



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 31/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 13 de septiembre de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Jazz Telecom, SAU, contra la Resolución, de fecha 28 de junio de 2012, por la que se acuerda la emisión de las liquidaciones complementarias de la aportaciones a ingresar por la recurrente correspondientes a los ejercicios 2009 y 2010, establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 8/2009, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (AJ 2012/1744).

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Procedimientos de comprobación limitada.

En fecha 12 de diciembre de 2011, se notificó a Jazz Telecom, SAU (en adelante, JAZZTEL) el acuerdo de inicio del procedimiento de comprobación limitada respecto a las autoliquidaciones formuladas en los ejercicios 2009 y 2010, en su condición de operadora de comunicaciones electrónicas y prestadora del servicio de televisión, de conformidad con el artículo 128.3 del Real Decreto 1065/2007, de 27 julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria (en adelante, Reglamento de Gestión e Inspección), a los efectos de comprobar los hechos, actos, elementos, actividades, explotaciones y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria” debido, fundamentalmente, “a la naturaleza de las autoliquidaciones presentadas (antes del plazo habilitado a tal efecto), su interpretación sobre el devengo anticipado de las aportaciones y, asimismo, a los efectos de determinar la conformidad de las partidas incluidas y excluidas de las bases imponibles sobre las que se calcularon las mismas.

Mediante el mismo acto de 12 de diciembre de 2011 y otro posterior, notificado el 24 de abril de 2012, se requirió a JAZZTEL para que aportase información contable sobre los ejercicios 2009 y 2010 con objeto de que justificase o aclarase una serie de discrepancias observadas entre los datos aportados e informase sobre las cantidades y la naturaleza de las partidas que conforman el total de sus ingresos mayoristas.



En fecha 1 de junio de 2012, se notificó la propuesta de Resolución del procedimiento de comprobación limitada y se sometió el mismo al trámite de audiencia.

Finalmente, el día 28 de junio de 2012, el Consejo de esta Comisión puso fin al mencionado procedimiento de comprobación limitada resolviendo lo siguiente:

“PRIMERO.- Emitir a Jazz Telecom, S.A. sendas liquidaciones provisionales complementarias de la aportación establecida en el artículo 6 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, correspondientes a los ejercicios 2009 y 2010, por los importes conjuntos de 581,95 Euros y 692,95 Euros respectivamente, calculadas sobre la base de los ingresos brutos de explotación no autoliquidados en los modelos “A2” formulados y presentados por Jazztel, dándose por terminado el procedimiento de comprobación limitada respecto a estas obligaciones tributarias.

SEGUNDO.- Emitir a Jazz Telecom, S.A. una liquidación provisional complementaria de 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, correspondiente al ejercicio 2010, por el importe conjunto de 116.520,34 Euros, calculada sobre la base de los ingresos brutos de explotación no autoliquidados en el “modelo A1” presentado por Jazztel ante esta Comisión y, en consecuencia, dar por terminado el procedimiento de comprobación limitada respecto a esta obligación tributaria.”

SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por JAZZTEL.

Con fecha 6 de agosto de 2012, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de JAZZTEL en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la mencionada Resolución de 28 de junio de 2012 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

JAZZTEL considera que la Resolución recurrida es nula, de conformidad con el artículo 62.2 de la LRJPAC, por considerar nula la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (LFRTVE) en virtud de la cual se funda la mencionada Resolución.

La recurrente pone de manifiesto en su escrito de recurso las siguientes alegaciones:

- Que las aportaciones reguladas en la LFRTVE resultan incompatibles con las normas comunitarias en materia de telecomunicaciones, normas que además tienen efecto directo en el Derecho nacional.
- Que la aportación regulada en la LFRTVE es contraria a la Directiva 2002/20/CE puesto que, en contraposición a lo previsto en la LFRTVE, dicha Directiva limita las cargas pecuniarias que pueden imponerse a los operadores de comunicaciones electrónicas al cubrimiento de los gastos administrativos asociados a la autorización, y únicamente en la medida que tales gastos así lo exijan.
- Que la Comisión Europea ya se ha manifestado al considerar que las aportaciones que regula la LFRTVE, son incompatibles con las normas europeas en materia de telecomunicaciones.
- Inconstitucionalidad de las aportaciones porque vulneran los principios previstos en el artículo 31.1 de la Constitución Española; en concreto, por vulnerar los principios de no confiscatoriedad, capacidad económica e igualdad.



Sobre la base de las anteriores alegaciones, solicita la admisión de su recurso, que resuelva inaplicar la LFRTVE y, en consecuencia, reconozca el derecho a la devolución de las aportaciones pagadas por la recurrente por los periodos 2009 y 2010, y anule las liquidaciones complementarias dictadas en la Resolución recurrida.

TERCERO.- Notificación de inicio de procedimiento.

Mediante el correspondiente escrito del Secretario de la Comisión, fechado el día 14 de agosto de 2012, se notificó al interesado del inicio del correspondiente procedimiento de tramitación del recurso de reposición, de acuerdo con lo establecido por el artículo 42.4 de la LRJPAC.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 222 de la LGT establece que los actos susceptibles de reclamación económico-administrativa podrán ser objeto de recurso potestativo de reposición con carácter previo a la reclamación. Por su parte, el artículo 227.2 de la LGT prevé que son actos susceptibles de reclamación económico-administrativa: *“las liquidaciones provisionales o definitivas”*.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como *“recurso de reposición”* y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en los artículos 2, 3 y 23 del Real Decreto 520/2005, de 13 mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la LGT, en materia de revisión en vía administrativa, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede calificar el escrito de JAZZTEL como recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 28 de junio de 2012 por la que se acuerda la emisión de liquidaciones complementarias de las aportaciones a ingresar por la recurrente en los ejercicios 2009 y 2010, establecidas en los artículos 5 y 6 de la LFRTVE, dándose por terminado el procedimiento de comprobación limitada incoado a dicha entidad (AD 2011/1748).

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

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

Por su parte el artículo 232 de la LGT dispone que estarán legitimados para promover las reclamaciones económico-administrativas los obligados tributarios y los sujetos infractores. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por ser sujeto pasivo de la aportación establecida en el artículo 6 de la LFRTVE.

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



TERCERO.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

JAZZTEL considera nula la Resolución, de conformidad con el artículo 62.2 de la LRJPAC. Al respecto debe señalarse que el artículo 62.2 de la LRJPAC invocado por la recurrente como infringido por la Resolución recurrida, no resulta aplicable en el presente supuesto por cuanto el mismo alude a la nulidad de pleno derecho de disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

En el presente caso se impugna un acto administrativo de carácter resolutorio (y no de una disposición de carácter general) por lo que, en virtud del principio antiformalista que rige la actuación de la Administración Pública, deberá analizarse si el acto podría resultar nulo, de conformidad con el apartado primero del mismo precepto o anulable por infracción del ordenamiento jurídico, en virtud de lo dispuesto en el artículo 63.1 de la LRJPAC.

Finalmente, considerando que el recurso se interpone contra un acto susceptible de ser reclamado en vía económico-administrativa, según lo dispuesto por el artículo 222 de la LGT, y dado que dicho recurso ha sido presentado dentro del mes siguiente a su notificación, según lo señalado por el artículo 223.1 LGT, procede su admisión y tramitación de conformidad con dichos preceptos.

CUARTO.- Competencia para resolver.

La competencia para conocer y resolver el presente procedimiento corresponde, de conformidad con lo establecido en los artículos 225.1 de la LGT y 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la vulneración de la Directiva 2002/20/CE y el efecto directo de las Directivas comunitarias.

JAZZTEL considera que la aportación regulada en la LFRTVE es contraria a la Directiva 2002/20/CE (Directiva de Autorización) puesto que, en contraposición a lo previsto en la LFRTVE, dicha Directiva limita, en su artículo 12, las cargas pecuniarias que pueden imponerse a los operadores de comunicaciones electrónicas hasta que se logren cubrir los gastos administrativos asociados a la autorización, y únicamente en la medida que tales gastos así lo exijan.

La recurrente considera que la Resolución recurrida es nula por considerar que, en aplicación del efecto directo del Derecho comunitario y la primacía de éste sobre el Derecho nacional, esta Comisión debió inaplicar la LFRTVE y aplicar la Directiva 2002/20/CE.



Añade en otro fundamento de Derecho, que en éste sentido la Comisión Europea ya se ha manifestado al considerar que las aportaciones que la LFRTVE regula, son incompatibles con las normas europeas en materia de telecomunicaciones.

Este motivo de impugnación ya ha sido analizado anteriormente por esta Comisión por lo que, para dar contestación al mismo en sentido desestimatorio, nos remitimos a lo apuntado al respecto en la Resolución¹ de esta Comisión de fecha 26 de enero de 2012 (AJ 2011/1748) por estar lo ahí manifestado plenamente vigente:

“En efecto, aun admitiendo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su Sentencia de fecha 22 de junio de 1989 (asunto Fratelli Costanzo) y en interpretación del principio de primacía del Derecho de la Unión, ha reconocido que las administraciones públicas pueden inaplicar las normas internas contrarias a una directiva, ello solo sería posible en el caso de que se den los requisitos del efecto directo.

Entre los requisitos del llamado “efecto directo vertical” de las directivas se encuentra la ausencia, insuficiencia o diferencia en la adaptación al derecho interno y que su mandato ha de resultar jurídicamente perfecto o completo, sin dejar márgenes de apreciación discrecional a las autoridades públicas que deban aplicarlas². En el caso que nos ocupa, Telefónica pretende que sea esta administración quien valore y, en su caso, aprecie que la LFCRTVE infringe una directiva ya traspuesta (la Directiva de Autorización). Al contrario, a juicio de esta Comisión, el efecto directo se produce si las disposiciones de las directivas son incondicionales y suficientemente precisas o en aquellos aspectos de las directivas que adolezcan de falta de claridad y concisión. Ello no sucedería en el caso que nos ocupa, donde para la resolución del supuesto conflicto normativo sería necesario acudir a una compleja interpretación de normas para concluir la infracción pretendida.

En este sentido, tal y como recoge la recurrente en su recurso, 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 leyes³. 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

¹ Fundamento de Derecho Quinto de la Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 27 de octubre de 2011, por la que se acuerda la emisión de una liquidación complementaria de la aportación a ingresar por la recurrente en el ejercicio 2010, establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009 (AJ 2011/2692).

² Sentencia del TJUE, de fecha 5 de febrero de 1963, asunto 26/62 (Van Gend en Loos).

³ STC 41/2002, de 25 de febrero



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 español⁴.” (el subrayado es nuestro)

SEGUNDO.- Sobre la inconstitucionalidad de la LFRTVE.

JAZZTEL considera que la LFRTVE es contraria a los principios de no confiscatoriedad, capacidad económica e igualdad contenidos en el artículo 31.1 de la Constitución española.

A este respecto, y como ha indicado esta Comisión en repetidas ocasiones al resolver recursos contra actos de gestión de la aportación⁵, no le corresponde a la Administración valorar la constitucionalidad de las leyes ni la legalidad de los reglamentos, función reservada a la jurisdicción constitucional, en el primer caso, y a la ordinaria en el segundo. El sometimiento de las Administraciones Públicas a la Ley y al Derecho, al que se refieren los artículos 103 de la Constitución Española y 3 de la LRJPAC, implica que éstas no puedan dejar de aplicar una ley en vigor, por muy razonables que puedan ser las dudas en cuanto a su constitucionalidad o su acomodo al ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Los organismos reguladores a los que se refiere el artículo 8.1 de la Ley 2/2011, de 2 de marzo, de Economía Sostenible, entre los cuales se halla esta Comisión, no son ninguna excepción, puesto que, de acuerdo con el apartado 4 del citado artículo, están sujetos a la LRJPAC y al resto del ordenamiento jurídico. Por otra parte, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones actúa como Administración tributaria en la gestión de la aportación, de conformidad con el artículo 5.6 de la LFCRTVE en relación con el artículo 5.2 de la LGT.

En definitiva, teniendo en cuenta que los motivos impugnatorios esgrimidos por JAZZTEL no se refiere a la falta de adecuación a Derecho del acto impugnado, sino la de la propia normativa que establece y regula la aportación para la financiación de la Corporación Radio y Televisión Española, procede desestimar todos los motivos sobre los que funda la impugnación de la Resolución recurrida.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por Jazz Telecom, SAU, contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 28 de junio de 2012, dictada en el expediente número AD 2011/1748.

⁴ <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>

⁵ Por ejemplo, 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), Fdto Primero, o Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 27 de octubre de 2011, por la que se acuerda la emisión de una liquidación complementaria de la aportación a ingresar por la recurrente en el ejercicio 2010, establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009 (AJ 2011/2692), Fdto Cuarto.



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

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