

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE LAS SOLICITUDES DE ORANGE ESPAGNE, S.A.U. PARA LA RECTIFICACIÓN Y DEVOLUCIÓN DE LOS PAGOS A CUENTA DE ABRIL, JULIO, OCTUBRE Y LA AUTOLIQUIDACIÓN DEL 2013 ASÍ COMO LOS PAGOS DE ABRIL, JULIO, OCTUBRE Y LA AUTOLIQUIDACIÓN DEL 2014, INGRESADOS POR DICHA ENTIDAD CON CARGO A LA APORTACIÓN ANUAL ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 6 DE LA LEY 8/2009, DE 28 DE AGOSTO, DE FINANCIACIÓN DE LA CORPORACIÓN RTVE.

RTVE/D TSA/302/15/RECTIFICACIÓN AUTOLIQUIDACIONES

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 16 de abril de 2015

Visto el expediente relativo a las solicitudes de Orange Espagne, S.A.U¹. para la rectificación y devolución de los pagos a cuenta de julio y octubre de 2014 y la autoliquidación del 2014, formulados e ingresados por dicha entidad con cargo a la aportación anual establecida en el artículo 6 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Presentación e ingreso de los modelos A2 y A4.

Con fechas 24 de abril, 26 de julio y 28 de octubre de 2013 y 25 de febrero, 28 de abril, 28 de octubre del 2014 y 25 de febrero del 2015, Orange Espagne, S.A.U. (en adelante, ORANGE) presentó en el Registro telemático de la

¹ Denominada anteriormente France Telecom España, S.A.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), 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), copias de los impresos de pagos a cuenta de abril, julio, octubre y la autoliquidación del 2013 así como los pagos a cuenta de abril, julio, octubre y la autoliquidación del 2014, todos formulados con cargo a la aportación anual a realizar por ORANGE en su condición de prestadora del servicio de televisión de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma en acceso condicional de pago.

Los importes de estos documentos fueron ingresados, asimismo, el 24 de abril, 26 de julio y 28 de octubre de 2013 y 25 de febrero, 28 de abril, 28 de octubre del 2014 y 25 de febrero del 2015, respectivamente.

SEGUNDO.- Solicitudes de rectificación de los documentos presentados.

Con fechas 5 y 7 de agosto y 11 de noviembre de 2013 así como el 10 de marzo, 16 de mayo, 17 de noviembre de 2014 y 2 de marzo de 2015, han tenido entrada en el registro de esta Comisión sendos escritos presentados por los representantes legales de ORANGE por los que solicitan la rectificación y devolución de los documentos anteriormente citados, sobre la base de que las aportaciones establecidas en la Ley de Financiación CRTVE no se ajustan a derecho y, por tal motivo, perjudican gravemente sus legítimos intereses.

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

1) Las aportaciones vulnerarían varios principios constitucionales:

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 (en adelante, CE).

ORANGE sostiene, en algunas de sus solicitudes, 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”* sino que además resulta imposible de medir y probar ya que la ley regula *“un hecho imponible indefinido”* (la obtención de ingresos debido a la supresión de publicidad en RTVE)

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 agentes que, contrariamente a los operadores de telecomunicaciones, sí se benefician de la regulación contenida en Ley de Financiación CRTVE, como 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 *“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 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, Reglamento de las aportaciones, 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.

2) Las aportaciones vulnerarían varios preceptos del Derecho Comunitario.

En sus solicitudes de 5 de agosto y 7 de noviembre de 2013, ORANGE considera que la aportaciones no cumplen 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, 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.

3) Error de hecho en la cuantificación de la deuda tributaria y sobre que ORANGE no realiza el hecho imponible de la aportación:

Adicionalmente, y de manera subsidiaria a todo lo anterior, 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 afirma 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 este 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, así, según dicha entidad, ORANGE se limita a retransmitir dichos canales *“tal y como se lo venden unos terceros”.*

Así, 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 (...)”*.

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. Finalmente, la interesada sostiene que sólo realiza el control efectivo, tanto sobre la selección de programas como sobre su organización, del canal gratuito “OH Music”.

A este respecto, cabe señalar que en su solicitud de rectificación de fecha 2 de marzo de 2015, ORANGE señala, al hilo con lo anterior, que no realiza el hecho imponible de esta aportación toda vez que no presta un servicio de comunicación audiovisual.

En efecto, para la citada operadora, para ser sujeto pasivo de la aportación ORANGE *“debe prestar un servicio de comunicación audiovisual, en los términos señalados en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual”* y en los términos que la LGCA define a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, es decir, como aquel operador *“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”*.

No obstante, a juicio de la interesada, ORANGE no presta servicios de comunicación audiovisual ya que no ostenta la responsabilidad editorial de los productos audiovisuales que difunde, a excepción, como ya se ha hecho referencia, de lo que se denomina servicio de Videoclub, servicio del que, según concluye en la segunda parte de su escrito, tampoco ostentaría el control editorial ya que éste recaería más bien sobre las “productoras” televisivas.

Así pues, ORANGE concluye que no sería sujeto pasivo de la aportación ya que dicha entidad *“se limita a difundir programas y contenidos previamente empaquetados por los titulares de los canales que son los que sí tienen la responsabilidad editorial sobre los mismos”*.

TERCERO.- Acuerdo de acumulación.

Mediante escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del sector Audiovisual de la CNMC, notificado el 27 de marzo de 2015, se informó a la interesada que, dada la identidad sustancial e íntima conexión existente entre todas las solicitudes presentadas, se acordaba, por razones de brevedad, economía y unidad de criterio, la tramitación de las mismas en el marco de un único procedimiento administrativo con referencia RTVE/D TSA/302/15, según dispone el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común² (LRJPAC), teniendo en cuenta que todas peticiones podían ser examinadas y decididas en un solo acto al ser, sustancialmente, idénticas, pero referidas a distintos ejercicios.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación de los escritos presentados y admisión a trámite.

De las solicitudes presentadas por ORANGE se desprende lo siguiente: (i) su intención de rectificar los documentos de pagos a cuenta y autoliquidación formulados por dicha entidad con cargo a la aportación prevista en el artículo 6 de la Ley de financiación CRTVE y, por otro lado, (ii) que se trata de sendas solicitudes de devolución de ingresos indebidos de los importes ingresados respecto a los mismos.

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 solicitudes de rectificación de los documentos formulados e ingresados, al amparo del artículo 120.3 de la LGT y de los artículos 126 y siguientes del Reglamento General de

² Normativa de aplicación supletoria en materia tributaria por remisión expresa de la disposición adicional quinta de la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

las actuaciones y procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (en adelante, RGGI).

Asimismo, dichos escritos cumplen con los requisitos generales establecidos en los artículos 88.2 y 126 del mismo Reglamento, por lo que procede calificar los mismos como sendas solicitudes de rectificación de autoliquidaciones y, en consecuencia, admitirlas a trámite.

SEGUNDO.- Legitimación para presentar las solicitudes.

Siendo ORANGE sujeto obligado al pago de la aportación prevista en el artículo 6 de la Ley de Financiación CRTVE, a cuyo cargo se formularon los pagos a cuenta y las autoliquidaciones cuya rectificación solicita, por considerar que los mismos han perjudicado sus intereses legítimos, la entidad ostenta la legitimación suficiente para presentar las solicitudes objeto de la presente Resolución (apartados 1 y 3 del artículo 120 LGT, artículo 126.2 del RGGI y 5.3 de la Ley de Financiación CRTVE).

TERCERO.- Habilitación competencial.

De conformidad con lo establecido por el artículo 126.1 del RGGI, las solicitudes de rectificación de autoliquidaciones “*se dirigirán al órgano competente de acuerdo con la normativa de organización específica*”, quién será el órgano encargado de su instrucción y resolución.

Tanto el artículo 5.6 como el artículo 6.7 de la Ley 8/2009 de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, atribuían a la CMT 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. Asimismo, se establece un régimen supletorio, al señalar que las citadas competencias se regirán por lo dispuesto en la referida Ley y, en lo no previsto en ella, por la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, por la Ley General Tributaria y por las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de las mismas.

De igual forma, el artículo 6 (“*Procedimiento de gestión de las aportaciones de los operadores de telecomunicaciones y televisión*”) del Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la citada Ley de financiación, establece que “*1. La gestión, liquidación, inspección y recaudación de las aportaciones a que se refieren los artículos 4 y 5 de este real decreto corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*”.

Con fecha 6 de junio de 2013 entró en vigor la Ley 3/2013, de 5 de junio, cuyo objeto es la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). La citada norma, prevé en su disposición adicional segunda que “*las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o al Ministerio correspondiente según la función de que se trate*”. Por tanto, a partir de la fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC (7 de octubre de 2013), las citadas competencias que venía ejerciendo la CMT quedaron atribuidas a la CNMC.

Posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, se ha transferido la competencia para la gestión tributaria de las aportaciones, al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, tal y como lo establece el artículo 69.l):

“l) Ejercer las funciones de gestión, liquidación, inspección y recaudación en periodo voluntario de las aportaciones a realizar por los operadores de telecomunicaciones y por los prestadores privados del servicio de comunicación audiovisual televisiva, de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma, reguladas en los artículos 5 y 6 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación Radio y Televisión Española”.

Sin embargo, la misma Ley 9/2014, en su Disposición transitoria décima, que se refiere al “*Desempeño transitorio de funciones por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*”, establece lo siguiente:

*“En relación con las funciones que eran competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y que, conforme a lo establecido en esta Ley, se atribuyen al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia **las desempeñará hasta la fecha que se determine para el ejercicio efectivo de las nuevas funciones** que esta Ley atribuye al Ministerio de Industria, Energía y Turismo conforme a lo establecido en la disposición adicional decimoquinta³”.*

³ La Disposición adicional decimoquinta de la Ley 9/2014 establece, en su apartado 3, que “3. La fecha para el ejercicio efectivo de las nuevas funciones que esta Ley atribuye al Ministerio de Industria, Energía y Turismo se determinará mediante orden del Ministro de la Presidencia, a propuesta del Ministro de Industria, Energía y Turismo, del Ministro de Economía y Competitividad y del Ministro de Hacienda y Administraciones públicas. En todo caso, todas las actuaciones a que se refiere la presente disposición deberán haberse realizado en el plazo de cuatro meses desde la entrada en vigor de esta Ley”.

En virtud de lo anterior, y en tanto no se determine mediante orden del Ministro de la Presidencia la fecha efectiva para el ejercicio de las nuevas funciones que la Ley 9/2014 atribuye al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, corresponde a la CNMC la competencia transitoria para la gestión y recaudación de las aportaciones a las que se refieren los artículos 5 y 6 de la Ley de Financiación CRTVE.

En relación con el Órgano competente de la CNMC para dictar la presente Resolución, el artículo 20.1 de la Ley 3/2013 prevé que el Consejo es el órgano competente para *“resolver y dictaminar los asuntos que la CNMC tiene atribuidos en esta Ley y por el resto de la legislación vigente”*.

El Consejo, según el artículo 16 de la citada Ley, actúa en pleno o en sala, siendo competencia de las Salas los asuntos que no estén expresamente atribuidos al pleno, tal como dispone el apartado segundo del artículo 20.

En desarrollo de la Ley 3/2013, el artículo 14.1.b) Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, dispone que será competente la Sala de Supervisión regulatoria para conocer los asuntos relacionados con la aplicación de los artículos 6 a 12 de la Ley 3/2013, de 4 de junio y del informe previsto por el apartado 7 de su disposición adicional novena.

En este sentido, y como ya se ha señalado en párrafos anteriores, tanto la Ley 8/2009 como el Real Decreto 1004/2010 que la desarrolla atribuyen a la CMT (actual CNMC⁴), la competencia de gestión, liquidación, recaudación e inspección de las aportaciones a la financiación de la CRTVE, pero sin especificar el órgano concreto que es competente dentro de la misma.

Por lo tanto, interpretando de manera concordante las citadas normas cabe concluir que la competencia para resolver el presente procedimiento corresponde a la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

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 RGGI, se ha prescindido del trámite de audiencia.

⁴ La CNMC resulta competente de forma transitoria para ejercer esta competencia, en virtud de lo previsto en la Disposición Transitoria Décima de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre el procedimiento de rectificación de autoliquidaciones.

El artículo 120.1 de la Ley General Tributaria define las autoliquidaciones tributarias como aquellas *“declaraciones en las que los obligados tributarios, además de comunicar a la Administración los datos necesarios para la liquidación del tributo y otros de contenido informativo, realizan por sí mismos las operaciones de calificación y cuantificación necesarias para determinar e ingresar el importe de la deuda tributaria o, en su caso, determinar la cantidad que resulte a devolver o a compensar”*.

Por su parte, son pagos a cuenta los pagos fraccionados impuestos por la ley de cada tributo que deben realizarse antes de que éste resulte exigible.

Dichas autoliquidaciones y pagos a cuenta pueden motivar, ciertamente, ingresos indebidos y es por ello por lo que el artículo 221.4 de la LGT prevé que *“Cuando un obligado tributario considere que la presentación de una autoliquidación ha dado lugar a un ingreso indebido, podrá instar la rectificación de la autoliquidación de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 120 de esta Ley”*.

De conformidad con lo anterior, el citado artículo 120 LGT, en su apartado 3, dispone que *“Cuando un obligado tributario considere que una autoliquidación ha perjudicado de cualquier modo sus intereses legítimos, podrá instar la rectificación de dicha autoliquidación de acuerdo con el procedimiento que se regule reglamentariamente”*.

Por su parte, en desarrollo de las anteriores previsiones, el RGGI establece, en su artículo 126.2, que *“La solicitud sólo podrá hacerse una vez presentada la correspondiente autoliquidación y antes de que la Administración tributaria haya practicado la liquidación definitiva o, en su defecto, antes de que haya prescrito el derecho de la Administración tributaria para determinar la deuda tributaria mediante la liquidación o el derecho a solicitar la devolución correspondiente”*.

De los artículos citados se desprende que el obligado tributario podrá instar la rectificación de una autoliquidación previamente presentada *“en el supuesto de que haya cometido un error que vaya en contra sus intereses (esto es, que el obligado tributario entienda que debería haber ingresado una cantidad inferior, o solicitado una devolución o una compensación superior, a la anteriormente autoliquidada⁵)*, ya que si es al contrario (esto es, el error cometido al tiempo de

⁵ 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

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 LGT⁶.

Asimismo, conviene señalar que no se trata de una vía alternativa para revisar los actos liquidatorios de la Administración, sino de rectificación de extremos contenidos en la propia autoliquidación del sujeto obligado como consecuencia de los cuales se haya producido un ingreso indebido, esto es, en aquellos supuestos contemplados en el artículo 221.1 de la LGT o, en su caso, derivados de la normativa del tributo, como señala el artículo 120.3, segundo párrafo, de la misma Ley.

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

Sentado lo anterior, en cuanto a la acreditación de la existencia de perjuicios en los intereses legítimos del sujeto pasivo, elemento indispensable para acordar la rectificación interesada, es obligado acudir a la norma general en materia de carga de la prueba contenida en el artículo 105 de la LGT, según el cual *“en los procedimientos de aplicación de los tributos, quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo”*⁷, 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”.

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*

admisibles 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.

⁶ Sentencia de Audiencia Nacional de 2 junio de 2008, JUR\2008\223597.

⁷ 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»*.

enervar la presunción legal (...)”, STS de 16 julio 2009, JUR 2009\436231, recogiendo, ciertamente, como una verdadera presunción "*iuris tantum*".

En este sentido, teniendo en cuenta que, según lo establecido por el citado artículo 108.4 LGT, la presentación de una autoliquidación tiene el efecto de la creación de una "*presunción de certeza*" a favor de propia autoliquidación y que no puede ser desvirtuada sin el necesario soporte probatorio, corresponde a ORANGE acreditar la existencia del error incurrido o el perjuicio causado por su presentación, así como los presupuestos necesarios para su rectificación.

Pues bien, en el presente supuesto, ni las alegaciones formuladas por la interesada respecto a los vicios de inconstitucionalidad de las aportaciones establecidas en la Ley de Financiación CRTVE, ni los documentos presentados conjuntamente con sus solicitudes, constituyen prueba suficiente por su parte que acredite las circunstancias concurrentes que hayan podido perjudicar "*de cualquier modo sus intereses legítimos*", para con ello rebatir o destruir la certidumbre del hecho del que se trate presunto, esto es, 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 –al alza- de la base imponible declarada en las mismas ni una incorrecta aplicación del tipo de gravamen aplicable que haya producido un mayor ingreso a favor de la Administración ni, en suma, ningún otro error de naturaleza tributaria que pueda motivar la rectificación de las autoliquidaciones formuladas conforme a derecho, es decir, en consonancia con la propia Ley que regula aportación.

En efecto, la referida Ley de Financiación CRTVE concreta, en sus artículos 5 y 6, los requisitos y condiciones, así como los elementos tributarios configuradores de la aportación anual que deben realizar los operadores de comunicaciones electrónicas y las televisiones privadas, ambos de ámbito estatal o superior al de una Comunidad Autónoma, encargando la gestión, liquidación, inspección y recaudación de la citada aportación a esta Comisión.

Respecto a la concreta aportación a realizar por las sociedades concesionarias o prestadoras del servicio de televisión de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma, el artículo 6.1 de la Ley de Financiación CRTVE prevé que "*deberán efectuar una aportación anual, calculada sobre los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente, 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”.

ORANGE es, además de una operadora de telecomunicaciones, una sociedad prestadora del servicio de comunicación audiovisual televisiva de acceso condicional de pago de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma y, como tal, está obligada a realizar aportaciones de un 1,5 por ciento de sus ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente para la financiación de la CRTVE, tal y como prevén los artículos 6.3 de la Ley de Financiación de la CRTVE y 5.2 de su Real Decreto de desarrollo:

“3. Resultarán obligados al pago de la aportación los operadores de televisión que sean concesionarios o prestadores del servicio de televisión tanto en forma de acceso abierto como de acceso condicional de alguna de las modalidades siguientes, siempre que el servicio tenga un ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma:

- a) Sociedades concesionarias del servicio de televisión privada por ondas terrestres, en sistema analógico o digital.*
- b) Sociedades prestadoras del servicio de televisión por satélite.*
- c) Sociedades prestadoras del servicio de televisión por cable”.*

El mismo artículo 6.6 de la Ley de Financiación CRTVE establece que esta aportación se devengará el 31 de diciembre de cada año y que, no obstante, si por causa imputable al operador éste perdiera la habilitación para actuar como tal en fecha anterior al 31 de diciembre, la aportación se devengaría en la fecha en que esta circunstancia se produjera.

Por su parte, el artículo 6.2 del Reglamento de financiación RTVE establece que los obligados al pago de la aportación deberán efectuar en los meses de abril, julio y octubre un pago a cuenta de la aportación que se devengue el 31 de diciembre de cada año. El importe del pago a cuenta, para cada uno de los hitos indicados, se fija en el 25 por ciento del resultado de aplicar el porcentaje señalado a los ingresos brutos de explotación facturados en el año anterior o, en su caso del último año liquidado, calculados conforme a lo establecido en los artículos 4.2 y 5.2 del propio Reglamento de financiación RTVE.

Finalmente, el artículo 6.3 del Reglamento de desarrollo de la Ley de Financiación CRTVE establece, respecto a la presentación de las autoliquidaciones, que *“Los operadores deberán presentar ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la autoliquidación de las aportaciones*

correspondientes al período de devengo. La autoliquidación deberá presentarse por vía electrónica, durante el mes de febrero posterior al cierre del ejercicio (...)”.

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 al cual fueron calculadas y presentadas las autoliquidaciones, por lo que no procede rectificarlas sin el necesario soporte probatorio que exige enervar la presunción legal de las que están provistas ya que, como sostiene la Audiencia Nacional en su sentencia de 16 de septiembre 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”**.

TERCERO.- Sobre la supuesta vulneración del ordenamiento jurídico constitucional y comunitario, por parte de la Ley de financiación CRTVE.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, en el presente supuesto, la pretensión principal de ORANGE para rectificar los pagos a cuenta y las autoliquidaciones presentadas por ésta se fundamenta, básicamente, en la supuesta vulneración del ordenamiento jurídico por parte de la normativa reguladora de las aportaciones, esto es, la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española y de su Reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1004/2010; de forma que, partiendo de unos supuestos vicios de inconstitucionalidad de dichas normas y una supuesta vulneración del Derecho comunitario, pretende la rectificación y devolución de los pagos a cuenta de abril, julio, octubre y la autoliquidación del 2013, así como los pagos de abril, julio, octubre y la autoliquidación del 2014.

Acoger la citada pretensión significaría, ciertamente, que la CNMC 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). En efecto, tal y como ya expuso este organismo a ORANGE con ocasión de solicitudes similares, 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”*.

Por lo tanto, tratándose de normas vigentes, deben ser observadas y cumplidas por esta Comisión en tanto los supuestos vicios de inconstitucionalidad

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

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 la CNMC 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 la autoliquidación del 2013 y los pagos a cuenta de abril, julio y octubre del 2014, formulados con cargo a 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, por ser plenamente conformes a derecho.

Finalmente, y en cuanto a la supuesta infracción del artículo 12 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, que establece que las tasas administrativas que se impongan a las empresas que presten un servicio o suministren una red al amparo de la autorización general (o a quienes se haya otorgado un derecho de uso) cubrirán solamente los gastos administrativos regulatorios del sector y se impondrán a las empresas de una manera objetiva, transparente y proporcional; cabe señalar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dictaminado, contrariamente a lo que sostiene la interesada en sus solicitudes de 5 de agosto y 7 de noviembre de 2013, que el sistema de financiación como el que aquí atañe no infringiría el artículo 12 de la Directiva de referencia.

En efecto, con fecha 27 de junio de 2013 el TJUE ha dictado una Sentencia en el Asunto C-485/11⁹, referido a la demanda dirigida por la Comisión Europea contra la República Francesa (en el que el Reino de España se personó junto a la parte demandada) en la que dicho Tribunal ha confirmado que la tasa francesa para la financiación de sus servicios públicos de radiodifusión, cuya naturaleza y características es muy similar a las aportaciones establecidas en la Ley 8/2009, no infringe el artículo 12 de la Directiva 2002/20/CE¹⁰.

⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 27 de junio de 2013 – Comisión Europea / República Francesa (Asunto C-485/11) (Incumplimiento de Estado – Redes y Servicios de comunicaciones electrónicas – Directiva 2002/20/CE – Artículo 12 – Tasas administrativas aplicables a las empresas titulares de autorizaciones generales – Normativa nacional – Operadores de telecomunicaciones electrónicas – Obligación de pago de un impuesto adicional).

¹⁰ Cabe señalar que el TJUE ya ha conocido otro asunto similar, el expediente de cuestión prejudicial C-71/12, planteada por el Tribunal Constitucional de Malta (C-71/12). En este asunto el TJUE concluye, asimismo, lo siguiente: *“El artículo 12 de la Directiva 2002/20/CE (...) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el asunto principal, en virtud de la cual los operadores que prestan*

Según TJUE, la tasa francesa 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 (entiende que, de este modo, los operadores que se limiten a prestar servicios de interconexión, acceso, difusión o transporte de señal, no serían sujetos pasivos de la tasa francesa, sustancialmente idéntica a la aportación española). En este sentido y dado que las tasas a las que se refiere el artículo 12 de la Directiva serían exclusivamente aquellas cuyo devengo se vincula al acceso al mercado de servicios de comunicaciones electrónicas (las que se exijan por motivo del procedimiento de autorización que permite a los operadores su acceso al mercado), no pueden considerarse sujetas a los límites allí impuestos aquellas que se exijan por otros hechos, confirmando, de este modo, que no todas las tasas que pueden imponerse a los operadores de comunicaciones electrónicas están comprendidas en el artículo 12 de la Directiva 2002/20/CE¹¹.

Cabe señalar que esta Sentencia del TJUE ha llevado a la Comisión Europea a desistir del procedimiento instado contra el Reino de España (al considerar que las aportaciones reguladas en la Ley 8/2009 no eran compatibles con lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva, Asunto C-468/11) y pedir su archivo, que se ha materializado mediante Auto de fecha 24 de Julio de 2013.

Asimismo, y de acuerdo a esta doctrina comunitaria, el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) ha señalado en su Resolución de 8 de julio de 2014, desestimatoria de la reclamación económica-administrativa interpuesta por la propia ORANGE, lo siguiente¹²:

servicios de telefonía móvil están obligados a pagar de un tributo denominado «impuesto especial» correspondiente a un porcentaje de los pagos que perciben de los usuarios de tales servicios, siempre que el hecho imponible de éste no se halle relacionado con el procedimiento de autorización general que permite acceder al mercado de los servicios de comunicaciones electrónicas, sino que esté vinculado al uso de los servicios de telefonía móvil prestados por los operadores, y que, en definitiva, vaya a cargo del usuario de tales servicios, lo que debe comprobar el órgano jurisdiccional remitente".

¹¹ En el apartado 34 de esta Sentencia, el TJUE señala lo siguiente: "De ello se deriva que la tasa cuestionada se impone no a todos los operadores de comunicaciones electrónicas titulares de una autorización general o de un derecho de utilización de radiofrecuencias o de números, sino a los operadores titulares de una autorización general que suministran sus servicios en el mercado de servicios de comunicación electrónicas a los usuarios finales. Además, las condiciones de imposición de este tributo enunciados en el art 302 bis KH del CGI muestran que no se impone por el simple hecho de detentarse una autorización general o de la concesión de un derecho de uso de radiofrecuencias o de números sino que está ligada a la actividad del operador consistente en suministrar prestaciones de comunicaciones electrónicas a los usuarios finales en Francia. En consecuencia, ha lugar a considerar que el hecho generador de la tasa litigiosa no está ligada al procedimiento de autorización general o de concesión de un derecho de uso de radiofrecuencia o de números".

¹² Fundamento de Derecho Décimo, expediente R.G.: 00-07752-2012.

“En aplicación de la doctrina jurisprudencial anterior, este Tribunal Central debe declarar que la aportación regulada por el artículo 5 Ley 8/2009 no queda dentro del ámbito de aplicación del artículo 12 de la Directiva "autorización", no existiendo incompatibilidad de la tasa sobre autorización para operar, y la denominada aportación, regulada en la Ley 8/2009. Por otro lado, ha de resaltarse que tampoco coinciden los sujetos pasivos de esta aportación y de la Tasa por autorizaciones generales, ya que la primera se circunscribe a aquellos operadores de comunicaciones electrónicas que estén inscritos en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que presten uno o varios servicios de telefonía fija, móvil o proveedor de acceso a internet y que presten simultáneamente algún servicio audiovisual u otro que incluya algún tipo de publicidad, mientras que en la segunda son sujetos pasivos todos los operadores sin distinción”.

CUARTO.- Sobre el supuesto error de hecho en la cuantificación de la deuda tributaria correspondiente a la aportación establecida en el artículo 6 de la Ley de Financiación CRTVE y sobre que ORANGE no realiza el hecho imponible de la aportación.

4.1 Sobre el supuesto error de hecho:

ORANGE sostiene, sin acreditarlo de forma alguna, que al cuantificar la deuda derivada de la aportación regulada en el artículo 6 de la Ley (la aportación de los prestadores de servicios de televisión), ha incurrido en un error de hecho que ha originado a que la cantidad ingresada haya sido superior a la que le hubiera correspondido ya que, según alega, para su cálculo ha imputado los ingresos percibidos por ORANGE como consecuencia de su actividad como difusor de canales de televisión cuya responsabilidad editorial corresponde a un tercero, ingresos que, a su juicio, no deben integrarse en la base imponible de la mencionada aportación ya que, según entiende, la determinación de la base imponible de la aportación ha de realizarse de conformidad con el Reglamento de financiación RTVE y, asimismo, de acuerdo a las definiciones contenidas en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante LGCA).

En virtud de esta interpretación, según la interesada, no pueden considerarse dentro de la base imponible de la aportación los ingresos obtenidos por ORANGE respecto a la oferta de televisión a través de ADSL, tanto el paquete básico como en el ampliado, ya que 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, siendo que, según dicha entidad, ORANGE se limita a retransmitir dichos canales *“tal y como se lo venden unos terceros”*, así pues,

para ORANGE, esta *“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 (...)”*.

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 y que, en suma, los únicos ingresos que obtiene susceptibles a de ser gravados en su condición de prestadora del servicio de televisión de acceso condicionado al pago son que son aquellos obtenidos por los servicios de **(i)** “Video Club” (servicio de comunicación audiovisual televisiva bajo petición, catálogo de películas definido por Orange) y los ingresos del canal gratuito **(ii)** “OH Music”.

Sin perjuicio del discutible “error de hecho” señalado por la solicitante (que comete de forma voluntaria y repite una y otra vez al presentar sus autoliquidaciones y pagos a cuenta para a continuación denunciarlo insistentemente, lo que demuestra que no es un simple “error” sino una interpretación distinta -y contraria- a la Ley de financiación CRTVE), cabe señalar que, como ha señalado previamente este organismo, no resultan excluibles del ámbito de aplicación de la LGCA los servicios de difusión de contenidos audiovisuales ofertados a través de plataformas de televisión de pago dado que dichos servicios se ofertan bajo contraprestación económica por parte de los usuarios que suscriben contratos con los operadores, quienes a su vez tienen el control sobre la oferta televisiva que comercializan, por tanto, no limitando su actividad económica a la mera difusión o transporte de señales de programas audiovisuales a los que se hace referencia en el artículo 3.2.b LGCA¹³.

Así, el servicio de comunicación audiovisual prestado por el operador de plataforma de televisión de pago que emite canales y programas propios y/o ajenos a cambio de una contraprestación (bien en la forma de suscripción, pre-pago o pago por visión directa) por parte de los usuarios finales con los que contrata directamente, y en el que los clientes no tienen relación directa con los productores de dichos canales, programas o contenidos, no puede ser considerado como mera difusión o transporte de señales, pues el prestador realiza una selección de los canales y/o programas que ofrece a sus clientes a cambio de una remuneración (art. 2.5 LGCA).

¹³ El art. 3.2, apartados b) y c) hace referencia a la exclusión del ámbito de aplicación de la LGCA del servicio de difusión y transporte de la señal de programas audiovisuales cuya responsabilidad editorial corresponde a terceros y de las comunicaciones audiovisuales sin carácter económico, respectivamente.

No se trata de un mero servicio de transporte porque precisamente su actividad y fuente de negocio consiste, por un lado, en ofrecer servicios de televisión en los que la selección de los programas y contenidos y su organización ha sido realizada por ellos mismos, sino también en comprar el derecho de uso a los titulares de los canales/programas para luego empaquetarlos y revenderlos como un producto único –y propio- a los usuarios finales a cambio de un precio. Por tanto, la difusión de canales de televisión a través de una plataforma que los empaqueta y comercializa como producto propio a cambio de un precio (cuota, PPV, etc) es un servicio de reventa sometido plenamente al régimen jurídico de los “servicios audiovisuales de pago” de la LGCA.

Esta misma interpretación ha sido recogida por el TEAC en su Resolución de 8 de julio de 2014, desestimatoria de la reclamación económica administrativa R.G.: 00-07752-2012 interpuesta por la misma ORANGE, y en la que se dice lo siguiente en respuesta a una alegación idéntica a la aquí planteada:

“(...) en este tipo de supuestos, la propia LGCA parece reservar la condición de prestador del servicio audiovisual a los propietarios de las referidas plataformas, por ser éstos quienes reciben la contraprestación del consumidor en forma de suscripción, pre-pago o pago por visión directa, entre otras, y, por tanto, constituyendo plenamente "servicios audiovisuales de pago". Dado que en este tipo de supuestos, el operador titular de la plataforma, por un lado, contrata con las empresas editoras de los canales que emite (como ajenos) la difusión de los mismos, y por otro, decide el diseño de los "paquetes" a ofertar, incluyendo éstos y, en ocasiones, otros de producción propia, percibiendo, de cada uno de sus clientes, y al margen de lo que obtengan por los consumos de "pago por visión" o bajo demanda, un precio final determinado en función de la oferta, sin que exista una diferenciación del pago que corresponde a cada canal o del coste de cada uno de éstos, puede concluirse, como hace la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que tales operadoras han de quedar sujetas al pago de la aportación como prestadoras del servicio de comunicación audiovisual televisiva de pago”.

Los anteriores fundamentos han sido recogidos también por el TEAC en sus resoluciones de 21 de enero de 2014 y, más concretamente, en la dictada en la Reclamación Económica-Administrativa R.G.: 00-04509-2011, relativa al operador Cableuropa, S.A.U., en la que se señala, además de lo anterior, lo siguiente:

“En el caso de ONO, y conforme a los criterios ya expuestos (hay que considerarla prestadora del servicio de comunicación audiovisual televisiva por el servicio que ha de emitir una serie de canales, propios y/o ajenos, a cambio de una contraprestación del usuario final) es correcto

concluir que la base de cálculo de la aportación estará integrada por todos los ingresos derivados de tal actividad de transmisión de canales (independientemente de que sobre algunos de ellos no ostente la responsabilidad editorial)”.

Sentado 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 es por esta razón, y porque no lo distingue la ley, la base de cálculo de la aportación de las plataformas de televisión de pago estará integrada por todos los ingresos derivados de su actividad de transmisión de canales, independientemente de que sobre algunos de ellos no ostente la responsabilidad editorial.

4.2 Sobre que ORANGE no realiza el hecho imponible de la aportación:

En su escrito de 2 de marzo de 2015 ORANGE sostiene que no presta servicios de comunicación audiovisual ya que se limita a transmitir contenidos de los que carece de responsabilidad editorial, con “excepción” del servicio de “Videoclub”, que es el servicio por el cual ORANGE ofrece bajo demanda de clientes minoristas el visionado de películas y series para televisión.

Como ya se ha señalado, el artículo 6 de la Ley de Financiación establece 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 en sujetos pasivos de la aportación:

- Operadores de servicio de televisión en abierto (después de la entrada en vigor de la LGCA, operadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva);

- Operadores de pago (después de la entrada en vigor de la LGCA, operadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva de pago).

Sentado todo lo anterior, y como señala en TEAC en sus mencionadas resoluciones de 21 de enero de 2014, la sujeción a la aportación del artículo 6 de la Ley 8/2009 deviene por la actividad sustantiva que desarrollan ciertos operadores en el mercado: la difusión de televisión en abierto y la difusión de televisión de pago, y ello sobre la base de que 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. Así pues, el nuevo régimen de financiación de la Corporación RTVE, por el que se establece la aportación aquí referida, considera que las nuevas condiciones de funcionamiento de la Corporación (renuncia definitiva a los ingresos publicitarios y a ofrecer contenidos de pago o acceso condicional) supone un beneficio para ciertos operadores – en el presente supuesto, a las prestadoras del servicio de televisión de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma- del que disfrutan por el mero hecho de hallarse presentes en dicho mercado; es el reconocimiento de dicho beneficio lo que les supone la obligación de contribuir a la financiación del ente público en los términos recogidos en la aportación del artículo 6 de la Ley 8/2009.

Ya se ha señalado con anterioridad que los operadores que actúan como plataformas de televisión estarían sujetos al pago de la aportación en tanto que la propia LGCA parece reservar la condición de prestador del servicio audiovisual a los propietarios de las referidas plataformas, por ser éstos quienes reciben la contraprestación del consumidor en forma de suscripción, pre-pago o pago por visión directa, entre otras, y, por tanto, constituyendo plenamente "servicios audiovisuales de pago". En este sentido resulta indudable que ORANGE debe ser considerado como sujeto pasivo de esta aportación al prestar servicios de difusión de contenidos audiovisuales ofertados a través de su plataforma de televisión de pago bajo contraprestación económica por parte de los usuarios.

No obstante y aun cuando ORANGE únicamente fuese responsable editorial del servicio de Videoclub, no modificaría este hecho su condición de prestadora del servicio de comunicación audiovisual televisiva a los efectos del Art. 6 de la Ley 8/2009, ya que dicho servicio entraría en el ámbito de aplicación de la LGCA, que se refiere a éste como un servicio de comunicación audiovisual televisiva a petición, tal y lo establece en su artículo 2.2.b):

“2. Servicios de comunicación audiovisual.

Son modalidades del servicio de comunicación audiovisual: (...)

b) ***El servicio de comunicación audiovisual televisiva a petición***, que se presta para el visionado de programas y contenidos en el momento elegido por el espectador y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación”.

Así pues, resulta indudable que, al actuar ORANGE como una prestadora del servicio de comunicación audiovisual televisiva de acceso condicional de pago de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma, resulta obligada al pago de la aportación a la que se refiere el artículo 6 de la Ley de Financiación CRTVE.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente las solicitudes de Orange Espagne, S.A.U. para la rectificación y devolución de los importes de los pagos a cuenta de abril, julio, octubre y la autoliquidación del 2013 así como los pagos de abril, julio, octubre y la autoliquidación del 2014, formulados e ingresados por dicha entidad con cargo a la aportación anual establecida en el artículo 6 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.

Comuníquese esta Resolución a la Secretaría General y a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que contra la misma 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 en el mismo plazo, dirigido ante este mismo órgano, según dispone el artículo 235 de la Ley General Tributaria, sin que puedan simultanearse ambos.