



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 16/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 19 de abril de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución 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).

I ANTECEDENTES

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

A raíz de las diferencias encontradas entre los ingresos consignados por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) en su autoliquidación anual 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 (LFCRTVE) y los que obran en poder de esta administración, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones inició un procedimiento de verificación de datos de conformidad con lo previsto en el artículo 131 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT).

Al acuerdo de inicio se acompañó una propuesta de liquidación complementaria provisional. En el trámite de audiencia, Telefónica se opuso a esa propuesta porque, a su juicio, la cifra de ingresos brutos comprendía todos sus ingresos, y no sólo los obtenidos por su actividad como prestadora del servicios de televisión de acceso condicional en razón de su actividad como prestador del servicio de comunicación audiovisual en los términos previstos en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (LGCA). Asimismo, Telefónica alegaba que la aportación para la financiación de la CRTVE es inconstitucional y vulnera el derecho de la Unión Europea. También que el Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la LFCRTVE, infringiría el principio de reserva de ley tributaria.



SEGUNDO.- Resolución recurrida.

El procedimiento tributario de verificación de datos al que más arriba se ha hecho referencia concluyó con la resolución recurrida, de fecha 9 de febrero de febrero de 2012, por la que se acordó emitir a la recurrente una liquidación complementaria en el mencionado concepto por el importe correspondiente a la aplicación del porcentaje del 1,50% a la cantidad de ingresos brutos de explotación obtenidos por la recurrente en el ejercicio 2010.

TERCERO.- Recurso de reposición de Telefónica.

Contra la resolución que acordaba la emisión de la liquidación complementaria, Telefónica ha presentado un recurso de reposición que ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión el día 12 de marzo de 2012 y en el que solicita que se declare nula de pleno derecho por los siguientes motivos:

1. Los únicos ingresos que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la aportación son los obtenidos en razón de su actividad como prestadora del servicio de comunicación audiovisual televisiva de acuerdo con lo establecido en la LGCA (el servicio de comunicación audiovisual televisiva a petición y la venta de espacios publicitarios). La base imponible considerada en la liquidación recurrida incluiría ingresos que no deben computarse a los efectos del cálculo de la aportación, como los obtenidos por el alquiler de descodificadores, las cuotas de instalación o las cuotas mensuales cobradas por la difusión de canales sobre los que Telefónica no tiene la responsabilidad editorial.
2. La utilización de los datos aportados para la elaboración del Informe Anual pese a autoliquidarse la aportación por el método de estimación directa de la base imponible.
3. La inconstitucionalidad de la aportación, por vulnerar los principios de capacidad económica, igualdad, reserva de ley y no confiscatoriedad.

Para la recurrente, la aportación es una prestación patrimonial de carácter público cuya regulación infringiría el principio de capacidad económica, ya que el supuesto que justifica su exigibilidad no supone una manifestación de riqueza de los obligados tributarios.

En cuanto al principio de igualdad, Telefónica destaca la falta de justificación de la imposición de la aportación a los operadores de telecomunicaciones a la vista del nulo impacto positivo en su economía de los supuestos a los que se refiere la Ley, mientras que otras empresas, como las dedicadas a la producción de contenidos audiovisuales, no estarían sujetas. Además, la exclusión de operadores de comunicaciones electrónicas de ámbito geográfico limitado a una comunidad autónoma carece de motivación racional y obedecería a criterios que no están ajustados a la ley.

En lo que se refiere a la vulneración del principio de no confiscatoriedad, la recurrente alega que la aportación se calcula a partir de los ingresos facturados, no del beneficio realmente obtenido, criterio éste más adecuado a los principios de justicia tributaria.



Finalmente, Telefónica se refiere a la infracción del principio constitucional de reserva de Ley en materia tributaria por parte del Real Decreto 1004/2010, ya que, a su juicio, se produce *ex novo* la definición del hecho imponible al extender el ámbito de los sujetos pasivos a las empresas que presten servicios de comunicaciones electrónicas y simultáneamente un servicio audiovisual que incluya publicidad a través de una empresa del mismo grupo. También porque el desarrollo reglamentario crea la obligación de liquidar y realizar pagos a cuenta del ejercicio 2010.

4. La falta de relación entre la base y el hecho imponible, puesto que la primera incluye todos los ingresos de los operadores y no sólo los provenientes de la prestación de servicios audiovisuales, que son los favorecidos por el impacto positivo al que se refiere el segundo.
5. La contravención de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, que limita las cargas pecuniarias que pueden imponerse a los operadores de comunicaciones electrónicas al coste de la regulación.

En este sentido, la recurrente hace referencia al recurso por incumplimiento presentado por la Comisión Europea contra la regulación de la aportación.

También se vulneraría la citada norma y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, al discriminarse a operadores no españoles, cuyo ámbito de actuación será con carácter general nacional y que, por lo tanto, estarán sujetos en todo caso al pago de la aportación.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

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

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como "*recurso de reposición*" y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en los artículos 2, 3 y 23 del Real Decreto 520/2005, de 13 mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la LGT en materia de revisión en vía administrativa (RGRA). Por todo lo anterior, se califica el escrito de Telefónica como un recurso de reposición interpuesto 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 6 de la LFCRTVE a ingresar por la recurrente en el ejercicio 2010, dándose por terminado el procedimiento de verificación de datos incoado a dicha entidad (AD 2011/2426).

SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.



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

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

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

TERCERO.- Admisión a trámite.

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

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

Finalmente, considerando que el recurso se interpone contra un acto susceptible de ser reclamado en vía económico-administrativa, según lo dispuesto por el artículo 222 de la LGT, y dado que dicho recurso ha sido presentado dentro del mes siguiente a su notificación, tal y como dispone el artículo 223.1 LGT, se admitió a trámite por acto del Secretario de fecha 19 de marzo de 2012 y ha sido tramitado de conformidad con dichos preceptos.

CUARTO.- Competencia para resolver.

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

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre los motivos impugnatorios expuestos por Telefónica.

En su recurso, Telefónica se limita a reproducir literalmente las mismas alegaciones que realizó durante la instrucción del procedimiento, tanto las referidas a la inclusión de ingresos que no deberían tenerse en cuenta para el cálculo de su aportación para la financiación de la CRTVE como las que lo hacen a las supuestas infracciones de normas de mayor rango por parte de la normativa que regula la propia aportación. Lo anterior, a falta de motivos para el cambio de criterio decisorio o la inexistencia de errores manifiestos, debería ser suficiente para la desestimación del recurso, por cuanto que los recursos administrativos no tienen por objeto que el órgano administrativo vuelva a considerar lo ya resuelto sobre una cuestión



planteada en los mismos términos, sino ofrecer a la administración la posibilidad de rectificar su decisión y evitar así un procedimiento adverso en la jurisdicción revisora. De esta manera, la reiteración de los mismos motivos que ya han sido tenidos en cuenta de manera extensa e individualizada en el acto recurrido serviría para fundamentar, sin más, la desestimación del recurso.

Además, se da la circunstancia de que las mismas alegaciones, con su correspondiente respuesta en idénticos términos a los contenidos en la resolución recurrida, han sido opuestas en anteriores ocasiones por Telefónica¹.

SEGUNDO.- Sobre la falta de prueba de las alegaciones presentadas por Telefónica.

La recurrente enumera una serie de ingresos que, a su juicio, deberían excluirse de la *base imponible* de la aportación. Se trata, en concreto, de ingresos por el alquiler de descodificadores, por cuotas de instalación y por las cuotas mensuales que cobra a sus abonados por la difusión de canales de terceros.

En primer lugar, debe señalarse que, con carácter general, el artículo 105.1 de la LGT impone a los obligados tributarios la carga de probar los hechos constitutivos de los derechos que alegan en un procedimiento de naturaleza tributaria. Por su parte, el artículo 132.2 de la LGT, aplicable a los procedimientos de verificación de datos, se remite a la presunción de certeza de los datos contenidos en las autodeclaraciones, declaraciones, comunicaciones de datos y demás documentos presentados por los obligados tributarios y a la carga que pesa sobre éstos de probar en contrario para destruirla.

La resolución recurrida considera que Telefónica no ha acreditado la realidad de los datos alegados, como le correspondía. En su lugar se ha limitado a incluir en su escrito de alegaciones y en su recurso un cuadro con el desglose de ciertos ingresos, en concreto, los que entiende que deben considerarse para el cálculo de la aportación por referirse a los servicios, en su opinión, comprendidos para ese fin en la normativa que la regula. A tal efecto, Telefónica se refiere al Anexo I aportado junto con su escrito de alegaciones. Dicho Anexo consiste en un documento elaborado por la propia recurrente con el mencionado desglose.

Ese es el único esfuerzo probatorio realizado por Telefónica, pese a la carga que le imponen los artículos 105.1 y 180.4 de la LGT de acreditar los hechos constitutivos del pretendido derecho a la reducción de la cantidad sobre la que se calcula su aportación para la financiación de la CRTVE. Sin perjuicio de la vigencia del principio de libre valoración de la prueba, en los procedimientos tributarios son de aplicación las normas que sobre medios y valoración de prueba contienen el Código Civil y la Ley 1/2002, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien, los documentos unilaterales, como al que se refiere la reclamante, tienen el valor probatorio de mera declaración de parte².

¹ Resolución de fecha 26 de enero de 2012, 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); 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.



Tampoco en su recurso Telefónica se encarga de combatir la falta de prueba que la resolución recurrida le reprocha en su fundamento de Derecho Tercero, donde se considera que las cifras aportadas no son más que meras alegaciones sobre la imputación de ciertos ingresos a un tipo de servicios, pero sin que se especifiquen ni acrediten los criterios de imputación.

En estas circunstancias, a falta de otro soporte documental, no podrían considerarse probados los datos reflejados en el desglose de los ingresos que a juicio de Telefónica deberían incluirse en el cálculo de la aportación.

Lo anterior tiene especial trascendencia por cuanto que no es la primera vez que Telefónica hace idénticos reproches y esta Comisión los contesta en el mismo sentido.

TERCERO.- Sobre la inclusión en la base imponible de la liquidación de ingresos no computables.

Para Telefónica, la resolución recurrida es nula, en primer lugar, porque incluye ingresos obtenidos por su actividad audiovisual en la base imponible pese a que estarían excluidos del cálculo de la aportación. A su juicio, el artículo 6 de la LFCRTVE no define el concepto de “ingresos brutos de explotación” a partir del cual se calcula la aportación a realizar por los prestados del servicio de televisión. Al contrario, este extremo se concretó con su desarrollo reglamentario realizado por el Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, de conformidad con las definiciones contenidas en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA). De esta manera, los únicos ingresos sujetos a gravamen serían los percibidos por un elenco de actividades contenidas en la LGCA: el servicio de comunicación audiovisual televisiva, el servicio de comunicación audiovisual televisiva a petición, el servicio televisión en movilidad, el servicio de comunicaciones audiovisual en abierto o codificado, el servicio de comunicación audiovisual de pago, la emisión de canales y canales de televenta, la puesta a disposición de catálogos de programas, servicios conexos o interactivos y comunicaciones comerciales audiovisuales, así como de la financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográfica, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación previstas en el artículo 5.3 y de los negocios jurídicos sobre licencias de comunicación audiovisual. Por lo tanto, Telefónica sólo habría incluido los ingresos obtenidos por los servicios de comunicación audiovisual televisiva a petición y comunicación comercial audiovisual para el cálculo de su aportación para la financiación de la CRTVE.

La diferencia con la cifra de negocio por actividades audiovisuales que le consta a esta Comisión se explicaría por la exclusión de determinadas partidas, tales como:

- a) Alquiler de descodificadores.
- b) Cuotas de instalación.
- c) Cuotas mensuales.

A este respecto, y como se señala en la resolución recurrida, la LFCRTVE no excluye ningún ingreso por actividades audiovisuales del cálculo de la aportación que debe realizar cada operador. En este sentido, esta Comisión ya se habría pronunciado en anteriores

² SSTS de 1 de octubre de 1999, FD cuarto y 12 de mayo de 1991, FD tercero.



ocasiones sobre la imposibilidad de separar la condición de obligado al pago de la aportación de las diferentes actividades.

Asimismo, debe apuntarse que la enumeración de las actividades contenidas en el artículo 5 del Real Decreto 1004/2010, en la que se apoya la recurrente, no tendría carácter exhaustivo, sino meramente ejemplificativo, como acredita el uso de la locución adverbial “en particular”. En efecto, la Real Academia Española señala que dicha expresión significa “*Distinta, separada, singular o especialmente*”, de lo que se deduce que la voluntad del Gobierno al redactar el citado artículo era señalar una serie de actividades que necesariamente debían ser clasificadas como servicios de comunicación audiovisual a estos efectos. Ahora bien, ello no impide la inclusión de otros ingresos que inevitablemente están vinculados a esa actividad de la recurrente o se generan, en términos del Real Decreto 1004/2010, “*en razón de su actividad como prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva*”. En otro caso, se hubiera señalado que esa lista de actividades tiene carácter cerrado y exhaustivo.

Dicha interpretación es más acorde con el propio texto de la LFCRTVE y con su espíritu, que no es otro que obligar a participar en la financiación de la CRTVE a los beneficiarios de su renuncia a financiarse mediante la emisión de publicidad o a emitir contenidos de pago, como Telefónica.

En cuanto a la infracción del artículo 51 de la LGT, que se refiere al método de estimación directa de la base imponible de los tributos, debe señalarse que es un precepto menos específico que el artículo 131 de la misma norma, al que acude esta Comisión para justificar el inicio del procedimiento que concluyó con la liquidación complementaria recurrida y que permite la emisión de liquidaciones provisionales no coincidentes con la que correspondería con los datos ofrecidos por el obligado tributario. Precisamente, los procedimientos de gestión tributaria como el que nos ocupa, y a diferencia del iniciado mediante liquidación, permiten a la administración gestora del tributo practicar liquidaciones que se separen de los datos declarados o de los contenidos en autoliquidaciones, con los debidos requisitos de contradicción y audiencia que aseguren la defensa del obligado tributario, en todo caso.

CUARTO.- Sobre la supuesta inconstitucionalidad de la aportación y la supuesta infracción del derecho de la Unión Europea.

El resto de los motivos impugnatorios no se refieren tanto a la legalidad del acto impugnado como a la adecuación a Derecho de la normativa que regula la aportación para la financiación de la CRTVE.

Así, en primer lugar, Telefónica alega diversas infracciones del artículo 31 de la Constitución Española, que se refiere a los criterios que deben inspirar el sistema tributario.

En este sentido, debe señalarse, nuevamente, que no se trata de una alegación novedosa, pues varios obligados a contribuir a la financiación de la CRTVE, entre ellos Telefónica, han planteado idénticos reparos en procedimientos relativos a actos de gestión de la aportación.

En esas ocasiones, esta Comisión ha señalado que no le corresponde a la administración que gestiona una prestación patrimonial de carácter público valorar la constitucionalidad o legalidad, en su caso, de las normas que la regulan. Al contrario, el ordenamiento jurídico obliga a las administraciones públicas a la aplicación de las leyes y reglamentos en vigor y reserva el análisis de su constitucionalidad o legalidad a la jurisdicción correspondiente. En



este sentido, la Constitución Española consagra el principio de legalidad en la actuación administrativa en su artículo 103.1, lo que impide la inaplicación de las normas vigentes que regulan la aportación, tal y como pretende Telefónica.

En todo caso, será en los procedimientos que se siguen en las diferentes instancias judiciales, especialmente en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tras la demanda de la Comisión Europea contra el Reino de España, de conformidad con lo previsto en el artículo 258 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pero también en los tribunales españoles que resolverán los recursos de algunos operadores, como Telefónica, (que ha recurrido todas las liquidaciones sin excepción que en concepto de aportación se le han girado) en los que se resolverá sobre la constitucionalidad y ajuste al Derecho de la Unión Europea de los mecanismos de financiación de la CRTVE.

En lo que se refiere al incumplimiento del derecho comunitario, Telefónica señala que la exclusión como sujetos obligados al pago de operadores de ámbito inferior al nacional supone una restricción a la libertad de establecimiento y una discriminación indirecta por razón de la nacionalidad. Dicha alegación parte de la hipótesis de que los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva de ámbito territorial inferior al nacional son *“empresarios locales que ostentan nacionalidad española”*. Sin embargo, esta mera posibilidad no es el resultado de la normativa española, pues nada impide que otra empresa con una nacionalidad diferente opte por prestar servicios en un área geográfica coincidente con una comunidad autónoma o incluso inferior.

Por lo demás, esta Comisión considera que en lo que respecta a la Directiva 2002/20/CE del Parlamento y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, no se cumplen los requisitos del “efecto directo vertical” que permitirían la inaplicación de las normas internas si las considerase contrarias a esa Directiva. Y ello porque no nos encontraríamos ante la ausencia, insuficiencia o deficiencia en la transposición de un mandato incondicional, completo y preciso que no permita apreciaciones discrecionales a la administración.

En todo caso, esta es una posibilidad rechazada por nuestro Tribunal Constitucional³, que entiende, con carácter general, que en caso de conflicto entre la ley interna y el Derecho de la Unión Europea sólo procede la inaplicación de la primera por los órganos de justicia.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE:

ÚNICO.- Desestimar el 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 6 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, a ingresar por la recurrente en el ejercicio 2010, dándose por terminado el procedimiento de verificación de datos incoado a dicha entidad.

³ STC 41/2002, de 25 de febrero



El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

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

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