



**MIGUEL SÁNCHEZ BLANCO**, Director de Asesoría Jurídica de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (artículo 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30 de marzo de 2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

### **CERTIFICA**

Que en la Sesión número 29/13 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 25 de julio de 2013, se ha adoptado el siguiente

### **ACUERDO**

Por el que se aprueba la

**Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Tenaria, SA, contra la Resolución, de fecha 16 de mayo de 2013, por la que se desestima la solicitud de rectificación y devolución del importe de las autoliquidaciones formuladas e ingresadas por dicha entidad en los ejercicios 2010, 2011 y 2012, con cargo a la aportación anual prevista en el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (AJ 2013/1267).**

## **I ANTECEDENTES**

**PRIMERO.- Resolución desestimatoria de la solicitud de rectificación y devolución de autoliquidaciones de la aportación prevista en los artículos 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto.**

Con fecha 25 de marzo de 2013 tuvo entrada en el registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de Tenaria, SA, (en adelante, Tenaria), por el que solicitaba la rectificación y devolución de las autoliquidaciones formuladas e ingresadas por dicha operadora, según consta en los documentos que presentó en el Registro de esta Comisión en fechas 25 de febrero de 2011, 28 de febrero de 2012 y 22 de febrero de 2013. Tenaria fundamentó su solicitud de rectificación y devolución sobre la base de considerar que 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 (en adelante, LFRTEVE), no se ajusta a derecho perjudicando gravemente sus legítimos intereses.

Los motivos por los que la operadora solicitaba la rectificación y devolución se resumen a continuación:

- Incompatibilidad de la aportación con las normas comunitarias en materia de telecomunicaciones.



- Inconstitucionalidad de la aportación a realizar por los operadores de telecomunicaciones.

En fecha 16 de mayo de 2013, el Consejo de la Comisión acordó en su Resolución por la que puso fin al expediente AD 2013/763, lo siguiente:

**“ÚNICO.-** Desestimar íntegramente la solicitud de Tenaria, SA, para la rectificación y devolución de los importes de las autoliquidaciones formuladas e ingresadas por dicha entidad en los ejercicios 2010, 2011 y 2012 (modelos “A1”), con cargo a la aportación anual establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, por ser plenamente conformes a derecho.”

### **SEGUNDO.- Recurso de reposición interpuesto por Tenaria contra la Resolución que puso fin al expediente AD 2013/762.**

Con fecha 28 de junio de 2013, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de Tenaria en virtud del cual interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución de 16 de mayo de 2013 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior por considerarla contraria a Derecho.

En su recurso Tenaria aclara que la solicitud de rectificación y devolución desestimada por la Resolución de 16 de mayo de 2013 se refería no sólo a las autoliquidaciones correspondientes a los ejercicios 2010, 2011 y 2012, sino también a los pagos a cuenta realizados correspondientes a dichos ejercicios resultando una solicitud de devolución por importe de la suma de las mencionadas autoliquidaciones y pagos a cuenta realizados en esos ejercicios.

La recurrente fundamenta su recurso sobre los siguientes motivos que son sustancialmente idénticos a los que expuso al solicitar la rectificación y devolución de autoliquidaciones correspondientes a los ejercicios 2010, 2011 y 2012:

- Incompatibilidad de la aportación con las normas comunitarias en materia de telecomunicaciones.
- Inconstitucionalidad de la aportación a realizar por los operadores de telecomunicaciones.

Sobre la base de las anteriores alegaciones solicita la estimación de su recurso, la anulación del acto recurrido y el reconocimiento de su derecho a la devolución del importe total de 1.157.637,76 euros, que es la suma de las autoliquidaciones y pagos a cuenta correspondientes a los ejercicios 2010, 2011 y 2012, por considerarlo un ingreso indebido.

### **TERCERO.- Notificación de inicio de procedimiento.**

Mediante el correspondiente escrito del Director de la Asesoría Jurídica en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión, fechado el día 2 de julio de 2013, 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 Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, (en adelante, 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 resoluciones expresas o presuntas derivadas de una solicitud de rectificación de una autoliquidación o de una comunicación de datos.”*

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como *“recurso de reposición”* y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos previstos en el 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 Tenaria como recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 16 de mayo de 2013 por la que se desestimó su solicitud de rectificación y devolución de los importes de las autoliquidaciones formuladas e ingresadas correspondientes a los ejercicios 2010, 2011 y 2012 con cargo a la aportación anual establecida en el artículo 5 de la LFRTVE y, asimismo, de los pagos a cuenta de dicha aportación correspondientes a idénticos ejercicios.

### 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 5 de la LFRTVE, objeto de la Resolución recurrida.

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.

El recurso de reposición interpuesto por Tenaria se interpone contra un acto susceptible de ser reclamado en vía económico-administrativa, según lo dispuesto por el artículo 222 de la LGT, cumple 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 y ha sido presentado dentro del plazo previsto por el artículo 223.1 de la LGT.

Considerando todo lo anterior, procede la admisión y tramitación del recurso de reposición interpuesto por Tenaria.



#### **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, al Consejo de la Comisión por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

### **III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES**

#### **PRIMERO.- Sobre la supuesta incompatibilidad de la aportación prevista en el artículo 5 de la LFRTVE y en su normativa de desarrollo con las normas de la Unión Europea en materia de telecomunicaciones.**

A juicio de Tenaria, la aportación prevista en el artículo 5 de la LFRTVE y que desarrolla el Real Decreto 1004/2010, es contraria a Derecho por cuanto que dichas normas son contrarias a la normativa europea. En concreto, no cumple con los parámetros establecidos en el artículo 12 de la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, Directiva Autorización); por cuanto dicha norma proscribía la imposición de cargas económicas diferentes a las previstas en ese precepto a los operadores de telecomunicaciones por el mero hecho de serlo y permite, únicamente, la imposición de tasas administrativas a los operadores siempre que las mismas sirvan para financiar las actividades de la autoridad nacional de reglamentación relativas a la gestión del sistema de autorización y el otorgamiento de derechos de uso y, en todo caso, en la medida en que sirvan para cubrir los gastos administrativos reales de estas actividades.

Por lo tanto, sobre la base del principio de primacía y de aplicabilidad directa del Derecho Comunitario, esta Comisión estaba obligada a inaplicar la LFRTVE y su norma de desarrollo, de conformidad con el artículo 12 de la Directiva Autorización, puesto que la citada aportación supone una carga económica específica y discriminada sobre determinados<sup>1</sup> operadores de telecomunicaciones, resulta restrictiva a su libre actividad de establecimiento o de prestación de servicios.

En apoyo de sus alegaciones, Tenaria señala que la incompatibilidad de la aportación con el Derecho europeo ha sido sostenida por la Comisión Europea en el recurso de anulación interpuesto contra el Reino de España ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y que actualmente está pendiente de fallo.

Dada la identidad sustancial entre las alegaciones sobre las que la recurrente solicitó la rectificación y devolución de autoliquidaciones correspondientes a los ejercicios 2010, 2011 y 2012 con los motivos expuestos ahora en fase de recurso, hemos de recordar lo señalado por esta Comisión en la Resolución impugnada, que está plenamente vigente, para desestimar este motivo de impugnación:

*“(…) en cuanto a la supuesta infracción del artículo 12 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, que proscribía la imposición de cargas económicas diferentes a las previstas en ese precepto a los operadores de telecomunicaciones por el mero*

---

<sup>1</sup> La aportación únicamente grava a los operadores cuyo ámbito geográfico de actuación excede a una Comunidad Autónoma y que prestan servicios de telefonía, fija o móvil, o acceso a internet.



*hecho de serlo, se refiere a una Directiva, disposición que no goza, con carácter general, de efecto directo y que no puede, por sí sola, crear obligaciones y derechos a un particular.*

*En cualquier caso, cabe señalar que esta Comisión ya se ha pronunciado en varias ocasiones respecto a esta alegación en concreto, por lo que nos remitimos a lo ya manifestado por esta Comisión para dar contestación a las alegaciones de la interesada<sup>2</sup>:*

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

*Ahora bien, mientras que el TJUE no se pronuncie sobre la compatibilidad de la aportación con el TFUE (a fecha de hoy, el asunto está pendiente de fallo), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el Derecho comunitario no es canon de validez de las leyes<sup>3</sup>. Eso implica que en caso de conflicto entre ley (estatal o autonómica) y Derecho comunitario sólo procede la inaplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales.*

*Finalmente, debe indicarse que la aplicación de la doctrina apuntada suscita no pocos problemas, entre ellos desde una perspectiva constitucional, ya que, si las administraciones públicas no pueden inaplicar leyes basándose en su supuesta inconstitucionalidad, parecería incongruente que pudieran hacerlo con leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, el Consejo de Estado en su informe de fecha 14 de febrero de 2008, sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español<sup>4</sup>”.*

*Por lo tanto, modulando el principio de primacía del derecho de la Unión Europea, y más concretamente la facultad del juez nacional para obviar el derecho interno que lo vulnere, sea anterior o posterior a la norma comunitaria, puede concluirse que las administraciones públicas de un estado miembro no puede dejar de aplicar una norma de derecho interno por ser contraria a una comunitaria sin efecto directo, como la Directiva de autorizaciones.”*

En efecto, conforme a lo señalado en la Resolución recurrida, esta Comisión, como administración pública, está obligada al cumplimiento del ordenamiento jurídico vigente y no puede abstenerse de aplicarlo aun en el caso de que su vulneración sea alegada por los administrados al recurrir los actos de aplicación. Es función de las diferentes instancias jurisdiccionales (Tribunal Constitucional, tribunales ordinarios de justicia y Tribunal de Justicia de la Unión Europea) enjuiciar la conformidad a los ordenamientos jurídicos interno y comunitario del régimen de financiación previsto en la LFRTVE y su desarrollo normativo, régimen que está plenamente vigente, por lo que la citada la aportación ahí regulada es exigible a los obligados a su pago y esta Comisión tiene el deber ineludible de proceder a su liquidación y cobro en periodo voluntario, tal y como le ordena su artículo 5.6.

Además, en relación con el recurso interpuesto por la Comisión Europea contra el Reino de España ante el TJUE al que alude la recurrente y que está pendiente de resolverse<sup>5</sup>, procede mencionar que la Comisión Europea también interpuso un recurso por

---

<sup>2</sup> Véase, por ejemplo, las resoluciones dictadas en los expedientes AJ 2011/2699 o AJ 2011/2692.

<sup>3</sup> STC 41/2002, de 25 de febrero.

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

<sup>5</sup> Asunto C-468/11



incumplimiento del artículo 12 de la Directiva Autorización contra una tasa a cargo de los operadores de telecomunicaciones introducida por la República Francesa y que comparte las características esenciales con la aportación prevista en el artículo 5 de la LFRTVE.

En relación con el recurso interpuesto por la Comisión Europea contra la tasa francesa antes mencionada, el día 27 de junio de 2013 el TJUE ha dictado Sentencia<sup>6</sup> desestimatoria por considerar que dicha tasa se adecua al Derecho europeo. En la citada Sentencia, la Sala Tercera del TJUE señala que las tasas a las que se refiere el artículo 12 de la Directiva Autorización sólo pueden destinarse a cubrir los costes administrativos globales ocasionados por la gestión, control y aplicación del régimen de autorización general y de la imposición de determinadas obligaciones específicas pero no a otras actividades. A diferencia de aquéllas, añade, la tasa impugnada no se impone a los operadores por el hecho de ser titulares de una autorización general o del derecho de uso de radiofrecuencias o números, sino que, por el contrario, está ligada a la actividad de los operadores como prestadores de comunicaciones electrónicas a los usuarios finales.

Por lo tanto, atendiendo el fallo del TJUE y las características similares entre la tasa francesa y la aportación prevista en el artículo 5 de la LFRTVE, procede señalar que, en cuanto que la aportación no tiene por objeto cubrir los gastos administrativos que se ocasionen con la gestión, control y ejecución del régimen de autorización general sino que está ligada al impacto positivo que ha tenido la nueva regulación del sector televisivo y audiovisual sobre las actividades de los operadores de telecomunicaciones como prestadores de servicios a usuarios finales, dicha aportación resulta compatible con el artículo 12 de la Directiva Autorización.

## **SEGUNDO.- Sobre la supuesta inconstitucionalidad de la aportación prevista en el artículo 5 de la LFRTVE.**

La recurrente alega, con idénticos fundamentos a los manifestados en su escrito de solicitud de rectificación y devolución de la aportación cuya desestimación ahora recurre, que la aportación prevista en el artículo 5 de la LFRTVE vulnera el artículo 31.1 de la Constitución española al no respetar los principios ahí establecidos de capacidad económica e igualdad.

A este respecto, y como ha indicado esta Comisión, tanto en la Resolución recurrida como en tantas otras ocasiones al resolver recursos contra actos de gestión de la aportación<sup>7</sup>, 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 la Disposición Adicional Décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, entre los cuales se halla esta Comisión, no son ninguna excepción, puesto que, de acuerdo con el artículo 2 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de

---

<sup>6</sup> Asunto C-485/11

<sup>7</sup> 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.



septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, así como con el artículo 2 del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (Resolución del Consejo de 30 de marzo de 2012), 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 LFRTVE en relación con el artículo 5.2 de la LGT.

En definitiva, teniendo en cuenta que los motivos impugnatorios esgrimidos por Tenaria no se refieren 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 este motivo de impugnación de la Resolución recurrida.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### RESUELVE

**ÚNICO.-** Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por Tenaria, SA, contra la Resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 16 de mayo de 2013, dictada en el expediente número AD 2013/763.

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, quién 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 Miguel Sánchez Blanco, Director de la Asesoría Jurídica en sustitución, por vacante, del Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 6.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la CMT, aprobado por la Resolución de su Consejo de 30.03.2012, B.O.E. nº 149 de 22.06.2012), con el Visto Bueno del Vicepresidente, Marcel Coderch Collell (P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre, B.O.E. de 25 de septiembre de 1996).***