidación de la aportación prevista en el artículo 6 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, correspondiente al ejercicio 2009, y de los pagos a cuenta de abril, julio y octubre de 2010, con cargo a la aportación a realizar por dicha entidad en el ejercicio 2010 (AD 2010/2509).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Presentación de la autoliquidación del ejercicio 2009 y de los pagos a cuenta del ejercicio 2010 por parte de la entidad France Telecom España, S.A.

Con fechas 5 y 29 de octubre de 2010 la entidad France Telecom España, S.A. (en adelante, ORANGE) 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 6 de la Ley 8/2009 de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (en adelante, Ley de Financiación CRTVE), los siguientes documentos:

- I. Documento de autoliquidación de la aportación a realizar en 2009 por ORANGE, modelo A2, como prestadora del servicio de televisión de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma en acceso condicional de pago, por importe de 71.670,00 euros, prevista en la disposición transitoria tercera 3.ª de la Ley de financiación CRTVE, y
- II. Documento de pagos a cuenta de abril, julio y octubre de 2010, modelos A4, respecto a la aportación a realizar por dicha entidad en del ejercicio 2010, por importes de 17.917,50 euros cada uno.

Cabe señalar que, tanto el importe de la autoliquidación correspondiente a la aportación a realizar en el ejercicio 2009, como los pagos a cuenta correspondientes al ejercicio 2010, fueron calculados por la referida entidad sobre el total de sus ingresos brutos de explotación obtenidos durante el ejercicio 2009. Asimismo, una vez consultados los registros y archivos de esta Comisión se ha podido comprobar que los importes de la referida autoliquidación y de los pagos a cuenta fueron ingresados el día 5 de octubre de 2010.



SEGUNDO.- Procedimiento de verificación de datos y devolución de ingresos indebidos respecto a la autoliquidación correspondiente al ejercicio 2009.

Habiéndose observado una coincidencia entre los datos declarados como ingresos brutos de explotación del ejercicio 2009 por ORANGE, tanto como para el cálculo de la autoliquidación como para el cálculo de los pagos a cuenta, contrariamente a lo establecido por la disposición transitoria 3ª de la Ley de financiación CRTVE¹, se procedió a iniciar el procedimiento de verificación de datos establecido en el artículo 131 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, (en adelante LGT).

En efecto, una vez analizada la autoliquidación de la aportación del ejercicio 2009 presentada por ORANGE y una vez analizadas las alegaciones realizadas por dicha entidad y los antecedentes en poder de esta Comisión, se pudo comprobar que los datos declarados por ORANGE como ingresos brutos de explotación del ejercicio 2009, en su autoliquidación, no se correspondían con la base imponible que debió haber declarado a los efectos de la aportación a realizar en el ejercicio 2009 por dicha entidad, toda vez que ORANGE no prorrateó sus ingresos anuales obtenidos por el período de vigencia de la Ley durante el año 2009, esto es, a partir del pasado 1 de septiembre de dicho año, de tal manera que procedió a ingresar setenta y un mil seiscientos setenta euros (71.670,00€), cuando realmente le correspondía ingresar veintitrés mil novecientos cincuenta y cinco euros con cuarenta y cinco céntimos (23.955,45 €); por lo que se acordó, mediante Resolución del Presidente de esta Comisión de fecha 10 de enero de 2011, emitida en el marco del procedimiento AD 2010/2447, reconocer a ORANGE la devolución del ingresos indebidos del importe superior ingresado de 48.355,10² euros, de conformidad con el artículo 221.b) LGT.

TERCERO.- Solicitud de rectificación de la autoliquidación y de los pagos a cuenta presentados.

Con fecha 14 de diciembre de 2010, han tenido entrada en el Registro de esta Comisión sendos escritos presentados por correo administrativo el 9 del mismo mes por D^a. Francisca Hernández Amezcua, en nombre y representación de la mercantil ORANGE, por los que solicita la rectificación de las autoliquidaciones presentadas por dicho operador, correspondiente a aportación del ejercicio 2009 y a los pagos a cuenta de abril, julio y octubre del ejercicio 2010, sobre la base de que la aportación establecida en el artículo 6 de la Ley de Financiación CRTVE, y a cuyo cargo se realizaron los referidos pagos a cuenta, no se ajusta a derecho y, por tal motivo, perjudica sus legítimos intereses.

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

- ***Inconstitucionalidad de la Aportación: vulneración del artículo 31.1 de la Constitución española.***

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. Por otra

¹ Dicha disposición establece que "La aportación a realizar en 2009 por las sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma se calculará dividiendo por 365 el importe anual en 2009 de los ingresos brutos de explotación a que se refiere el artículo 6, multiplicándose el resultado obtenido por el número de días de vigencia de la presente ley en el referido ejercicio (...)"

² Dicha suma se compone de las siguientes cantidades: (i) 47.714,55 euros de principal y (ii) los intereses de demora generados desde el 05/10/2010 (fecha de ingreso), hasta la fecha de resolución, 10 de enero de 2011, y que ascienden a la cantidad de 640,55 euros.



parte, a juicio de ORANGE, el Real Decreto 1004/2010 adolece, a su vez, de vicios de legalidad por cuanto contiene una auténtica definición *ex novo* del hecho imponible de la aportación que deben satisfacer los operadores de comunicaciones electrónicas.

Respecto a este motivo de rectificación, ORANGE sostiene que la **capacidad económica** gravada por la aportación está vinculada a los ingresos que generen los operadores de telecomunicaciones por efecto de la supresión de los ingresos publicitarios, los contenidos de pago y el acceso condicionado de CRTVE. Adicionalmente, la Ley de financiación CRTVE entiende que esta capacidad económica se verá incrementada a favor de los operadores de telecomunicaciones por la riqueza que resultará de la nueva regulación del sector televisivo y audiovisual y, en especial, la ampliación de los servicios de banda ancha fija y móvil.

No obstante, a juicio de ORANGE, *“no deja de ser harto discutible que la supresión del régimen de publicidad retribuida por RTVE implique la obtención de riqueza alguna gravable para los operadores de telecomunicaciones en general y para Orange en particular. De hecho, en la propia Memoria Económica del Proyecto de Ley que derivó en la actual LFCRTVE, el Gobierno no sólo no se identificó el impacto positivo para los operadores de telecomunicaciones que se derivaría de la supresión de la publicidad en RTVE. Ello no puede ser de otra manera dado que los operadores de telecomunicaciones no perciben ingresos por publicidad por sus servicios de telefonía fija o móvil y acceso a Internet, servicios que se remuneran por el cliente mediante el pago de un abono mensual en función del consumo o de una tarifa plana mensual (...)”*

Asimismo, ORANGE manifiesta que tampoco cabe deducir ningún beneficio derivado de la ampliación de los servicios de banda ancha fija y móvil, toda vez que *“esa ampliación no resulta de la LFCRTVE, sino de medidas legislativas que tendrán lugar a medio plazo, Adicionalmente, tampoco sería evidente que los operadores de telecomunicaciones, a través de esta ampliación, vayan a obtener un mayor ingreso por la prestación de servicios audiovisuales como puede ser a través de la televisión en movilidad, la banda ancha, u otros servicios de publicidad. En definitiva, en estos momentos, estamos hablando de una riqueza irreal y ficticia.”*

A juicio de la solicitante, la aportación también vulneraría el **principio de igualdad** ya que 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 prestadores del servicio de televisión pública y privada de ámbito autonómico o local (en tanto no existe motivación racional aparente para identificar, como hace la Ley 8/2009, a los sujetos pasivos en función de términos geográficos estableciendo discriminaciones injustificadas en función del ámbito geográfico en el que operen), y, asimismo, los creadores de contenidos, la radio, el cine, *“agentes que, en la medida en que, al aumentar el tráfico y la difusión de servicios audiovisuales, verán incrementada en cierta proporción la demanda de sus servicios”*

A lo anterior, ORANGE agrega que *“existe otro argumento subsidiario a los anteriores que, a juicio de mi representada, evidencia la vulneración tanto del principio de igualdad como del principio de capacidad económica. Este argumento se refiere a la desigualdad generada por la configuración de la base imponible de la Aportación regulada en el artículo 5 (Aportación a realizar por los operadores de telecomunicaciones) de la Ley, en comparación con la regulada en el artículo 6 (Aportación a realizar por las sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión)”*.

En efecto, según alega ORANGE; ambas bases imponibles quedan definidas por los ingresos de explotación de los respectivos operadores, no obstante, en el caso de los operadores de televisión, su modelo económico, al menos el de aquellos que prestan servicios en abierto, se basa fundamentalmente en la generación de ingresos publicitarios en la prestación de servicios audiovisuales de televisión, por ello, en la medida en que la capacidad económica gravada por la aportación está vinculada a unos mayores ingresos publicitarios, es evidente que la base



imponible de los operadores de televisión (ingresos totales brutos) está identificada de una manera más o menos racional y coherente con la capacidad económica gravada (ingresos publicitarios que son la parte sustancial de los ingresos brutos), pero que, por el contrario, el modelo económico de los operadores de telecomunicaciones, tal es el caso de ORANGE, se basa habitualmente en el cobro de cuotas o tarifas planas por el uso del servicio de telecomunicaciones. En ese sentido, ORANGE sostiene que *“En este modelo, los ingresos por publicidad, suponiendo que existan, son totalmente residuales e insignificantes en comparación con las cuotas o tarifas planas derivadas de la prestación de los servicios de telecomunicaciones. Por tanto, podemos concluir que no existe ninguna relación razonable entre la base imponible y la riqueza objeto de gravamen.”*

Por otro lado, ORANGE entiende que el Real Decreto 1004/2010 vulneraría el **principio de legalidad**, por cuanto contendría una 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 ORANGE, el Real Decreto 1004/2010 no establece la necesaria vinculación entre ambas actividades (telecomunicación y audiovisual) para justificar el devengo en caso de ejercicio separado por dos sociedades del mismo grupo. *“De esa manera, por tanto, podría darse el caso de que se devengara la aportación aunque la actividad audiovisual no estuviera vinculada a la actividad de telecomunicación, dada la amplitud de los términos utilizados.”*

- **Aportación contraria a la directiva 2002/20/CE.**

ORANGE considera que la aportaciones que se establecen en la Ley de Financiación CRTVE 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 por el mero hecho de serlo, no amparada ni prevista por la citada Directiva.

A lo anterior, ORANGE añade que es precisamente este hecho el que ha motivado la iniciación de un procedimiento sancionador por parte de la Comisión Europea contra el Reino de España en el que, literalmente, se dice que *“(...) La Comisión considera que, al exigir a los operadores de comunicaciones electrónicas el pago de una tasa, en el marco de la autorización general, destinada a cubrir costes distintos de los que permite la Directiva, el artículo 5 de la Ley de RTVE es incompatible con lo dispuesto en el artículo 12, apartado 1, de la Directiva de autorización”*.

ORANGE sostiene, asimismo, que el Real Decreto 1004/2010 al haber establecido para los sujetos pasivos de la aportación la obligación de satisfacer los pagos a cuenta vencidos en 2010 y no satisfechos por los operadores en la fecha de entrada en vigor del Real Decreto 1004/2010 (7 de agosto de 2010), contraviene el artículo 11 del Reglamento (CE) N° 65/1999 del Consejo de 22 de Marzo de 1999, en materia de ayudas de Estado, *“en tanto se trata de aportaciones devengadas entre la incoación del procedimiento de ayudas de Estado por la Comisión Europea y el 20 de julio de 2010, nunca podrán hacerse efectivas, al no existir en ese período autorización alguna de la Comisión Europea que convirtiera en legal esta exacción.”*

- **Error de hecho en la cuantificación de la deuda tributaria.**

Adicionalmente, ORANGE sostiene en sus solicitudes que *“al cuantificar la deuda derivada de la Aportación regulada en el artículo 6 de la Ley (Aportación de los prestadores de servicios de televisión), ha incurrido en error de hecho que ha llevado a que la cantidad ingresada haya sido superior a la que le hubiera correspondido”*.



Respecto al citado error de hecho, ORANGE entiende que *“De acuerdo con las definiciones que introduce la Ley General Audiovisual en su artículo 2, prestador de servicio de comunicación audiovisual “es aquella persona física o jurídica que tiene el control efectivo, esto es, la dirección editorial sobre la selección de los programas y contenidos y su organización en un canal o en un catálogo de programas. Adicionalmente, también define responsabilidad editorial como “el ejercicio del control efectivo tanto sobre la programación de los programas como sobre su organización, ya sea en un horario de programación cronológico o en un catálogo de los servicios de comunicación audiovisual”.*

Consecuentemente, Orange entiende que *“sólo puede ser considerado prestador de servicio audiovisual para una parcela muy limitada de la actividad que presta en el servicio de televisión. Por tanto a efectos de la mencionada Aportación mi representada cree necesario describir la oferta actual de televisión para definir exactamente qué tipo de prestación de servicios deben ser considerados servicios de comunicación audiovisuales televisiva y cuales deben mantener su consideración de comunicaciones electrónicas”.*

En ese sentido, la solicitante considera en la oferta de televisión a través de ADSL, tanto el paquete básico como en el ampliado, todos los canales que difunde son canales que retransmite sin haber participado en su configuración ni en el proceso de definición de su programación, ni en lo relativo a su contenido ni en la programación temporal. Según dicha entidad, ORANGE se limita a retransmitir dichos canales tal y como se lo venden unos terceros. Los clientes de Orange seleccionan el canal y acceden a la programación que ese tercero ha definido libremente haciendo uso de su responsabilidad editorial (la del tercero), por lo que, a su juicio *“esa actividad de difusión de canales no puede ser considerada servicio de comunicación audiovisual, y la propia Ley General Audiovisual también lo esboza al diferenciar en su artículo 5 a los prestadores de servicios audiovisuales de aquellos operadores de comunicaciones electrónicas que difunden canales de televisión. En concreto, dicho artículo en relación con la obligación de financiación del 5% de obras audiovisuales se refiere en el primer párrafo del número 3 a la obligación que pesa sobre los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, y en un párrafo posterior expresamente señala que “También están sometidos a la obligación de financiación establecida en este artículo los prestadores del servicio de comunicación electrónica que difundan canales de televisión y los prestadores de servicios de catálogos de programas”, por lo que ORANGE concluye que “casi en su totalidad, el servicio prestado de Televisión sobre ADSL no es un servicio de comunicación audiovisual”.*

No obstante lo anterior, ORANGE sostiene que el servicio de Video Club sí podría integrarse en la categoría de servicio de comunicación audiovisual televisiva bajo petición, ya que existe un catálogo de películas a las que tiene acceso el cliente y es éste el que decide en qué momento desea visionar el contenido elegido por él, toda vez que *“El catálogo de contenidos es definido por Orange”.* A lo anterior, el referido operador agrega que, *“Adicionalmente, Orange sólo realiza el control efectivo tanto sobre la selección de los programas como sobre su organización en el canal OH Music, un canal gratuito en el que se reproducen videos musicales y al que el cliente accede y visiona en cada momento el video musical que está programado.”*

En consecuencia, ORANGE entiende que el importe consignado como base imponible de la aportación hubiera debido ser 400.000 euros año que, prorrateados durante el período de vigencia de la Ley (122 días), ascenderían a 133.697 euros que, a su vez, darían lugar a una cuota a ingresar por ORANGE, en el ejercicio 2009, de 2005,45 euros.

Por todo lo expuesto, ORANGE solicita que, tras los trámites oportunos, se dicte resolución por la que se acuerde la rectificación de las autoliquidaciones presentadas y, en consecuencia, se proceda a la devolución de la totalidad de los importes ingresados respecto a las mismas.



A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito presentado y admisión a trámite.

De las solicitudes presentadas por ORANGE se desprende lo siguiente: (i) su intención de rectificar la autoliquidación de la aportación formulada por dicha entidad correspondiente al ejercicio 2009, así como las autoliquidaciones de los pagos a cuenta de abril, julio y octubre de 2010, realizadas por ORANGE con cargo a la aportación a realizar en dicho ejercicio y, por otro lado, (ii) que se trata de sendas solicitudes de devolución de ingresos indebidos del importe ingresado respecto a las mismas.

En ese 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 una solicitud de rectificación de la autoliquidación y los pagos a cuenta presentados con fechas 5 y 29 de octubre de 2010, modelos A2 y A4, al amparo del artículo 120.3 de la LGT y de los artículos 126 y siguientes del Real Decreto 1065/2007, “Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria” que la desarrolla. 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 una solicitud de rectificación de autoliquidaciones y, en consecuencia, admitirlas a trámite.

SEGUNDO.- Legitimación para presentar la solicitud.

Siendo ORANGE sujeto obligado al pago de la autoliquidación y los ingresos a cuenta de la aportación prevista en el artículo 6 de la Ley de financiación CRTVE y cuya rectificación se solicita, la entidad ostenta la legitimación suficiente para presentar la solicitud objeto de la presente Resolución (apartados 1 y 3 del artículo 120 de la LGT, artículo 126.2 del Real Decreto 1065/2007 y 6.3 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 48.3, en su redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que *“[L]a Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora y en el apartado 1 del artículo 10 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible, la*



resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos.”.

Para el cumplimiento de su objeto, el artículo 48.3 m) de la LGTel atribuye a esta Comisión *“Cualesquiera otras que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio Industria, Turismo y Comercio.”.*

Tanto la Ley de Financiación CRTVE como el Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla dicha Ley, 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.

En ese sentido, 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”.*

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 ORANGE, en virtud de lo establecido en el artículo 96.3 del Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria, se ha prescindido del trámite de audiencia.

II.2 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”.*

Dichas autoliquidaciones pueden motivar, ciertamente, ingresos indebidos y es por ello que el artículo 221.4 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 ya 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”.*



El desarrollo reglamento de esta previsión legal se encuentra regulado en los artículos 126 al 129 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2077, de 27 de julio, (“Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria”).

El referido Reglamento 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”*.

El mismo artículo previene, no obstante, que el sujeto obligado no podrá solicitar la rectificación de su autoliquidación cuando se esté tramitando un procedimiento de comprobación o investigación cuyo objeto incluya la obligación tributaria a la que se refiera la autoliquidación presentada.

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 autoliquidada³), 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 LGT⁴.”*

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 LGT o, en su caso, derivados de la normativa del tributo, como lo señala el propio artículo 120.3, párrafo 2º.

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

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 mismo⁵”*, 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.”

³ 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.

⁴ Sentencia de Audiencia Nacional de 2 junio de 2008, JUR\2008\223597.

⁵ 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, recogiendo, en ese sentido, como una verdadera presunción *“iuris tantum”*

En ese 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 ORANGE acreditar la existencia del error incurrido o el perjuicio causado por su presentación, así como los presupuestos necesarios para su rectificación.

TERCERO.- Consideraciones generales sobre la determinación de la base imponible de la aportación prevista en el artículo 6 de la Ley de financiación de la CRTVE.

Aunque de manera adicional y subsanaría, ORANGE sostiene en sus solicitudes de rectificación que *“al cuantificar la deuda derivada de la Aportación regulada en el artículo 6 de la Ley (Aportación de los prestadores de servicios de televisión), ha incurrido en error de hecho que ha llevado a que la cantidad ingresada haya sido superior a la que le hubiera correspondido.”*. Así, según se desprende de sus alegaciones, el referido error se debería al hecho de haber consignado como ingresos brutos de explotación de las autoliquidaciones presentadas importes que, a su juicio, no formarían parte de la base imponible a declarar por los prestadores del servicio de televisión de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma en acceso condicional de pago, en tanto que, según ORANGE, habría consignado ingresos por servicios audiovisuales de los que carece de responsabilidad editorial, *“De acuerdo con las definiciones que introduce la Ley General Audiovisual en su artículo 2.”*, por lo que, según el operador, *“sólo puede ser considerado prestador de servicio audiovisual para una parcela muy limitada de la actividad que presta en el servicio de televisión.”*

En efecto, tal y como ya se ha hecho mención en los antecedentes de hecho, la solicitante considera que la oferta de televisión que realiza a través de ADSL, *“tanto el paquete básico como en el ampliado, todos los canales que difunde son canales que retransmite sin haber participado en su configuración ni en el proceso de definición de su programación, ni en lo relativo a su contenido ni en la programación temporal”* y que ORANGE se limita a retransmitir los mencionados canales tal y como se lo venden unos terceros.

En ese sentido, a juicio de ORANGE, *“esa actividad de difusión de canales no puede ser considerada servicio de comunicación audiovisual, y la propia Ley General Audiovisual también lo esboza al diferenciar en su artículo 5 a los prestadores de servicios audiovisuales de aquellos operadores de comunicaciones electrónicas que difunden canales de televisión”* por lo que concluye que *“casi en su totalidad, el servicio prestado de Televisión sobre ADSL no es un servicio de comunicación audiovisual”*, a diferencia del servicio de Video Club que, según sus alegaciones, sí podría integrarse en la categoría de servicio de comunicación audiovisual televisiva bajo petición, ya que existe un catálogo de películas a las que tiene acceso el cliente y es éste el que decide en qué momento desea visionar el contenido elegido por él, toda vez que *“El catálogo de contenidos es definido por Orange”*.



Con carácter previo al análisis del referido “error de hecho”, es necesario poner de manifiesto lo previsto por el artículo 6.1 de la Ley de financiación de CRTVE que establece, respecto al cálculo de la aportación a ingresar por parte de los sujetos obligados, lo siguiente:

*“Las sociedades concesionarias y las prestadoras del servicio de televisión de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma deberán efectuar una aportación anual, **calculada sobre los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente**, con la finalidad de contribuir a la financiación de la Corporación RTVE como consecuencia de la renuncia a la oferta de contenidos de pago o acceso condicional y de la supresión del régimen de publicidad retribuida como fuente de financiación de dicha Corporación y el impacto económico favorable que de ello se derivará para dichas sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión”.*

Cabe señalar, asimismo, que la disposición transitoria tercera de la Ley de financiación de RTVE, “Exigibilidad de las tasas y aportaciones en 2009”, prevé, respecto a la concreta aportación a realizar del ejercicio 2009 por parte de los prestadores del servicio de televisión, lo siguiente:

*3.ª La aportación a realizar en 2009 por las sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma se calculará dividiendo por 365 **el importe anual en 2009 de los ingresos brutos de explotación a que se refiere el artículo 6**, multiplicándose el resultado obtenido por el número de días de vigencia de la presente ley en el referido ejercicio (122 días) y aplicando al nuevo resultado el porcentaje del 3% o el 1,5%, según corresponda.*

Acoger el citado “error de hecho” como motivo suficiente para la rectificación de las autoliquidaciones presentadas por ORANGE, constituiría, ciertamente, ir contra los principios tributarios y elementos esenciales configuradores de aportación a realizar por los prestadores del servicio de televisión y que vienen recogidos en la propia Ley de creación de la aportación, los mismos que a continuación se detallan:

1) Principio de legalidad tributaria:

Según el **principio de legalidad tributaria**, consagrado el artículo 8 de la Ley General Tributaria, “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”.

Por lo tanto, el establecimiento de todos los elementos esenciales integrantes de las aportaciones creadas por la Ley 8/2009, de financiación de RTVE, le corresponde a la citada Ley o a otra Ley posterior que expresamente la modifique a esos efectos. En ningún caso (salvo una delegación reglamentaria expresa que no podrá en ningún caso ir en contra de lo estipulado en la Ley de creación) una disposición de rango reglamentario puede crear o modificar un elemento esencial de estas aportaciones en contra de lo establecido en la Ley de creación de la aportación.

Tampoco le corresponde a otra Ley especial cuyo objeto no sea el de regular el sistema de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, como lo es la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual⁶ (en adelante LGCA), salvo que esta Ley especial posterior modifique expresamente la Ley tributaria que estableció la aportación.

⁶ El artículo 1 de la LGCA establece lo siguiente: “Esta Ley regula la comunicación audiovisual de cobertura estatal y establece las normas básicas en materia audiovisual sin perjuicio de las competencias reservadas a las Comunidades Autónomas y a los Entes Locales en sus respectivos ámbitos”.



Conviene recordar a la solicitante que la LGCA, no obstante haber introducido modificaciones en el texto de la Ley 8/2009, no modifica ésta en lo que a la determinación de los elementos esenciales de la aportación se refiere. Por tanto, es presumible que la voluntad del legislador era la de dejar indemnes los conceptos tributarios acuñados por la Ley 8/2009, incluso a la vista de la incidencia de la nueva normativa sobre la configuración de los servicios audiovisuales.

2) **Sujetos pasivos:**

A lo que se refiere a los **sujetos pasivos** de la aportación, el artículo 2 de la Ley de Financiación establece que la CRTVE se financiará, entre otros ingresos, con una aportación anual que deben realizar los operadores de telecomunicaciones de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma y las sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma, de acuerdo con lo previsto en esta Ley.

El artículo 6 de la misma Ley 8/2009 prevé que estarán obligados a realizar la aportación anual las sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma, calculada sobre los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente, con la finalidad de contribuir a la financiación de la Corporación RTVE.

A este respecto, el artículo 6.3 de la Ley establece dos categorías que el legislador constituye como sujetos pasivos de la aportación: **(i)** Operadores de servicio de televisión en abierto (después de la entrada en vigor de la LGCA, operadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva); y, por otro lado, **(ii)** operadores de pago (después de la entrada en vigor de la LGCA, operadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva de pago).

Ambas categorías de operadores pueden utilizar diferentes tecnologías para la difusión de sus ofertas, como lo son por ondas terrestres (analógicas o digitales), por satélite o por cable sin que la tecnología empleada sea tenida en cuenta a efectos de la aportación.

Estos operadores devienen sujetos pasivos por razón de su actividad sustantiva en el mercado, calificada ésta en función de determinados elementos que los caracterizan; en concreto, la difusión de televisión en abierto y la difusión de televisión de pago.

Esta condición de sujeto pasivo no es desmembrable en función de las diferentes fuentes de ingresos en que pudieran descomponerse sus actividades como tal operador, de manera que, presentes las características que permiten su integración en alguna de las antedichas categorías, su obligación de contribuir lo es por el total de sus ingresos, por mandato de la Ley, como inmediatamente se analizará.

Por último, debe tenerse en cuenta al interpretar el concepto de sujeto pasivo contenido en la Ley de Financiación (y en su Exposición de Motivos), que ésta los identifica con aquellos que a la postre iban a ser los beneficiarios directos de la renuncia de la Corporación RTVE a la oferta de contenidos de pago o acceso condicional como fuente de financiación y, por lo tanto, a quienes, como contrapartida, les correspondía realizar las aportaciones. En el caso que nos ocupa, los beneficiarios de la renuncia de RTVE a realizar ofertas de contenidos de pago o acceso condicional son las plataformas que prestaban y prestan este tipo de ofertas de contenidos de difusión televisiva de pago o de acceso condicional.



3) **Cuantificación de la base imponible:**

En cuanto a la **cuantificación concreta de la aportación**, no puede ignorarse que, su base de cálculo ha de establecerse a la luz de las disposiciones vigentes, de forma armonizada con las definiciones legales establecidas en la Ley de Financiación, que es la ley especial de naturaleza tributaria aplicable prioritariamente para la gestión y recaudación de las citadas aportaciones.

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 6, por lo que no procede declarar (o excluir) ingresos que diverjan de los previstos por el referido artículo, amparándose en una supuesta falta de concordancia de la ley con el Reglamento posterior de desarrollo.

En efecto, el régimen establecido por la Ley de Financiación encuentra su razón de ser en su Exposición de Motivos, la cual revela los objetivos del nuevo sistema de financiación, así como su articulación. En ese sentido, señala dicha Exposición de motivos 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 (...)”***.

Ni la exposición de motivos, ni el tenor literal de la Ley permiten inducir que el propósito del legislador (ni en esta ley, ni en la posterior LGCA) fuera el de excluir de la aportación concepto alguno.

Sólo cuando el legislador ha deseado excluir específicamente algún concepto de la base de cálculo, lo ha establecido así expresamente. Es significativo a este respecto que la Ley 8/2009 establezca una fórmula omnicomprendiva tratándose de operadores de servicios audiovisuales, en tanto que, al regular la base de cálculo de la aportación de las empresas de comunicaciones electrónicas, expresamente excluya “los obtenidos en el mercado de referencia al por mayor”. Es decir, allí donde el legislador ha querido hacer una exclusión específica de un concepto integrable en la base de cálculo, lo ha consignado expresamente, sin diferirlo a un posterior desarrollo reglamentario.

Por lo tanto, la Ley presenta una dicción omnicomprendiva a favor de la inclusión de todos los ingresos brutos de explotación de los operadores, sin excepción.

Esta voluntad omnicomprendiva es coherente con el carácter finalista de la aportación, que radica, en palabras de la Ley, en el beneficio directo que los obligados a satisfacer la aportación obtienen por la renuncia de la Corporación Radio Televisión Española a competir en el mercado minorista de contenidos audiovisuales de pago y de acceso condicional.

Conforme a la Ley, los obligados tributarios serían beneficiarios del impacto positivo derivado de la desaparición de un competidor en el mercado audiovisual de acceso condicional o de pago, por el mero hecho de hallarse presentes en dicho mercado. Es por tanto el mero despliegue de actividad en ese sector el que determina la recepción de un beneficio por razón de la menor presión competitiva y la mayor oportunidad de crecimiento de los ingresos. Y ello con independencia de si determinados ingresos se hallan vinculados al hecho de que los contenidos que emite el operador son propios o ajenos, es decir, de su responsabilidad editorial sobre los mismos. De otra manera (es decir, si sólo fueran gravados los ingresos de las actividades sobre las que, según la LGA, los operadores tienen responsabilidad editorial), se estaría dejando, en contra de lo pretendido por la Ley, que estos operadores de plataforma dejaran de compensar por la renuncia de RTVE a ofrecer estos mismos contenidos de los que ella tampoco tendría la responsabilidad editorial. La Ley de Financiación es clara a este respecto al indicar que los sujetos pasivos contribuirán con un



porcentaje del total “de los ingresos brutos de explotación” derivados de las actividades que le son propias. Recordemos que, como acaba de reproducirse, el sistema que se establece toma en cuenta “los ingresos” - todos- “de los sujetos pasivos” y “especialmente” los que directa o indirectamente habrán de percibir como consecuencia de la aplicación del nuevo régimen.

La especial consideración de los ingresos directos e indirectos que habrán de percibir se traduce en la Ley en la diferente proporción que sobre esos ingresos totales corresponde aportar a cada categoría de operadores, la cual, a su vez deriva de la diferencia entre ellos en cuanto al beneficio que para cada tipo de operador comporta la supresión de la publicidad y la renuncia de la CRTVE a la oferta de contenidos de pago: 0,9% en los primeros; 3% para las televisiones comerciales en abierto y 1,5% para las plataformas de pago.

Aquí es preciso destacar el tenor de la misma Exposición de Motivos cuando indica que *“estos porcentajes se han determinado (...) teniendo en cuenta el distinto impacto que la supresión de la publicidad tiene en las televisiones que operan en abierto y las que emiten en oferta de acceso condicional o de pago por satélite o cable”*.

La correspondencia entre el beneficio obtenido por los obligados tributarios y su deber de realizar las aportaciones es conforme al principio de capacidad económica previsto en el artículo 8 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos. En efecto, el deber de contribuir a la financiación de la Corporación Radio Televisión Española tiene su contrapartida en el beneficio directo que los obligados a satisfacer la aportación obtiene por la renuncia de ésta a competir en el mercado minorista de contenidos audiovisuales de pago y de acceso condicional. Por otra parte, los obligados tributarios obtienen ingresos por realizar esas actividades, con independencia de si tienen la responsabilidad editorial de su contenido, lo que habilita su gravamen.

Contra esta voluntad omnicompreensiva del legislador chocaría una interpretación restrictiva del Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 8/2009.

En cuanto a la determinación de los ingresos brutos de explotación correspondientes a los servicios de televisión de pago, el Reglamento, en su artículo 5, se refiere a que son ingresos brutos de explotación los percibidos por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en razón de su actividad como prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva y **en particular**, entre otros, los contemplados en la definición del artículo 2.5 de la LGA. El hecho de que el citado precepto emplee las palabras **en particular** significa, en interpretación conjunta con la Ley de Financiación, que no se excluyen cualesquiera otros ingresos derivados de la actividad que se está realizando que no es solo una actividad de prestación de servicios de comunicación audiovisual en los términos en que viene definida en la LGCA, sino de televisión, concepto éste más amplio que el de las definiciones de la LGA.

De otro modo, sostener la no integración de determinados ingresos en la base de cálculo (es decir, su no sujeción) con fundamento en el tenor del Reglamento, contravendría directamente las determinaciones establecidas por la Ley a la hora de definir dicha base.

Ya se ha señalado que la determinación de los elementos esenciales del tributo está reservada a la ley. Establecidos estos elementos esenciales por la ley, el posterior desarrollo reglamentario no puede modificar las determinaciones de la ley so pena de infringir el principio de jerarquía normativa.



Por ello, en el presente caso, no se puede interpretar el reglamento en modo que restrinja la voluntad omnicomprendiva manifestada por el legislador en el texto de la Ley, máxime cuando el mismo legislador no sólo no lo hizo con ocasión de la LGCA, sino que no habilitó para que el Reglamento pudiera incidir en la definición de la base imponible que había fijado.

En este sentido, no se puede perder de vista que la Ley de Financiación restringió extraordinariamente aquellos aspectos que podían ser objeto de desarrollo reglamentario, ciñendo éste, en lo que aquí interesa, a los siguientes aspectos:

- Determinación del procedimiento para canalizar la aportación a la financiación de la Corporación Radio Televisión Española (artículo 6.8).
- Establecimiento potestativo del deber de autoliquidación de la aportación por los obligados al pago de la misma (artículo 6.9)
- Regulación de los aspectos de la gestión y de la liquidación de estas aportaciones, de los pagos a cuenta y de la forma de compensación en ejercicios posteriores del remanente que resulte en los casos en que la cuantía de los pagos a cuenta supere el importe de la aportación anual (Disposición Adicional Sexta).

No existe habilitación específica en la Ley, fuera de esos tres supuestos, para que, en esta materia, el desarrollo reglamentario pudiera incidir en aspectos que la propia Ley no previera. Por tanto, no existía mandato del legislador para que se delimitara (menos aún para que se restringiera) el concepto de ingresos brutos de explotación que el propio legislador incorporó en aquella. Adicionalmente, ni tan siquiera puede propugnarse que el Reglamento en esto realice una adaptación del marco normativo de la aportación a la LGCA, cuando el legislador previó esa contingencia y limitó la adaptación únicamente a los aspectos reseñados en la Disposición Final Segunda de la LGCA.

Desde esta perspectiva, el Reglamento sólo puede mantener su vigencia en este aspecto realizando una interpretación conforme a la Ley, es decir, entendiendo que el mismo no pretende excluir ningún concepto de ingresos de los ya incluidos por la Ley como base de cálculo.

4) Exclusión de la base imponible de determinados ingresos y de determinados operadores de servicios de difusión de televisión como sujetos pasivos de la aportación:

Frente a la interpretación armónica del Reglamento que se ha apuntado, ORANGE propugna, a través de un supuesto “error de hecho”, la no inclusión en la base imponible de determinados ingresos de explotación percibidos de los usuarios finales; en concreto, los provenientes de ingresos por canales sobre los que no se ostenta el control editorial, con lo que no integrarían el concepto de “servicios de comunicación audiovisual de pago”.

En el supuesto concreto de las plataformas de pago, si se interpretara la remisión que el Reglamento de la Ley de Financiación hace a las categorías del artículo 2 de la LGCA (y por tanto, al concepto de responsabilidad editorial) en el sentido estricto de sus palabras y no se admitiera la interpretación conforme con la Ley de Financiación que se ha expuesto, determinados operadores de servicios de difusión identificados directamente por la Ley de Financiación, dejarían de ser sujetos pasivos de la aportación. Asimismo, determinados ingresos brutos de explotación que constituyen la base imponible de la aportación delimitados directamente por la Ley de Financiación quedaría exentos del pago de la financiación por ministerio de la interpretación estricta de una norma reglamentaria que no encuentra soporte ni en la Ley de Financiación ni en la propia LGCA (que en este concreto aspecto no modificó la anterior).



La actividad desarrollada por las plataformas de pago es la de la prestación de servicios de difusión de televisión de pago directamente a los consumidores mediante la comercialización y difusión de servicios de comunicación audiovisual (canales y programas), propios y ajenos, de manera empaquetada y directamente al público, quien abona un precio por ellos directamente a dichas plataformas (y no a los titulares o creadores de dichos servicios de comunicación audiovisual). En este sentido, puede decirse que en relación a los servicios de comunicación audiovisual de terceros las plataformas actúan en calidad de “revendedores” de servicios, lucrándose con dicha actividad y constituyendo plenamente “servicios audiovisuales de pago” en el sentido del artículo 2.5 de la LGCA:

“Son servicios mediante pago o de pago aquellos servicios de comunicación audiovisual y servicios conexos que se realizan por el prestador del servicio de comunicación audiovisual a cambio de contraprestación del consumidor. Esa contraprestación se puede realizar, entre otras, en la forma de suscripción, pre-pago o pago por visión directa, ya sea para visionar o escuchar canales, programas o paquetes de programas.”

Del anterior precepto queda claro que la contraprestación se percibe directamente del consumidor por suministrarle un servicio de televisión en la modalidad de pago por visión de su oferta de canales, sus catálogos de programas (empaquetados o no) o de las cuotas dinerarias que pagan los usuarios por tener a su disposición la oferta de contenidos audiovisuales que proveen estas plataformas de televisión; es decir, tiene que estar contratada con el consumidor final.

En el caso de las plataformas de televisión de pago que empaquetan una multiplicidad de servicios de comunicación audiovisuales producidos por productoras externas (por ejemplo, ONO, IMAGENIO o DIGITAL PLUS) y lo difunden comercializándolo como un producto propio en el mercado minorista, hay que señalar que el contrato directo de la prestación de ese servicio audiovisual lo tienen dichas plataformas con el usuario final (no existe contrato alguno entre los usuarios y cada titular de los canales/programas/contenidos empaquetados). El operador de la plataforma cobra directamente a cada uno de sus clientes un precio final previamente fijado por una oferta televisiva global, disponible en diferentes paquetizaciones diseñadas por el operador de la plataforma, a las que se suman los consumos en pago por visión o vídeo bajo demanda, que en su caso hubiera realizado el cliente final, sin diferenciar ni en el contrato ni en las facturas el coste de cada canal concreto empaquetado por el operador de la plataforma de televisión de pago, y sin señalar qué parte de sus pagos se repercutirá a las empresas editoras de los canales externos. Es decir, es la plataforma la que contrata con esos titulares de los canales (responsables editoriales a los efectos de la LGCA) la difusión de los mismos en su parrilla de canales, pero no se establece relación contractual alguna entre el cliente final y los titulares de los canales incluidos en la plataforma.

Así pues, esta actividad constituiría un claro ejemplo de reventa de servicios de comunicación audiovisual prestado por la plataforma de pago, que se presenta ante el cliente final como el prestador único de ese servicio audiovisual multicanal, de forma similar a lo que sucede con la reventa de los servicios de telecomunicaciones cuya única razón para ser considerada una actividad de telecomunicaciones amparada por un título habilitante es la relación que del revendedor con los usuarios finales frente a los que responde por el servicio prestado. No tendría sentido, al menos a los efectos de la aplicación de la aportación creada por el artículo 6 de la Ley de Financiación, argumentar lo contrario y decir que únicamente deben recibir la calificación de prestadores de servicios audiovisuales a los efectos de la aportación, los titulares/creadores de los canales y programas, ya que estos últimos no tienen relación contractual directa ni cobran del consumidor o abonado final. No se cumpliría la condición legal de la “contraprestación del consumidor”.



Por todo lo anterior, queda claro que los ingresos brutos por servicios audiovisuales los percibe íntegramente del consumidor final la plataforma de TV, por lo que en consecuencia la aportación deberá realizarse aplicando el porcentaje legal del 1,5% sobre esa cifra total percibida de los usuarios finales, no pudiendo aceptarse que la plataforma de TV intente descontar los hipotéticos ingresos imputables a cada canal de TV empaquetado en sus ofertas comercializadas, ya que los editores de dichos canales no perciben cantidad alguna de los usuarios finales (ni han suscrito contrato alguno con ellos). Y además el antes citado artículo 6.1 de la Ley 8/2009 no permite deducir ningún concepto de la cifra de ingresos brutos de explotación por la actividad (a diferencia de los operadores de telecomunicaciones, que pueden deducirse los ingresos por servicios mayoristas de telecomunicaciones).

De no hacerlo así, si a las plataformas de televisión de pago se les obligara a contribuir únicamente en función de sus canales de producción propia (en el caso de que disponga de ellos, lo cual no siempre es así necesariamente), en tanto que los titulares de canales empaquetados no se les obliga a contribuir, por no ser jurídicamente prestadores de servicios de comunicación audiovisual, en la práctica parte (o la totalidad, habida cuenta de que frecuentemente los canales propios de las plataformas son de autopromoción o de servicio, sin tener publicidad ni atractivo comercial alguno) de los ingresos por servicios audiovisuales percibidos de los usuarios finales no se integrarían en la base imponible de las aportaciones, algo que claramente estaría en contra tanto del objetivo final de la Ley, como de lo dispuesto en los citados artículos 6.1 de la Ley 8/2009 y 5.2 del Real Decreto 1004/2010.

Adicionalmente, una lectura en tal sentido conduciría al resultado, de nuevo contrario a la ley, de que si el operador del servicio de difusión no edita ningún canal de los que difunde, gozaría de una no sujeción de ninguno de sus ingresos a la aportación, exención que no habría sido establecida por la Ley sino por el Reglamento que la desarrolla.

CUARTO.- Falta de acreditación del error incurrido o del perjuicio causado por la presentación de las autoliquidaciones.

De la interpretación realizada en el apartado anterior se desprende, sin lugar a dudas, que se deberán computar todos los ingresos brutos de explotación obtenidos por los prestadores del servicio de televisión por su actividad, sin excluir ningún concepto, toda vez que el antes citado artículo 6.1 de la Ley de financiación de RTVE no permite deducir ningún concepto de la cifra de ingresos brutos de explotación por la actividad desarrollada, (a diferencia de los operadores de telecomunicaciones a los que la Ley les permite expresamente que puedan deducirse los ingresos por servicios mayoristas de telecomunicaciones), por lo que no cabe rectificar las autoliquidaciones presentadas alegando un supuesto error de hecho en la determinación de las bases imponibles que, como ya hemos señalado, no tiene amparo en la normativa reguladora de la aportación.

No obstante, incluso si hubiera de sostenerse que en virtud del Reglamento cabe la no sujeción de ciertos ingresos procedentes de los usuarios de los servicios audiovisuales, habría que señalar la necesidad de que, por parte del interesado se acreditara que los ingresos excluidos corresponden a tales servicios no sujetos; circunstancia que no se ha producido.

En efecto, independientemente del razonamiento aducido por ORANGE respecto a la vinculación que ésta realiza en cuanto a los servicios audiovisuales que presta y el control editorial que realiza sobre los mismos, a los efectos de determinar si éstos formarían parte o no de la base imponible de la aportación, conviene recordar que, según ha declarado el Tribunal Supremo, en Derecho Tributario, la carga de la prueba tiene una referencia específica en el artículo 105.1 LGT *“que impone a cada parte la prueba del hecho constitutivo de su pretensión, en términos afines a las tradicionales doctrinas civilistas»*. (...) *La jurisprudencia es abundantísima sobre la carga de la*



*prueba en el procedimiento de gestión tributaria, haciéndose eco e insistiendo en el principio general del art. 114 LGT (refiriéndose al hoy artículo 105.1 LGT) y entendiendo que ello supone normalmente que la Administración ha de probar la existencia del hecho imponible y de los elementos que sirvan para cuantificarlos **y el particular los hechos que le beneficien como los constitutivos de exenciones y beneficios fiscales, los no sujetos, etc.**⁷».*

En ese sentido, la carga de la prueba a la que refiere el Tribunal Supremo en la jurisprudencia citada se traduce, en el presente caso, en la carga de probar por parte de ORANGE que aquellos importes o partidas de los que dice carecer de responsabilidad editorial y que no han tenido en cuenta para cuantificar sus ingresos brutos de explotación a los efectos del cálculo de la aportación establecida en el artículo 6 de la Ley de financiación de la CRTVE, son, efectivamente, ingresos de partidas por servicios de los que carece responsabilidad editorial o, en suma, que los mismos no forman parte de sus *“ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente.”*

No obstante, ORANGE arguye en sus solicitudes que la no inclusión de determinados conceptos en la base de cálculo de la aportación se debe a los motivos que se han detallado en el expositivo de la presente resolución. Sin embargo, dicha argumentación no va más allá de ser una simple alegación sobre la imputación de ciertos ingresos a un tipo de servicio, sin que se especifiquen ni se acrediten en modo alguno ni los criterios de imputación o prorrateo de dichos ingresos ni, sobre todo, la naturaleza supuestamente excluible de los servicios.

A falta de tal acreditación, se infringiría la carga probatoria que incumbe al interesado (que alcanza no solamente a los supuestos de deducción, sino también, como se ha expuesto, a los de no sujeción), de suerte que habría de considerarse que tales extremos no han sido acreditados y, por tanto, no son susceptibles de ser excluidos.

Por otro lado, en el presente supuesto, ni las alegaciones formuladas por la interesada respecto a los vicios de inconstitucionalidad de la aportación establecida en la Ley de Financiación CRTVE, ni los documentos presentados conjuntamente con su solicitud, 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 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.

⁷ [Sentencia de 23 de enero de 2008 (RJ 2008, 1119) (Rec. Cas. para la unificación de doctrina núm. 95/2003), FD Cuarto; en sentido similar, Sentencia de 16 de octubre de 2008 (RJ 2009, 1553) (Rec. Cas. núm. 9223/2004), FD Quinto]. También ha afirmado el Alto tribunal, en su sentencia de 10 septiembre 2009 (RJ 2010\800) que *“Así, hemos señalado que, en virtud del citado art. 114 L.G.T., “correspondía al sujeto pasivo probar la efectividad y necesidad de los gastos cuya deducción se pretende [Sentencias de 19 de diciembre de 2003 (rec. cas. núm. 7409/1998 (RJ 2003, 9310)), FD Sexto; de 9 de octubre de 2008 (rec. cas. núm. 1113/2005 (RJ 2008, 7773)), FD Cuarto.1; de 16 de octubre de 2008, cit., FD Quinto; de 15 de diciembre de 2008 (rec. cas. núm. 2397/2005 (RJ 2009, 920)), FD Tercero.3; y de 15 de mayo de 2009 (rec. cas. núm. 1428/2005 (RJ 2009, 5451)), FD Cuarto.1”* (Negrita añadida)



En efecto, tal y como ya se ha hecho mención en el fundamento anterior, la vigente Ley de Financiación CRTVE contiene todos y cada uno de los criterios de cuantificación de la aportación establecida en su artículo 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 2010⁸ 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.”*

Finalmente, ha de hacerse una consideración respecto al resto de alegaciones formuladas por ORANGE sobre 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, y que la interesada sostiene que determinaría la necesaria rectificación de las autoliquidaciones presentadas.

Acoger la citada pretensión significaría, ciertamente, que esta Comisión 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).

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”* (artículos 1 y 10 de la LGT). 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 esta Comisión 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 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 las autoliquidaciones relativas a los pagos a cuenta de 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, correspondientes a los períodos de pago de abril, julio y octubre de 2010, por ser plenamente conformes a derecho.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente las solicitudes de France Telecom España, S.A. para la rectificación de la autoliquidación de la aportación prevista en el artículo 6 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, correspondiente al ejercicio 2009, y de los pagos a cuenta de abril, julio y octubre de 2010, con cargo a la aportación a realizar por dicha entidad en el ejercicio 2010, por ser plenamente conformes a derecho.

⁸ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, JUR\2010\333942.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), 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 el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.