

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 JULIO Y OCTUBRE DE 2014 Y LA AUTOLIQUIDACIÓN DEL 2014, INGRESADOS POR DICHA ENTIDAD 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 RTVE.

RTVE/D TSA/303/15/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 5 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 A1 y A3.

Con fechas 29 de julio y 28 de octubre de 2014 y 25 de febrero del 2015, Orange Espagne, S.A.U. (en adelante, ORANGE) presentó en el Registro telemático de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), como sujeto obligado al pago de la aportación prevista en el artículo 5

¹ Denominada anteriormente France Telecom España, S.A.

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 julio y octubre de 2014 (modelos “A3”) y la autoliquidación del 2014 (modelo “A1”), todos formulados con cargo a la aportación anual a realizar por ORANGE en su condición de operadora de comunicaciones electrónicas de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma.

Los importes de estos documentos fueron ingresados, asimismo, el 29 de julio y 28 de octubre de 2014 y 25 de febrero del 2015, respectivamente.

SEGUNDO.- Solicitudes de rectificación de los documentos presentados.

Con fechas 17 de noviembre de 2014 y 2 de marzo de 2015, han tenido entrada en el registro de esta Comisión dos escritos presentados por D^a. María del Olmo Herrero, en nombre y representación de la mercantil ORANGE, por los que solicita 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) Ilegalidad de la aportación establecida por el artículo 5 de la Ley 8/2009:

Respecto a este motivo de rectificación, ORANGE sostiene que la **capacidad económica** gravada por la aportación está vinculada a los ingresos que generen los operadores de telecomunicaciones por efecto de la supresión de los ingresos publicitarios, los contenidos de pago y el acceso condicionado de CRTVE. De tal manera, para la interesada, *“de no existir esa relación “causa-efecto” para un sujeto jurídico determinado, éste no entraría en la órbita de aplicación de la aportación”*

No obstante, a juicio de ORANGE, es *“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”* al gravar no los ingresos que genere el operador por la prestación de servicios audiovisuales o publicitarios, sino los que genere como consecuencia de la supresión de publicidad en RTVE y/o por la renuncia a contenidos de pago.

Así pues, a juicio de la interesada, se le estaría exigiendo a ORANGE una *“aportación en base a una riqueza que es más futura y potencial, que real y presente, en clara contravención del principio de capacidad contributiva”*.

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 operadores económicos 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, etc., agentes que pueden resultar beneficiados por la nueva regulación del sector televisivo, audiovisual y por la ampliación de los servicios de banda ancha fija y móvil.

2) Vulneración del principio de capacidad contributiva:

Por otro lado, ORANGE sostiene que la aportación establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009 vulneraría el principio de capacidad contributiva establecido en la LGT, en tanto si *“el cálculo de la Aportación se establece tomando los ingresos de los sujetos pasivos que han de percibir por la supresión del régimen de publicidad retribuida y por la renuncia a contenidos de pago de RTVE y (iii) el artículo 5 excluye de la condición de sujeto pasivo a los operadores de servicios de telecomunicaciones “que no presten ningún servicio audiovisual ni cualquier otro servicio que incluya ningún tipo de publicidad”, parece lógico pensar que la referencia que el artículo 5.1 hace a los ingresos brutos de explotación del ejercicio deben estar referidos exclusivamente a los generados por servicios audiovisuales y/o de publicidad (exceptuando aquellos que se consideran para calcular la Aportación prevista en el artículo 6 a los efectos de evitar doble imposición)”*.

No obstante, ORANGE sostiene que no percibe ingresos directos por la supresión del régimen de publicidad retribuida o por la renuncia a contenidos de pago de la Corporación RTVE y que, a su vez, *“los ingresos percibidos de manera indirecta por la supresión del régimen de publicidad retribuida son residuales teniendo en cuenta que se trata de una compañía de telecomunicaciones”*. A lo anterior, ORANGE agrega que *“el modelo económico de Orange como operador de telecomunicaciones se basa principalmente en el cobro de cuotas o tarifas planas por servicios de telecomunicaciones”* siendo *“los ingresos por publicidad o contenidos audiovisuales son, hoy por hoy, residuales en comparación con las cuotas o tarifas planas derivadas de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, sin que por tanto tenga sentido alguno exigirle una Aportación considerando otros ingresos bien distintos (sus ingresos brutos de explotación anuales)”*.

Así pues, a su juicio, si el artículo 5.3 define a los sujetos obligados al pago de la aportación como aquellos que desarrollan el servicio telefónico fijo, servicio telefónico móvil o de acceso a Internet y de forma simultánea un servicio audiovisual o que incluya algún tipo de publicidad, la base imponible debe calcularse sólo a partir de los ingresos brutos por servicios que sirven para configurar el hecho imponible de la Aportación, esto es, los servicios audiovisuales y/o de publicidad.

3) ORANGE no realiza el hecho imponible de la aportación:

Finalmente, en su solicitud de rectificación de fecha 2 de marzo de 2015, ORANGE señala que no realiza el hecho imponible de la aportación toda vez que no presta un servicio de comunicación audiovisual de forma simultánea a la actividad de comunicaciones electrónicas.

En efecto, para la citada operadora, para ser sujeto pasivo de la aportación ORANGE *“debe simultanear con su actividad principal (de comunicaciones electrónicas) la prestación de servicios 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 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, para ORANGE dicha entidad no prestaría un servicio de comunicación audiovisual y, por tanto, 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”* asimismo *“Orange no tiene siquiera plena libertad para escoger los canales pues es práctica habitual en el sector de la producción de contenidos audiovisuales que los derechos de difusión se negocien para un paquete de canales y no de manera aislada, canal a canal, en función de los concretos intereses de Orange, en este caso”*.

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/303/15, 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 de autoliquidación formulados por dicha entidad con cargo a la aportación prevista en el artículo 5 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 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).

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.

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 5 de la Ley de Financiación CRTVE, a cuyo cargo se formularon los pagos a cuenta y la autoliquidación 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"*.

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.

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 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) del 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.

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*

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.

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 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”.*

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 admisible o, en su caso, que se haya omitido alguna reducción o deducción a las que tenía derecho; en suma, que se haya producido un perjuicio de sus intereses legítimos.

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

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 enervar la presunción legal (...)”*, STS de 16 julio 2009, JUR 2009\436231, recogándose, 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

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»*.

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 los operadores de telecomunicaciones de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma, el artículo 5.1 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, excluidos los obtenidos en el mercado de referencia al por mayor, con la finalidad de contribuir a la financiación de la Corporación RTVE en atención al impacto positivo para el sector de las telecomunicaciones que se deriva de la nueva regulación del sector televisivo y audiovisual y, en especial, por la ampliación de los servicios de banda ancha fija y móvil, así como la supresión de la publicidad y la renuncia a contenidos de pago o acceso condicional de la Corporación RTVE*”.

ORANGE es un operador de comunicaciones electrónicas de ámbito estatal o superior al de una comunidad autónoma inscrita en el Registro de Operadores cuya llevanza corresponde de manera transitoria a esta Comisión y, como tal, está obligada a realizar aportaciones de un 0,9% de sus ingresos brutos de explotación facturados cada ejercicio para la financiación de la CRTVE, tal y como prevén los artículos 5 de la Ley de Financiación de la CRTVE y 4 de su Reglamento de desarrollo:

"3. Resultarán obligados al pago de la aportación los operadores de servicios de telecomunicaciones que figuren inscritos en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en alguno de los servicios o ámbitos siguientes, siempre que tengan un ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma y exceptuando aquellos que no presten ningún servicio audiovisual ni cualquier otro servicio que incluya ningún tipo de publicidad:

- a. Servicio telefónico fijo.*
- b. Servicio telefónico móvil.*
- c. Proveedor de acceso a internet.*

El mismo artículo 5.5 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 las aportaciones establecidas en sus artículos 5 y 6, conforme a los cuales fueron calculadas y presentadas las autoliquidaciones, por lo que no procede rectificarlas sin el necesario soporte probatorio que exige enervar la presunción legal de las que están provistas ya que, como sostiene la Audiencia Nacional en su sentencia de 16 de septiembre 2010⁸ la *“prueba es el único contrarius actus al que la ley concede eficacia para enervar la presunción de certeza de que están dotadas las declaraciones tributarias”*.

TERCERO.- Respecto a que “ORANGE no realiza el hecho imponible de la aportación”.

Como se ya ha señalado en los Antecedentes de Hecho, en su solicitud de rectificación de fecha 2 de marzo de 2015, ORANGE sostiene que no realiza el hecho imponible de la aportación toda vez que, en su opinión, no presta un servicio de comunicación audiovisual de forma simultánea a la actividad de comunicaciones electrónicas.

A juicio de la citada operadora, para ser sujeto pasivo de la aportación, ORANGE *“debe simultanear con su actividad principal (de comunicaciones electrónicas) la prestación de servicios de comunicación audiovisual”* 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, ORANGE alega que no presta servicios de comunicación audiovisual ya que *“no ostenta la responsabilidad editorial de los productos audiovisuales que difunde”* y, por tanto, 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”*.

Como ha señalado el TEAC en su Resolución de 8 de junio de 2014 (desestimatoria de la reclamación económica administrativa R.G.: 00-07752-2012 interpuesta por la misma ORANGE), para aclarar estos conceptos resulta de especial trascendencia lo que dispone el artículo 5 del Reglamento de financiación que señala, ciertamente, que debe acudir a la definición de prestadores de servicio de comunicación audiovisual televisiva contenida en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA), donde se considera *“prestador del servicio de comunicación audiovisual”*, según su artículo 2.1, a la *“persona física o jurídica que tiene el*

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

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 (...)" y se considera "servicio de comunicación audiovisual", según su artículo 2.2, a "aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio (...)".

Por tanto, por expresa remisión, debe acudirse a la definición de prestadores de servicio de comunicación audiovisual televisiva contenida en dicha norma.

No obstante, tanto como para TEAC como para este organismo, a efectos de determinar los **sujetos obligados al pago de la aportación** cuando se trata de los denominados "operadores de plataforma" (que emiten una serie de canales, propios y/o ajenos, a cambio de una contraprestación que les satisface el usuario final con el que contratan), debe atenderse a la definición específica que recoge el artículo 2.5 LGCA:

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

En este sentido, 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 LGCA⁹.

Así, el servicio de comunicación audiovisual prestado por el operador de plataforma 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

⁹ 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.

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).

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 antes citada de 8 de julio de 2014, en la que se dice lo siguiente en respuesta a esta misma alegación planteada por ORANGE: “(...) 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”.

Sentado lo anterior queda claro que, al recibir una contraprestación íntegra del consumidor final por la prestación de sus servicios audiovisuales, los operadores de telecomunicaciones que actúan como plataformas han de quedar sujetas al pago de la aportación como prestadoras del servicio de comunicación audiovisual televisiva de pago, con independencia de que ostenten o no el control editorial de los contenidos que transmiten, debiendo calcularse su aportación, por otro lado, 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).

Por otro lado, y como ya se ha señalado, cuando la ley determina los sujetos pasivos obligados al pago de la aportación de los operadores de telecomunicaciones, regulada en el artículo 5 de la Ley 8/2009, establece que resultarán obligados al pago de esta aportación los operadores de telecomunicaciones de ámbito geográfico ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma inscritos en el Registro de Operadores que gestiona transitoriamente la CNMC en algunos de los servicios de telefonía fija o móvil o como proveedores de acceso a internet ***“exceptuando aquellos que no presten ningún servicio audiovisual ni cualquier otro servicio que incluya ningún tipo de publicidad”***.

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 cinematográficas, películas para televisión y series para televisión.

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 ser una operadora de comunicaciones electrónicas que presta simultáneamente 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 operadora de comunicaciones electrónicas que presta servicios audiovisuales a los efectos del Art. 5 la Ley 8/2009, ya que dicho servicio, “Videoclub”, también 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 ser ORANGE un operador de comunicaciones electrónicas de ámbito geográfico estatal o superior al de una comunidad autónoma inscrito en el Registro de Operadores en los 3 ámbitos o servicios citados por el artículo 5.3 de la Ley 8/2009, y, además, prestar simultáneamente los servicios de comunicación audiovisual de pago y a petición (sin perjuicio de sus ingresos por publicidad), resulta obligado al pago de esta aportación.

CUARTO.- Vigencia de la normativa que regula las aportaciones para la financiación de la CRTVE y deber de la CNMC de aplicarla.

Sin perjuicio de lo señalado en el fundamento anterior, en el presente supuesto, la pretensión de ORANGE no se funda en la existencia de posibles errores fácticos en la determinación de la cuota a ingresar, resultante de la autoliquidación o de los pagos a cuenta formulados, o en una incorrecta aplicación de la normativa de la aportación, sino que se funda única y exclusivamente 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 legalidad de dichas normas, pretende la rectificación de las autoliquidaciones presentadas por dicha entidad el 29 de julio y 28 de octubre de 2014 y 25 de febrero del 2015.

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 la CMT a ORANGE, con ocasión de solicitudes similares¹⁰, 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*”.

¹⁰ Resoluciones de la CMT de fechas 14 de abril y 28 de julio de 2011, dictadas en los procedimientos AD 2010/2504 y AD 2012/727, respectivamente.

Por lo tanto, tratándose de normas vigentes, deben ser observadas y cumplidas por esta Comisión en tanto los supuestos vicios de legalidad 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 contrarios a la legalidad vigente 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 los pagos a cuenta de julio y octubre de 2014 y la autoliquidación del 2014, formulados con cargo a la aportación prevista en el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, por ser plenamente conformes a derecho.

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 julio y octubre de 2014 y la autoliquidación del 2014 (modelos “A1” y “A3”), formulados e ingresados por dicha entidad 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.

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.

.