

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ACUERDA LA EMISIÓN DE LA LIQUIDACIÓN PROVISIONAL COMPLEMENTARIA DE LA APORTACIÓN A INGRESAR POR LA ENTIDAD ORANGE ESPAGNE S.A.U. EN EL EJERCICIO 2012, ESTABLECIDAS EN LOS ARTÍCULOS 5 Y 6 DE LA LEY 8/2009, DE 28 DE AGOSTO, DE FINANCIACIÓN DE LA CORPORACIÓN RTVE.

CRTVE/D TSA/1924/14/LIQUIDACIÓN ORANGE 2012

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 7 de mayo de 2015

Visto el expediente relativo a la emisión de la liquidación provisional complementaria de la aportación a ingresar por la entidad ORANGE ESPAGNE S.A.U. en el ejercicio 2012, establecida en los artículos 5 y 6 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Presentación de autoliquidaciones.

Con fecha 25 de febrero de 2013, la entidad Orange Espagne S.A.U. (en adelante, ORANGE) presentó en el Registro telemático de esta Comisión, como sujeto obligado al pago de las aportaciones previstas en el artículo 5 y 6 de la Ley 8/2009 de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (en adelante, Ley de Financiación CRTVE o Ley 8/2009), copia de los documentos de autoliquidación formuladas por ORANGE. En las citadas autoliquidaciones se indicaba una base imponible de 3.049.063.691,39 Euros correspondiente al artículo 5 y 12.732.074,62 Euros en relación al artículo 6.

SEGUNDO.- Inicio del procedimiento de comprobación limitada.

Tras observarse discrepancias entre los ingresos declarados por ORANGE como base imponible de las mencionadas autoliquidaciones y los datos e informes que obraban en poder de este organismo y, asimismo, a la vista de una serie de resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC en lo sucesivo) por las que se han fijado una serie de criterios para la determinación de la base imponible de las aportaciones establecidas en la Ley 8/2009, esta Comisión acordó el inicio del procedimiento de comprobación limitada regulado en los artículos 136 y ss. de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT).

El citado procedimiento de comprobación limitada se inició mediante un requerimiento de información por el cual se solicitó una serie de aclaraciones a la interesada sobre la exclusión de determinados ingresos brutos de explotación que aparecen en la cuenta de resultados de sus Cuentas Anuales del 2012.

TERCERO.- Contestación al requerimiento efectuado.

Con fecha 24 de noviembre de 2014 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito en nombre y representación de ORANGE, por el que se da contestación al requerimiento de información antes señalado aportando una serie de datos sobre los ingresos de explotación declarados y excluidos de sus autoliquidaciones.

CUARTO.- Notificación de la propuesta de resolución.

Con fecha 8 de abril de 2015, se notificó a la interesada la propuesta de resolución del expediente para que, en un plazo de 10 días, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la mencionada propuesta, presentara las alegaciones y los documentos y justificantes que estimara necesarios, todo ello, de conformidad con lo establecido por los artículos 138.3 de la LGT y 164.4 del RGGI.

La propuesta de resolución incluía una liquidación provisional complementaria de la aportación a ingresar por ORANGE relativa al ejercicio 2012 y de importe¹ 601.020,00 Euros, correspondiente a la aportación complementaria a realizar por ORANGE en su condición de operadora de telecomunicaciones de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma (artículo 5 de la Ley 8/2009). En relación al artículo 6 de la Ley 8/2009 no se liquidaba complementariamente ninguna cantidad.

¹ Por ingresos de Roaming facturados a clientes.

QUINTO.- Alegaciones al trámite de audiencia.

Con fecha 16 de abril de 2015 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito en nombre y representación de ORANGE, por el que efectúa una serie de alegaciones a la propuesta de resolución a la que hemos hecho referencia en el antecedente de hecho anterior.

ORANGE, expone su disconformidad con la propuesta de resolución en base a:

1. La “Ilegalidad de las Aportaciones” tal y como se invocó cuando se solicitó la devolución íntegra de las cantidades ingresadas, y posteriormente cuando ORANGE recurrió la resolución denegatoria de esa devolución, primero en reposición y posteriormente en vía económico-administrativa.
2. ORANGE 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.
3. En relación al Customer Roaming, ORANGE sostiene que se trata de un servicio prestado fuera del territorio nacional, de manera que en aplicación del artículo 5 de la Ley 8/2009 estos servicios no deben ser gravados.

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento.

El presente procedimiento tiene por objeto la realización de la comprobación limitada de los ingresos declarados en las autoliquidaciones presentadas por ORANGE, correspondiente a la aportación a realizar por dicha entidad en el ejercicio 2012 en su condición de prestadora del servicio de comunicaciones electrónicas y del servicio de televisión en acceso condicional, al haberse detectado discrepancias entre los declarados por ORANGE en sus autoliquidaciones (así como la posible existencia de otros ingresos sujetos a la liquidación no declarados) y a la vista de una serie de resoluciones del TEAC por las que se han fijado una serie de criterios para la determinación de la base imponible de las aportaciones establecidas en la Ley 8/2009.

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

De conformidad con lo establecido por el artículo 117.f) de la LGT, la gestión tributaria consiste en el ejercicio de las funciones administrativas dirigidas a, entre otros, “*La realización de actuaciones de comprobación limitada*” en los supuestos previstos por en el artículo 131 de la propia LGT.

Por su parte, según lo dispuesto por el artículo 137.1 de la misma LGT, *“Las actuaciones de comprobación limitada se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente”*.

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 que las mismas 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.I):

“I) 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 decimoquinta²”.*

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) 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

² 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.”

(actual CNMC³), 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.

TERCERO.- Sobre el procedimiento de comprobación limitada.

Con carácter previo, cabe señalar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 5.2 de la Ley de Financiación CRTVE, la aportación establecida en dicho artículo se registrará por lo dispuesto en la citada Ley de Financiación y, en lo no previsto por 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.

Así las cosas y habida cuenta de que ni la Ley de Financiación CRTVE ni la Ley de Tasas y Precios Públicos establecen reglas específicas para el procedimiento de comprobación limitada, resultan de aplicación al presente procedimiento las previsiones establecidas al respecto en la LGT y su normativa de desarrollo.

En ese sentido, y a falta de previsiones en las normas específicas citadas, el artículo 136.1 de la LGT, en relación con el procedimiento de comprobación limitada, faculta a la administración que tenga encomendada la gestión de un tributo para *“comprobar los hechos, actos, elementos, actividades, explotaciones y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria”*.

El desarrollo reglamentario de esta previsión legal se encuentra regulado en los artículos 163 y siguientes del RGGI, según el cual se podrá iniciar el procedimiento de comprobación limitada, entre otros, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando en relación con las autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones de datos o solicitudes presentadas por el obligado tributario, se adviertan errores en su contenido o discrepancias entre los datos declarados o justificantes aportados y los elementos de prueba que obren en poder de la Administración tributaria.
- b) Cuando en relación con las autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones de datos o solicitudes presentadas por el obligado tributario proceda comprobar todos o algún elemento de la obligación tributaria.

³ 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.

- c) Cuando de acuerdo con los antecedentes que obren en poder de la Administración, se ponga de manifiesto la obligación de declarar o la realización del hecho imponible o del presupuesto de hecho de una obligación tributaria sin que conste la presentación de la autoliquidación o declaración tributaria.

De los preceptos citados, se desprende que las actuaciones de comprobación limitada tienen por objeto la comprobación del cumplimiento de una obligación tributaria a la vista, en su caso, de la declaración o autoliquidación presentada y de los datos que consten en la misma, examinando los documentos, registros, facturas o justificantes aportados o requeridos al efecto y teniendo en consideración la información que obre en poder de la Administración tributaria, referidos a la obligación de declarar la realización del hecho imponible y a los demás elementos determinantes de la cuantía de la deuda tributaria, así como a la correcta aplicación de la normativa tributaria.

A este respecto, cabe señalar que el propio artículo 136 de la LGT, en su apartado 2, señala que en este tipo de procedimientos, la Administración podrá realizar únicamente las siguientes actuaciones:

- a) Examen de los datos consignados por los obligados tributarios en sus declaraciones y de los justificantes presentados o que se requieran al efecto.
- b) Examen de los datos y antecedentes en poder de la Administración tributaria que pongan de manifiesto la realización del hecho imponible o del presupuesto de una obligación tributaria, o la existencia de elementos determinantes de la misma no declarados o distintos a los declarados por el obligado tributario.
- c) Examen de los registros y demás documentos exigidos por la normativa tributaria y de cualquier otro libro, registro o documento de carácter oficial con excepción de la contabilidad mercantil, así como el examen de las facturas o documentos que sirvan de justificante de las operaciones incluidas en dichos libros, registros o documentos.
- d) Requerimientos a terceros para que aporten la información que se encuentren obligados a suministrar con carácter general o para que la ratifiquen mediante la presentación de los correspondientes justificantes.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Sobre el procedimiento de comprobación y las resoluciones dictadas por el TEAC.

La Ley de Financiación de la CRTVE, tal como señala su artículo 1, tiene por objeto regular el sistema de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española y de sus filiales prestadoras del servicio público de radio y

televisión de titularidad del Estado. Parte de los recursos que, según el artículo 2 de la citada Ley, deben destinarse a la financiación de la Corporación, proviene de la aportación que deben realizar los operadores de telecomunicaciones y las sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma.

En ese sentido, la referida Ley de Financiación CRTVE concretaba 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 (telecomunicaciones) 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 la CMT (ahora integrada a la CNMC).

En virtud de la citada habilitación competencial, la CMT incoó un procedimiento tributario de comprobación limitada a la entidad ORANGE al verificar la existencia de discrepancias entre los ingresos consignados por ORANGE como base imponible de su autoliquidación correspondiente al ejercicio 2010 con los informes y datos de los que disponía la CMT aportados por ORANGE con anterioridad.

Tras la instrucción del correspondiente procedimiento, el Consejo de la CMT dictó una resolución por la que se acordó la emisión de una liquidación provisional complementaria de la aportación a ingresar por ORANGE en el ejercicio 2010 en su condición de operadora de comunicaciones electrónicas que presta servicios audiovisuales o que incluyan publicidad; la misma que, como ya se ha indicado, fue objeto de reclamación en vía económica-administrativa por parte de ORANGE.

Posteriormente, como se ha señalado en la presente Resolución (antecedente segundo), el TEAC resolvió anular la liquidación efectuada por la CMT, por considerar que había tenido en cuenta la totalidad de los ingresos obtenidos por la reclamante con independencia de la naturaleza de la actividad con la que fueron obtenidos.

En efecto, según el TEAC, la base imponible de la aportación de los **operadores de telecomunicaciones** que prestan servicios audiovisuales o que incluyan publicidad deberá **incluir únicamente los ingresos** de los sujetos pasivos *“relacionados con los servicios de comunicaciones electrónicas prestados a los usuarios finales (empresas y particulares)”* descontando sus ingresos mayoristas y minoristas audiovisuales y no todos los ingresos de los sujetos pasivos.”

En esa misma fecha, el mismo TEAC dictó sendas resoluciones relativas a **operadores de televisión**, en las que introduce mayor precisión sobre la base

de cálculo de la **aportación de las prestadoras del servicio de televisión indicando que** “ha de limitarse a aquéllos ingresos que correspondan directamente a actividades que deban ser consideradas como “prestación de servicio de comunicación audiovisual televisiva”, en los términos expuestos (...)”

En este sentido, y según se desprende de las resoluciones del TEAC de 21 de enero de 2014, una vez anuladas las liquidaciones complementarias la CNMC tiene el deber de delimitar qué ingresos de ORANGE corresponden **(i)** directamente a actividades que deban ser consideradas como “prestación de servicio de comunicación audiovisual televisiva” y **(ii)** cuales de éstos están directamente relacionados con sus servicios de comunicaciones electrónicas prestados a los usuarios finales, así como **(iii)** determinar cuales corresponden a sus ingresos mayoristas y minoristas audiovisuales; todo ello para valorar si procede dictar nuevas liquidaciones sobre la base de los fundamentos y criterios recogidos en las propias resoluciones del TEAC.

SEGUNDO.- Fundamentos y criterio resolutorio de las resoluciones del TEAC respecto a la configuración de la base imponible de la aportación a realizar por los operadores de comunicaciones electrónicas y operadores de televisión.

Según lo dispuesto por el apartado 1 del artículo 5 de la Ley 8/2009, los operadores de telecomunicaciones de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma deberán efectuar a la Corporación RTVE *“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”*. Según el citado artículo, la finalidad de esta aportación no es otra que la 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, especialmente, por *“el impacto económico favorable que de ello se derivará para dichas sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión”*.

Por su parte, el apartado 3º del mismo artículo prevé que *“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 siguiente apartado 4º del artículo 5 de la Ley 8/2009, después de establecer el tipo de gravamen aplicable del 0,9%, establece que el elemento objetivo o base imponible de la aportación a realizar por los operadores de telecomunicaciones serán sus **“ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente, excluidos los obtenidos en el mercado de referencia al por mayor”**.

Por su parte, y a efectos de precisar la base imponible de la mencionada aportación, ha de observarse lo señalado por el artículo 4.2 del Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 8/2009 (en adelante, Reglamento de Financiación CRTVE o RD 1004/2010) que, en desarrollo de los preceptos citados, establece lo siguiente:

“2. La aportación anual del 0,9 por cien establecida en la Ley se calculará sobre los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente, excluidos los obtenidos en el mercado de referencia al por mayor. (...)”

Se consideran ingresos brutos de explotación los percibidos por las empresas por todos sus servicios minoristas no audiovisuales”.

La Resolución del TEAC recoge, básicamente, la misma interpretación que la CMT para la configuración de la base imponible de la aportación de los operadores de telecomunicaciones.

Es decir que, para dicho organismo, de las definiciones contenidas tanto en la Ley 8/2009 como en su Reglamento de desarrollo, se desprende que la base liquidable de la aportación a realizar por los operadores de telecomunicaciones que presten servicios audiovisuales o que incluyan publicidad, sobre la que deberá aplicarse el porcentaje del 0,9% de tipo de gravamen, se obtendrá descontando de los **“ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente”** a los que se refiere el artículo 5.4 de la Ley de Financiación CRTVE, **(i)** aquellos ingresos obtenidos por los operadores en el mercado de referencia al por mayor y, por otro lado, **(ii)** los ingresos derivados por la prestación de sus servicios audiovisuales, en tanto **“Se consideran ingresos brutos de explotación los percibidos por las empresas por todos sus servicios minoristas no audiovisuales⁴”**.

⁴ Esta última precisión, recogida en el Reglamento de Financiación CRTVE, resulta del todo coherente (y lógica) con la configuración legal de las aportaciones creadas por dicha Ley, toda vez que los ingresos obtenidos por los operadores de telecomunicaciones por la prestación de sus servicios audiovisuales forman parte de la base imponible de la aportación establecida en el artículo 6 de la Ley de Financiación CRTVE (aportación a realizar por las sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión), por lo que deben declararse por éstos a los efectos del cálculo de dicha aportación en caso concurriese, en un mismo operador, la doble condición de sujeto obligado.

No obstante, a juicio del TEAC, el artículo 4 del Reglamento de Financiación CRTVE, al establecer que “*Se consideran ingresos brutos de explotación los percibidos por las empresas por todos sus servicios minoristas no audiovisuales*” introduce “*un matiz conceptual en la definición reglamentaria, como es la expresa referencia a "servicios" (...) lo cual tiene una especial trascendencia a efectos de la delimitación de la base imponible*”.

En consecuencia, reglamentariamente se incorpora un nuevo elemento no previsto en la Ley 8/2009 referente al concepto de “servicios” que, según el TEAC, deberá ser entendido en relación a las actividades que realizan los sujetos pasivos del artículo 5.3 de la Ley de Financiación CRTVE. Así pues, quedaría excluida de la consideración de ingresos brutos de explotación a efectos de esta aportación cualquier ingreso devengado por actividades que no sean servicios de comunicaciones electrónicas a usuarios finales.

En virtud de estos razonamientos, el TEAC considera que deben excluirse de la base imponible aquellos ingresos que no cumplan la indicada naturaleza que se especifica en la norma reglamentaria, debiendo quedar expresamente excluidos:

- los ingresos financieros
- los de venta o alquiler de terminales,
- los resultados atípicos o extraordinarios,
- los facturados por servicios prestados a otras empresas del sector, y, en general,
- aquéllos que no estén relacionados con los servicios de comunicaciones electrónicas prestados a los usuarios finales (empresas y particulares).

En atención a lo anterior, y aunque no se desprende con toda claridad de la Resolución del TEAC, para dicho tribunal la base imponible de la aportación de los operadores de comunicaciones electrónicas que prestan servicios audiovisuales o que incluyan publicidad se configurará restando de los ingresos brutos de explotación “*relacionados con los servicios de comunicaciones electrónicas prestados a los usuarios finales (empresas y particulares)*”, los ingresos mayoristas y minoristas audiovisuales de los sujetos pasivos.

En relación a los operadores de televisión, según lo dispuesto por el artículo 6.1 de la Ley 8/2009, las **sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión** “*deberán efectuar una aportación anual, calculada sobre los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente*” por parte de dichas sociedades. Según el citado artículo, la finalidad de la esta aportación no es otra que la 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, especialmente, por “*el impacto*”

económico favorable que de ello se derivará para dichas sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión”.

A este respecto, la Ley 8/2009 concreta que 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.

Por otro lado, los apartados 4 y 5 del mismo artículo 6 de la Ley 8/2009, luego de fijar el tipo de gravamen aplicable a esta aportación, según se traten de prestadores del servicio de televisión de acceso abierto (3%) o de acceso condicional (1,5%), vuelven a establecer que la base imponible de esta aportación estará conformada por los *“ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente”* de estos sujetos pasivos:

“4. La aportación para los concesionarios o prestadores del servicio de televisión en acceso abierto se fija en el 3% de los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente. Esta aportación no podrá superar el 15% del total de ingresos previstos para cada año en la Corporación RTVE.

5. La aportación para los concesionarios o prestadores del servicio de televisión de acceso condicional o de pago se fija en el 1,5% de los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente. Esta aportación no podrá superar el 20% del total de ingresos previstos para cada año en la Corporación RTVE.”

Al concurrir las circunstancias antes descritas en ORANGE, dicha entidad resulta obligada al pago de la aportación anual del 1,5% de sus *“ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente”* para la financiación de la Corporación RTVE, al ostentar dicha entidad la condición de prestadora del servicio de comunicación audiovisual televisiva de acceso condicional o de pago de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma.

Sentado todo lo anterior, y como señala en TEAC en su Resolución 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 disfrutaban 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.

Señala la doctrina del TEAC que para la determinación del ámbito subjetivo y objetivo de la aportación de las prestadoras del servicio de televisión ha de tenerse en cuenta la remisión del artículo 5.2 del Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la Ley de Financiación CRTVE (en adelante, Reglamento de Financiación CRTVE o RD 1004/2010) a las definiciones contenidas en el artículo 2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA):

“2. La aportación para los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva en acceso abierto se fija en el 3 por ciento de los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente. (...)

La aportación para los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva de acceso condicional de pago se fija en el 1,5 por ciento de los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente. (...)

Cuando un operador de servicio de comunicación audiovisual preste servicios en abierto y en acceso condicional de pago, se aplicará el 3 por ciento sobre la parte de sus ingresos brutos procedentes de los servicios de comunicación audiovisual en abierto, y el 1,5 por ciento sobre sus ingresos brutos procedentes de los servicios de comunicación audiovisual en acceso condicional de pago. (...)

Se consideran ingresos brutos de explotación los percibidos por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en razón de su actividad como prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva de acuerdo a lo establecido en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. En particular, los ingresos que se deriven de actividades y conceptos contemplados en las definiciones del artículo 2: 2.a, 2.b, 2.c, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 14 y 24; de la financiación anticipada de la producción europea de películas cinematográficas, películas y series para televisión, así como documentales y películas y series de animación prevista en el artículo 5.3 y de los negocios jurídicos previstos en el artículo 29.

Las anteriores condiciones están sujetas a que la prestación de los servicios contemplados en el párrafo anterior se realicen en territorio

español, directamente o a través de una empresa del mismo grupo en los términos establecidos por el artículo 42 del Código de Comercio”.

En este sentido, y en lo que respecta a la determinación de la base de cálculo de la aportación de las prestadoras del servicio de televisión, o, más concretamente, sobre cómo debe interpretarse la expresión "ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente; el TEAC, considerando el espíritu bajo el que se estableció la aportación como parte del nuevo sistema de financiación de la Corporación RTVE y la concreción reglamentaria contenida en el RD 1004/2010 en lo que se refiere a los ingresos brutos de explotación gravables⁵, sostiene lo siguiente:

*“**QUINTO.-** (...) de la normativa reguladora del régimen de financiación de la Corporación RTVE, ha de concluirse que **es importante precisar qué importes se deben computar a efectos de fijar la base de cálculo de la aportación, esto es, exclusivamente los percibidos en razón de su actividad como prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva**, es decir, los derivados de la actividad de transmitir por vía televisiva ideas, informaciones y mensajes, cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales. A modo de conclusión, en una primera aproximación, no pueden computarse directamente, para la determinación de la Base Imponible de la prestación, todos los ingresos obtenidos por las entidades prestadoras del servicio de comunicación audiovisual sujetas si no han sido obtenidos en el desarrollo de la actividad que, como tales, les es propia”.*

*(...) **SEXTO.-** Teniendo en cuenta lo expuesto, y habiendo constatado que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, para acordar la práctica de la liquidación aquí impugnada, consideró la totalidad de los ingresos obtenidos por la entidad reclamante, independientemente de la naturaleza de la actividad de la que éstos derivaran (en virtud de la Interpretación omnicompreensiva que emplea del artículo 6 LFCRTVE), ha de acordarse la estimación de la presente reclamación, pues, en virtud de lo recogido en la presente resolución, **la base de cálculo de la***

⁵ A este respecto, el TEAC entiende que el RD 1004/2010 por el que se aprueba el Reglamento en desarrollo de la Ley de Financiación CRTVE no hace sino concretar el concepto a que genéricamente se refiere el artículo 6 de aquella como "ingresos brutos de explotación", cumpliendo con la labor que les propia a una normativa de desarrollo, al establecer que "Se consideran ingresos brutos de explotación los percibidos por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en razón de su actividad como prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva de acuerdo a lo establecido en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual". Según este organismo revisor, "No se trata, como expone la Comisión, de admitir una interpretación del Reglamento en sentido restrictivo de la Ley”.

aportación ha de limitarse a aquéllos ingresos que correspondan directamente a actividades que deban ser consideradas como "prestación de servicio de comunicación audiovisual" televisiva, en los términos expuestos, sin que ello suponga pronunciamiento expreso sobre la inclusión en la base imponible de los conceptos que especialmente cuestiona la reclamante".

(...) **SÉPTIMO.-** (...) Sin perjuicio de las conclusiones alcanzadas anteriormente, (...) **la normativa reguladora de la aportación hace que deban incluirse, a efectos de calcular el importe a satisfacer por la operadora sujeta, todos aquellos ingresos obtenidos en el ejercicio de actividades de prestación de servicios audiovisuales televisivos, en los términos ya expuestos, por entidades integradas en su grupo mercantil de conformidad con el artículo 42 del Código de Comercio.** Por tanto, si existen otras entidades integradas en el grupo mercantil, que tuvieran objetos sociales diversos y que prestasen servicios distintos al de carácter audiovisual, no habría que considerar sus ingresos a la hora de cuantificar la aportación a satisfacer por la entidad sujeta".

En conclusión, para el TEAC, la base de cálculo de la aportación de las prestadoras del servicio televisivo ha de limitarse a los ingresos de las empresas, y del grupo empresarial al que pertenezcan, siempre que se trate de ingresos directamente relacionados con "la prestación del servicio de comunicación audiovisual televisiva", y esto, con independencia de la responsabilidad editorial.

TERCERO.- Sobre los ingresos informados por ORANGE en su contestación al requerimiento practicado por la CNMC.

3.1 Sobre los ingresos y partidas informadas por ORANGE en el requerimiento:

En su escrito de 24 de noviembre de 2014, por el cual ORANGE da contestación al requerimiento de información practicado, dicha operadora señala lo siguiente:

1.- De acuerdo con las cuentas anuales de Orange correspondientes al ejercicio 2012 los ingresos de la cuenta de resultados estaban compuestos por los siguientes conceptos:

Prestaciones de servicios:	3.833 millones
Ventas:	165 millones
Otros ingresos:	107 millones
<u>TOTAL:</u>	<u>4.105 millones</u>

2.-En relación con el concepto "prestación de servicios" debemos indicar que en el momento en que esta información fue reportada a la CNMC todavía no habían sido aprobadas las Cuentas Anuales de Orange. No obstante, hemos podido comprobar que los distintos conceptos que componen esta partida coinciden con la información de Cuentas Anuales.

3.- En relación con el concepto "ventas", éste se refiere a ingresos asociados a la venta de terminales, que por tanto no deben ser considerados en el cálculo de la base imponible de la Aportación. Nos remitimos al cuadro de información del Anexo 4 con el detalle del mismo.

4.- En relación con el concepto "otros ingresos", éste engloba conceptos muy diversos, como el alquiler de antenas, refacturaciones de alquileres de locales e incentivos, entre otros. En todo caso, ninguno de estos ingresos se refiere a servicios de teleco minorista o servicios audiovisuales. Nos remitimos al cuadro de información del Anexo 3.

En base a lo anterior, ORANGE informa que las partidas que **no** tuvo en cuenta para la formulación de la base imponible de la aportación del artículo 5 y 6 de la Ley 8/2009 ascendieron a la cantidad de 1.045.131.000,00 Euros. Las categorías en que se desglosa esta partida son:

- a) **Ingresos Mayoristas:** por importe conjunto de 700.547.000,00 Euros, que se corresponden a ingresos de Interconexión, alquiler de circuitos, servicios ADSL y otros servicios mayoristas.
- b) **Ingresos de Banda Ancha:** por el concepto de servicios de información provenientes del "portal" y servicios de "R&D", por importe de 7.008.000,00 Euros.
- c) **Ingresos de Comunicaciones móviles minoristas:** la facturación a clientes por consumo telefónico bajo el concepto de "Customer Roaming" por importe de 66.780.000,00 Euros.
- d) **Ventas de terminales:** por importe de 165.561.000,00 Euros.
- e) **Otros servicios minoristas:** por importe ajustado de 645.000,00 Euros como, *por ejemplo:* ventas de accesorios.
- f) **Otros ingresos de explotación:** por importe 107.638.000,00 Euros, donde aparecen ingresos de diversa naturaleza como: *cláusulas de recobro, refacturaciones, aportaciones a fabricantes, handling fee y otros.*
- g) **Diferencias de perímetro de imputación:** por un importe de - 3.048.000,00 Euros.

Por otro lado, el operador indica que las cantidad que **sí** tuvo en cuenta al liquidar la aportación por el artículo 5 y 6 de la ley 8/2009 ascendió a 3.061.796.000,00 Euros. Las partidas que se identifican corresponden a comunicaciones minoristas (Fija, móvil y banda ancha) y también se incluyen otros ingresos por servicios audiovisuales.

Así las cosas, en respuesta al primer requerimiento, ORANGE identifica los ingresos de la cifra de negocios y otros ingresos de explotación de las cuentas anuales (4.106.928.000,00 Euros) en partidas incluidas en la aportación (3.049.064.000,00 Euros por el artículo 5 y 12.733.000,00 Euros por el artículo 6) y cantidades excluidas de la aportación (1.045.131.000,00 Euros). A continuación se muestra de forma resumida lo anterior:

Partida	Cantidad
Ingresos incluidos en el Art. 5	3.049.064.000,00 €
Ingresos incluidos en el Art. 6	12.733.000,00 €
Exclusión de la Base de la Aportación	1.045.131.000,00 €
Total Ingresos cuentas anuales	4.106.928.000,00 €

3.2 Sobre las alegaciones de ORANGE a la propuesta de liquidación complementaria:

La interesada solicita que se anule la propuesta de liquidación provisional notificada por la CNMC sobre la base de las siguientes alegaciones:

1. La “Ilegalidad de las Aportaciones” tal y como se invocó cuando se solicitó la devolución íntegra de las cantidades ingresadas, y posteriormente cuando ORANGE recurrió la resolución denegatoria de esa devolución, primero en reposición y posteriormente en vía económico-administrativa.
2. ORANGE 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 este sentido, 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”*.

3. En relación al Customer Roaming, ORANGE sostiene que se trata de un servicio prestado fuera del territorio nacional, de manera que en aplicación del artículo 4 del Real Decreto 1004/2010 de desarrollo de la LFCRTVE estos servicios no deben ser gravados. Así, Orange expresa lo siguiente:

“(..) Se trata, en efecto y sin que quepa lugar a dudas, de un servicio prestado fuera del territorio nacional, de manera que en aplicación del artículo 4 del Real Decreto 1004/2010 de desarrollo de la LFCRTVE estos servicios no deben ser gravados. La propia naturaleza que caracteriza a este servicio no puede conducir a una conclusión distinta. El servicio se presta en el extranjero porque se utiliza en el extranjero.

Por otro lado, resulta incomprensible para esta Parte que esta Comisión se refiera al hecho de que el servicio se contrate en España y se facture en España para entender que se presta en España. No podría ser de otra manera tratándose de clientes nacionales.

Finalmente, esta Comisión parece considerar como otro motivo adicional para entender que el servicio se presta en España el hecho de que estén sometidos a tributación directa e indirecta en España. A este respecto, recordamos a esta Comisión que, al día de este escrito, estos servicios estarían igualmente sometidos a tributación por IVA español si el cliente, consumidor final, residiera por ejemplo en Francia, y ello bajo la asunción -que ahora no analizamos - de que ORANGE pudiera prestar servicios a consumidores finales

residentes en otras jurisdicciones. Por este motivo, la remisión al IVA no resulta afortunada. (...)

CUARTO.- Configuración de la base imponible a declarar por ORANGE para el cálculo de su aportación a realizar en el ejercicio 2012 como operadora de comunicaciones electrónicas (artículo 5 de la Ley 8/2009).

A la vista de las partidas excluidas por ORANGE en la realización a las aportaciones en su condición de operadora de comunicaciones electrónicas (artículo 5) y de los pronunciamientos del TEAC en relación a las mismas, se va a proceder a indicar:

4.1. Partidas excluidas que deberían formar parte de la base imponible:

- **Ingresos de Comunicaciones móviles minoristas:** la facturación a clientes por consumo telefónico bajo el concepto de “Customer Roaming” por importe de 66.780.000,00 Euros.

En efecto, el servicio de “roaming” es un servicio de telecomunicaciones prestado comercialmente al usuario minorista por el operador nacional, facturado en España a estos mismos clientes minoristas y, por lo tanto, sujeto a la aportación (art. 5.3.b de la Ley 8/2009 y art. 4.1.b del RD 1004/2010). Por lo tanto, aunque el cliente reciba el servicio en territorio no nacional y determinada parte del servicio mayorista de soporte lo preste otro operador, la conmutación, interconexión y la mayor parte del servicio prestado, así como la facturación, es decir, la prestación comercial, contractual y de facturación del servicio minorista frente al cliente, se desarrolla en territorio nacional y en todo caso está sujeto a tributación nacional por IVA, Impuesto de Sociedades y, ulteriormente, por la Aportación contenida en la Ley 8/2009 al ser un ingreso bruto de explotación facturado en territorio nacional.

La interesada cuestiona la imputación de esta naturaleza de ingresos alegando que se tratan de servicios prestados fuera del territorio nacional.

A juicio de este organismo, tales ingresos deben formar parte de la base imponible porque así lo indica el apartado 4º del artículo 5 de la Ley 8/2009 que, después de establecer el tipo de gravamen aplicable del 0,9%, establece que el elemento objetivo o base imponible de la aportación a realizar por los operadores de telecomunicaciones serán sus **“ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente, excluidos los obtenidos en el mercado de referencia al por mayor”**. Como

se desprende de lo anterior, los citados **ingresos de explotación por Roaming son facturados por ORANGE en territorio nacional a sus clientes minoristas** en la línea del espíritu y tenor literal de lo indicado en la Ley de Financiación.

4.2. Partidas excluidas que no deberían formar parte de la base imponible:

Las partidas correctamente excluidos por ORANGE son:

1. **Ingresos Mayoristas**, por estar expresamente excluido por la Ley 8/2009.
2. **Ingresos Audiovisuales** por estar incluidas en la base imponible del artículo 6 de la Ley 8/2009.
3. **Ventas de terminales:** por lo establecido por el TEAC, que excluye de la base imponible aquellos ingresos que no cumplan la naturaleza que se especifica en la norma reglamentaria debiendo quedar expresamente excluidos los ingresos financieros, los de venta o alquiler de terminales, los resultados atípicos o extraordinarios, los facturados por servicios prestados a otras empresas del sector, y, en general, aquéllos que no estén relacionados con los servicios de comunicaciones electrónicas prestados a los usuarios finales a (empresas y particulares)”.
4. Al no identificar ningún ingreso como los “relacionados con los servicios de comunicaciones electrónicas prestados a los usuarios finales (empresas y particulares)” en los términos expresados por el TEAC las siguientes partidas:
 - a. **Otros ingresos de explotación** donde aparecen ingresos de diversa naturaleza como: cláusulas de recobro, refacturaciones, aportaciones a fabricantes, handling fee y otros.
 - b. **Otros servicios minoristas** como ventas de accesorios, etc.
 - c. **Ingresos de Banda Ancha** por el concepto de servicios de información provenientes del “portal” y servicios de “R&D.

Por lo anterior, la partida gravable no tenida en cuenta por ORANGE a los efectos del cálculo de su aportación a realizar en su condición de prestadora del servicio comunicaciones electrónicas, sería los que a continuación se exponen:

Tipo de Ingreso	Cantidad
Ingresos de Comunicaciones móviles minoristas: “Costumer Roaming”	66.780.000,00

En conclusión, teniendo en cuenta la naturaleza y los importes de las anteriores partidas, y a la vista de los pronunciamientos del TEAC en su resolución de 21 de enero de 2014 para la determinación de la base imponible de la aportación establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009, ORANGE debió haber declarado, además de los importes declarados y liquidados en la autoliquidación comprobada correspondiente al ejercicio 2012, el importe adicional de **66.780.000,00 Euros**.

QUINTO.- Configuración de la base imponible a declarar por ORANGE para el cálculo de su aportación a realizar en el ejercicio 2012 como operador de Televisión (artículo 6 de la Ley 8/2009).

Según la resolución del TEAC, la base de cálculo de la aportación de las prestadoras del servicio televisivo ha de limitarse a los ingresos de las empresas, y del grupo empresarial al que pertenezcan, siempre que se trate de ingresos directamente relacionados con “*la prestación del servicio de comunicación audiovisual televisiva*”, y esto, con independencia de la responsabilidad editorial.

En este sentido, en respuesta al requerimiento de esta Comisión, ORANGE indica una cuantía de ingresos audiovisuales por la totalidad⁶ de ingresos que configuran su autoliquidación y, en concordancia con la cantidad también indicada en el informe anual de la CMT 2012 (12,28 millones de euros por de ingresos audiovisuales en 2012 según CNMC-DATA).

En consecuencia, ORANGE ha declarado correctamente la base imponible de la aportación establecida en el artículo 6 de la Ley 8/2009 por lo que no hay indicios de realizar una liquidación provisional complementaria al haber autoliquidado todos sus ingresos audiovisuales.

SEXTO.- Respecto a las alegaciones de ORANGE relativas a la ilegalidad de las Aportaciones y que no realiza el hecho imponible.

Como se ya ha señalado en los Antecedentes de hecho, 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.

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 acudirse a la definición de prestadores de servicio de comunicación audiovisual televisiva contenida en la

⁶ Ingresos por cuotas de Televisión y Otros servicios (Video bajo demanda)

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 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 LGCA⁷.

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

⁷ 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.

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).

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.

Por otro lado, en contestación a las alegaciones expuestas por ORANGE relativas a la capacidad económica, al principio de igualdad, al principio de legalidad y que las aportaciones vulnerarían varios preceptos del Derecho Comunitario, en los presentes supuestos, se alega una 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 de las autoliquidaciones presentadas por dicha entidad el 24 de abril, 26 de julio y 28 de octubre de 2013 y 25 de febrero, 19 de marzo y 29 de abril 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 la CMT 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 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 los pagos a cuenta de abril, julio y octubre de 2013, la autoliquidación del 2013, una autoliquidación complementaria de ese ejercicio y el pago a cuenta de abril 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.

SEPTIMO.- Sobre la emisión de una nueva liquidación provisional complementaria de la aportación a realizar por ORANGE en ejercicio 2012 por el artículo 5 de la Ley 8/2009.

El artículo 139.2.d) de la LGT prevé, respecto a la terminación del procedimiento de comprobación limitada, que la resolución administrativa que ponga fin a este procedimiento deberá incluir, en el supuesto que ésta proceda, la *“liquidación provisional”* correspondiente.

Por otro lado, el artículo 101.1 de la LGT define a las liquidaciones tributarias como el acto resolutorio mediante el cual el órgano competente realiza las operaciones de cuantificación necesarias y determina el importe de la deuda tributaria o de la cantidad que, en su caso, resulte a devolver o a compensar de acuerdo con la normativa tributaria.

Este mismo precepto aclara, no obstante, que ***“La Administración tributaria no estará obligada a ajustar las liquidaciones a los datos consignados por los obligados tributarios en las autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones, solicitudes o cualquier otro documento”***.

En virtud de lo anterior y habiendo quedado evidenciado que, en el presente supuesto, se advierte la existencia de ingresos brutos de explotación sujetos no declarados ni tenidos en cuenta por ORANGE para el cálculo de su autoliquidación presentada en el ejercicio 2012, procede dar por terminado el presente procedimiento de comprobación limitada mediante la emisión de una liquidación provisional complementaria que se expone a continuación:

Entidad	Concepto	Ejercicio	Ingresos brutos de explotación no declarados	Tipo de gravamen	Liquidación provisional a ingresar
ORANGE	Aportación comunicaciones electrónicas	2012	66.780.000,00€	0,9%	601.020,00 €

Por otro lado, el artículo 101 del RGGI dispone, en su apartado 3, que *“Cuando la resolución contenga una liquidación (...) incluirá, cuando proceda, los intereses de demora correspondientes”*.

Este artículo debe ponerse en relación con lo previsto por el artículo 26.2 b) de la LGT, el mismo que establece que el interés de demora se exigirá, entre otros supuestos, “b) Cuando finalice el plazo establecido para la presentación de una autoliquidación o declaración sin que hubiera sido presentada o hubiera sido presentada incorrectamente (...)”.

Según se desprende de los artículos citados, una vez acordada la terminación del procedimiento de comprobación limitada por resolución administrativa y ésta contenga una liquidación a ingresar como consecuencia de dicho procedimiento, deberán exigirse, asimismo, los correspondientes intereses de demora sobre el importe de la nueva liquidación.

En atención a lo antes expuesto, procede la liquidación de intereses de demora por la suma de 64.393,53 Euros, calculados desde la finalización del plazo de pago en período voluntario de la autoliquidación comprobada, hasta la fecha de la presente resolución, según consta en el cuadro resumen que se expone a continuación:

Desde	Hasta	Días	Principal	Intereses devengados	Total a ingresar
01/03/2013	07/05/2015	798	601.020,00 €	64.393,53 €	665.413,53 €

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

RESUELVE

ÚNICO.- Emitir a Orange Espagne S.A.U. una liquidación provisional complementaria de la aportación a ingresar por ésta en el ejercicio 2012, 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 el importe de SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS TRECE EUROS CON CINCUENTA Y TRES CÉNTIMOS (665.413,53Euros), calculada sobre la base de los ingresos brutos de explotación no autoliquidados por Orange Espagne S.A.U. y en virtud de los pronunciamientos y fundamentos contenidos en las Resoluciones del TEAC de 21 de enero de 2014.

Para hacer efectivo el pago de los referidos importes adeudados por el obligado tributario, se acompaña, conjuntamente con la presente resolución, documento de pago “modelo A1 y A2” para su firma y posterior ingreso en cualquier sucursal de la entidad o entidades colaboradoras en la gestión recaudatoria de esta aportación.

El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62 de la Ley General Tributaria: si la notificación de la presente

resolución se realiza entre los días uno y 15, desde la fecha de recepción hasta el día 20 del mes posterior; si la notificación se realiza entre los días 16 y último de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día cinco del segundo mes posterior o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.

Comuníquese esta Resolución a la Secretaría General y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra misma podrá interponerse ante este mismo órgano recurso de reposición previo al económico-administrativo 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 227.1.b) y 2.a) 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.