

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ACUERDA LA EMISIÓN DE LA LIQUIDACIÓN PROVISIONAL COMPLEMENTARIA DE LA APORTACIÓN A INGRESAR POR LA ENTIDAD TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U. EN EL EJERCICIO 2012, ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 5 DE LA LEY 8/2009, DE 28 DE AGOSTO, DE FINANCIACIÓN DE LA CORPORACIÓN RTVE.

CRTVE/DTSA/1923/14/LIQUIDACIÓN TME 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 Telefónica Móviles España, S.A.U. 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, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Presentación de autoliquidación.

Con fecha 28 de febrero de 2013, la entidad Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante TME) presentó en el Registro telemático de esta Comisión, como sujeto obligado al pago de la aportación prevista en el artículo 5 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 del documento de autoliquidación formulada por TME. En la citada autoliquidación se indicaba una base imponible de **[CONFIDENCIAL]**.

SEGUNDO.- Inicio del procedimiento de comprobación limitada.

Tras observarse discrepancias entre los ingresos declarados por TME como base imponible de la mencionada autoliquidación 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 acodó 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 21 de noviembre de 2014 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito en nombre y representación de TME, 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 su autoliquidación.

CUARTO.- Notificación de la propuesta de resolución.

Con fecha 13 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 TME en el ejercicio 2012 por un importe de **[CONFIDENCIAL]**, calculada sobre una base imponible de ingresos brutos de explotación no reconocidos por TME.

Los citados ingresos no imputados en la base imponible y, a su vez, reconocidos en la propuesta de liquidación ascendían a la suma de **[CONFIDENCIAL]**. Así mismo, los conceptos que componen la base imponible de la liquidación complementaria son los siguientes: **[CONFIDENCIAL]**.

QUINTO.- Alegaciones al trámite de audiencia.

Con fecha 22 de abril de 2015, ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado por D. Juan Montero Rodil, en nombre y representación de TME, en el que muestra su disconformidad con la propuesta de resolución sobre la base de las siguientes alegaciones:

- TME expone su disconformidad con la propuesta de resolución en la que, en primer lugar, discute el criterio de esta CNMC para la inclusión en la base imponible de los servicios de SIRDEE, Mensatel, RRED y Publicidad.
- En un segundo apartado, TME alega la inconstitucionalidad de la aportación en cuanto vulnera los principios de capacidad económica, igualdad, reserva de ley y no confiscatoriedad. Así mismo, también discute que la configuración de la base imponible no guarda relación con el hecho imponible y, finalmente, que la Ley 8/2009 es contraria a la directiva autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva 2002/20/CE).

SÉXTO.- Declaración de confidencialidad.

Por medio de un escrito de la Directora de Telecomunicaciones y Sector Audiovisual de la CNMC, fechado el 27 de noviembre de 2015, se declaró la confidencialidad de determinada información contenida en los escritos presentados por TME, a los efectos previstos en el artículo 37.5 d) de la LRJPAC, por tratarse de información de carácter sensible que pertenece al ámbito de las materias protegidas por el secreto comercial de TME.

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 la autoliquidación presentada por TME, correspondiente a la aportación a realizar por dicha entidad en el ejercicio 2012 en su condición de prestadora del servicio de comunicaciones electrónicas, al haberse detectado discrepancias entre los ingresos declarados por TME en su autoliquidación (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 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 registrarán 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 69.1):

“1) 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 decimoquinta¹”.*

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 (actual CNMC²), 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.

¹ 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.*

² 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.

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 regirá 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.
- 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 limitada tramitado por la CMT y la resolución anulatoria dictada por el TEAC.

Con fecha 28 de agosto de 2009 se aprobó la Ley 8/2009, de Financiación de Radio y Televisión Española. La finalidad de esta Ley era la de introducir un sistema nuevo de financiación para la Corporación RTVE renunciando a los ingresos derivados de la publicidad, basado, entre otros recursos que se establecen por su artículo 2, por las aportaciones que deben realizar los operadores de comunicaciones electrónicas y operadores de televisión de ámbito estatal o superior al de una Comunidad Autónoma.

En ese sentido, 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 (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 al verificar la existencia de discrepancias entre los ingresos consignados por TME como base imponible de su autoliquidación correspondiente al ejercicio 2010 con los informes y datos de los que disponía con anterioridad dicho organismo al haber sido aportados por la propia TME.

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 TME en el ejercicio 2010 en su condición de operadora de comunicaciones electrónicas que presta servicios audiovisuales o que incluyan publicidad; la misma que fue objeto de reclamación en vía económica-administrativa por parte de TME.

Posteriormente, y mediante una resolución de 21 de enero de 2014, el TEAC acordó estimar la Reclamación Económico-Administrativa promovida por TME contra la resolución antes citada y, en su virtud, ha quedado anulada la liquidación complementaria dictada, y ello dado a que, a juicio del TEAC, la CMT habría 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 este sentido, y según se desprende de la Resolución del TEAC de 21 de enero de 2014, una vez anulada la liquidación complementaria, la CNMC tiene ahora el deber de delimitar qué ingresos de TME corresponden directamente a actividades que deban ser consideradas como servicios de comunicaciones electrónicas prestados a los usuarios finales (empresas y particulares) y cuales corresponden a sus ingresos mayoristas y minoristas audiovisuales para valorar si procede dictar nuevas liquidaciones sobre la base de los fundamentos y criterios recogidos en la propia resolución 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.

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, esta aportación deberá efectuarse 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”*.

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 audiovisuales³.

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 audiovisuales³”*.

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,

³ 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.

- 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.

TERCERO.- Sobre los ingresos informados por TME en su contestación al requerimiento practicado por la CNMC y la alegación a la propuesta de resolución.

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

En su escrito de 21 de noviembre de 2014, por el cual TME da contestación al requerimiento de información practicado, dicha operadora señala que **no tuvo en cuenta para la formulación de la base imponible** de la aportación del artículo 5 de la Ley 8/2009, los ingresos obtenidos por las siguientes 3 categorías:

- a) Ingresos Mayoristas:** por importe de **[CONFIDENCIAL]**.
- b) Otros Ingresos por servicios:**

En esta categoría, TME ha incluido todos aquellos ingresos que, según su interpretación del artículo 5 de la Ley 8/2009 y el artículo 4 del Real Decreto 1004/2010, conjuntamente con la Resolución del TEAC de 21 enero de 2014, no deben formar parte de la base imponible de la aportación de los operadores de telecomunicaciones por no estar, en su opinión, relacionados con el hecho imponible ni la materia objeto de imposición. Los ingresos excluidos de la aportación son:

- **Mensatel:** Según TME se trata de un sistema de radiomensajería conocido como un servicio de "busca". Este sistema de comunicación consta de un receptor telefónico de mensajes gracias al cual se pueden leer los textos que se reciben desde un Centro de Recogida de datos, el aviso de la llamada es por vibración y la comunicación que se establece es únicamente unidireccional. **[CONFIDENCIAL]**.

- RRED (RadioRed): TME sostiene que son servicios de grupos cerrados de usuarios que necesitaban de una red específica, que les permitiera realizar comunicaciones con cierta prioridad en las llamadas y que pudieran gestionar y controlar por ellos mismos. Estos servicios, ofrecidos por Telefónica, se cerraron durante el año 2012. . **[CONFIDENCIAL]**.
- SIRDEE: Los ingresos incluidos en esta partida se corresponden, según TME, con ingresos percibidos por Telefónica por la operación de *Sirdee* (Sistema Integral de Radiocomunicaciones Digitales de Emergencia del Estado). La labor de Telefónica, como adjudicatario de la concesión para la operación de SIRDEE, se limita a ofrecer un servicio de comunicaciones y soporte global, a través de la infraestructura desplegada. **[CONFIDENCIAL]**.
- Servicios de Tarificación Adicional: los servicios de tarificación adicional son aquellos servicios que, a través de la marcación de determinados códigos, conllevan una retribución específica por la prestación de servicios de información o de comunicación añadida al coste el servicio telefónico disponible al público. **[CONFIDENCIAL]**.

TME sostiene que estos servicios incluyen servicios para adultos, ocio o entretenimiento y servicios profesionales. Este tipo de servicios son prestados por los prestadores de servicios de tarificación, a través de la numeración pública asignada perteneciente a los rangos atribuidos a los servicios de tarificación adicional. Telefónica Móviles España interviene en la prestación de estos servicios recaudando los importes de los usuarios finales y retribuyendo a los prestadores de los servicios.

- Reparación de terminales: en este apartado se encuentran los ingresos obtenidos por TME por servicios prestados a sus clientes tales consistentes reparación de terminales. **[CONFIDENCIAL]**.
- Servicios prestados a fabricantes de terminales móviles: en esta categoría TME ha incluido los ingresos de los servicios prestados por Telefónica a los fabricantes para promocionar la venta de sus productos. **[CONFIDENCIAL]**.
- Publicidad: los ingresos por publicidad que ha obtenido Telefónica provienen, principalmente, de la inclusión de *banners* en el espacio *e-moción*. **[CONFIDENCIAL]**.
- Otros servicios de red: en este apartado se encuentran los ingresos obtenidos por Telefónica Móviles España relacionados con la red, principalmente derivados de la compartición de infraestructuras. **[CONFIDENCIAL]**.

- Otros Ingresos de explotación: **[CONFIDENCIAL]** por: “*comisiones por la comercialización de productos de terceros y el servicio de gestión y securización remota de terminales móviles*”.

c) Ventas de bienes:

Según la interesada, serían operaciones realizadas por TME consideradas como entregas de bienes (y no prestaciones de servicios) que no deben computar para el cálculo de la base imponible de la aportación, toda vez que, para TME, de la redacción tanto de la Ley 8/2009 como de su reglamento se desprende que “*la voluntad*” del legislador al crear las aportaciones era incluir en la base imponible “*únicamente los ingresos procedentes de las prestaciones de servicios*”. **[CONFIDENCIAL]**.

d) Otros Ingresos por servicios:

En esta categoría, TME ha incluido todos aquellos ingresos que, según la interpretación que realiza del artículo 5 de la Ley 8/2009 y el artículo 4 del Real Decreto 1004/2010, conjuntamente con la Resolución del TEAC de 21 enero de 2014, no deben formar parte de la base imponible de la aportación de los operadores de telecomunicaciones por no estar, en su opinión, relacionados con el hecho imponible ni la materia objeto de imposición. **[CONFIDENCIAL]**.

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

En virtud de las alegaciones presentadas por TME, se solicita que se tenga por terminado el procedimiento de comprobación incoado sobre la base de las siguientes alegaciones:

1º.- TME sostiene que la cuantía final de la propuesta de resolución es incorrecta y que incluye conceptos que no deben imputarse como parte de la base imponible del artículo 5 de la Ley 8/2009 sobre la base de los siguientes razonamientos:

- a) No inclusión en el cálculo de la base imponible los ingresos derivados del servicio SIRDEE.

Según la interesada, los ingresos percibidos por este servicio no están sujetos a las obligaciones de financiación de RTVE puesto que el SIRDEE es un servicio en régimen de autoprestación (tal y como se establece en las condiciones de la adjudicación del contrato) del Ministerio de Interior, donde los ingresos percibidos por TME se derivan de operar la red de dicho Ministerio. En este sentido, cuando TME opera la red de SIRDEE no tiene la obligación de registrar ante la CNMC dicha actividad porque se realiza en régimen de

autoprestación por parte del Ministerio. Más aún, ni siquiera el Ministerio del Interior debe registrarse, ya que tal y cómo se establece, en el artículo 5 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, los servicios en autoprestación no necesitarán estar inscritos en el registro de operadores.

- b) No inclusión en el cálculo de la base imponible de los ingresos derivados del servicio denominado Mensatel.

Conocido como un servicio de "busca", este sistema de comunicación, según explica TME, consta de *“un receptor telefónico de mensajes gracias al cual se pueden leer los textos que se reciben desde un Centro de Recogida de datos, el aviso de la llamada es por vibración y la comunicación que se establece es únicamente unidireccional.”* Por otro lado, también indica la interesada que el servicio usa un rango de numeración específica (940) del Plan de Nacional de Numeración, que no se corresponde con la empleada por ninguno de los servicios de Internet, Fijo y Móvil.

- c) No inclusión en el cálculo de la base imponible de los ingresos derivados del servicio RRED.

TME sostiene que: *“al igual que ocurre con el servicio Mensatel, el servicio de RRED o servicio de radiobúsqueda, éste utilizaba un rango de numeración específica (940) del Plan de Nacional de Numeración, que no se correspondía con la empleada por ninguno de los citados”* refiriéndose a servicios que considera imputables a las aportaciones por ingresos de Internet, Fijo y Móvil.

- d) No inclusión en el cálculo de la base imponible de los ingresos derivados de servicios de Publicidad.

La interesada señala que los ingresos publicitarios están excluidos de la Base Imponible de la Aportación por no tratarse de un ingreso de comunicaciones electrónicas. La interpretación llevada a cabo por la CNMC que pretende incluir ingresos obtenidos por servicios, según ella, relacionados con las comunicaciones electrónicas, no tiene ninguna base jurídica y es una interpretación extensiva e interesada de los conceptos que deben incluirse en la Base Imponible de la Aportación.

2º.- Vicios de inconstitucionalidad del régimen establecido por la Ley de Financiación como la vulneración de los principios de capacidad económica, igualdad, reserva de ley, no confiscatoriedad, configuración de la base imponible sin relación con el hecho imponible y, así mismo, señala que la Ley de aplicación es contraria a la directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas. Los razonamientos de la operadora en su alegato pueden resumirse, fundamentalmente, en los siguientes puntos:

a) Inconstitucionalidad de la aportación.

La solicitante alega, que las aportaciones establecidas por la Ley de Financiación CRTVE adolecen de vicios de inconstitucionalidad al no respetar los principios constitucionales establecidos en el artículo 31.1 de la Constitución Española.

Respecto a este motivo, TME sostiene que el principio de capacidad económica impide la exigencia de una tasa a quienes no resulten particularmente beneficiados por el servicio público a financiar o sin tener en cuenta en qué medida tal servicio beneficia al usuario del mismo generando una capacidad económica susceptible de ser gravada.

Teniendo en cuenta lo anterior, TME entiende que la compatibilidad de la aportación con el principio de capacidad económica exige confirmar que, tal y como establece la propia Ley de Financiación CRTVE, los operadores de telecomunicaciones son poseedores de una riqueza real o potencial expresada por los ingresos que, de forma tanto directa como indirecta, mediante la prestación de servicios audiovisuales o servicios de publicidad, van a generar gracias a: (i) la supresión del régimen de publicidad retribuida y la renuncia a contenidos de pago y acceso condicional de RTVE; (ii) la nueva regulación del sector televisivo y audiovisual; o (iii) la ampliación de los servicios de banda ancha fija y móvil.

No obstante, a juicio de TME, *“Parece evidente que los operadores de telecomunicaciones no van a percibir ingresos directos por la supresión del régimen de publicidad retribuida en RTVE”* tal y como se desprende de: **(i)** la Memoria Económica del Proyecto de Ley (en la que no sólo no se identificó el impacto positivo para los operadores de telecomunicaciones que se derivaría de la supresión de la publicidad en RTVE, sino que entendió que dicho beneficio no se iba a generar), **(ii)** del Informe a la Vicepresidencia Primera del Gobierno y Ministerio de la Presidencia sobre el anteproyecto de Ley de Financiación CRTVE, elaborado por la CMT, (en el que se afirmó que *“la imposición de un gravamen a los operadores de comunicaciones electrónicas para la financiación de las televisiones públicas no cumpliría con este principio, en tanto que éstos no realizan ninguna actividad o acto o negocio que demuestre una capacidad económica que se identifique para ser gravada”*) y, finalmente, **(iii)** del Informe 46/10 de la Comisión Nacional de la Competencia sobre el Real Decreto de Financiación de la Corporación RTVE (donde se sostiene que *“la justificación del supuesto beneficio que justificaría la imposición de la obligación de contribución directa a la financiación de RTVE no está debidamente desarrollada ni en el articulado ni en la exposición de motivos ni en las memorias de acompañamiento de la Ley (...)”*)

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 sujetos que sí se benefician de la regulación contenida en Ley de Financiación CRTVE, como lo serían los operadores de telecomunicaciones del ámbito autonómico o local (en tanto no existe una motivación racional para identificar a los sujetos pasivos en función de términos geográficos), y el resto de sujetos no incluidos y que, sin embargo, se verán beneficiados por esta nueva regulación; como lo serían el resto de oferentes de espacios publicitarios (operadores de radio, prensa escrita, publicidad externa, publicidad online) y los creadores de contenidos audiovisuales.

TME sostiene que las aportaciones establecidas en la Ley de Financiación CRTVE también vulnerarían el principio de no confiscatoriedad toda vez que para el cálculo de la base imponible de las aportaciones no se toman en consideración los ingresos derivados de aquellos servicios que, según el legislador, suponen una manifestación de riqueza para los sujetos pasivos; ni siquiera se tienen en cuenta, según TME, los beneficios reales de los operadores puesto que la base de cálculo son los ingresos facturados y no los beneficios reales obtenidos.

b) Configuración de la base imponible sin relación con el hecho imponible.

Asimismo, TME considera que, teniendo en cuenta que el modelo económico de los operadores de telecomunicaciones se basa en el cobro de cuotas a sus clientes, sus ingresos correspondientes a publicidad son “*insignificantes*”, quedando patente que no existe ninguna relación razonable entre la base imponible y la riqueza gravada.

En este sentido, la solicitante manifiesta que el pago de la aportación “*supone para esta compañía cerca de 50 Millones de Euros anuales (el 0,9% de sus ingresos)*” lo que resulta “*una cifra absolutamente desproporcionada comparada con los ingresos por publicidad obtenidos en el mismo periodo, lo cual no refleja la existencia real del pretendido “impacto positivo”*”.

c) Aportación contraria a la Directiva 2002/20/CE.

Por otro lado, TME considera que las aportaciones no cumplen con los parámetros establecidos en el artículo 12 de la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, por cuanto impone una carga pecuniaria adicional a los operadores de telecomunicaciones no amparada por el artículo 12 de la citada Directiva.

CUARTO.- Sobre los ingresos gravables que TME no tuvo en cuenta para calcular su autoliquidación del ejercicio 2012 como operadora de telecomunicaciones.

TME se imputó como base imponible declarada en el ejercicio 2012 (art. 5 Ley 8/2009) la cantidad de **[CONFIDENCIAL]** y el total de ingresos obtenidos por el

operador procedentes de su cifra de negocios y la partida de Otros Ingresos durante ese mismo ejercicio ascendió a la cantidad de **[CONFIDENCIAL]**, es decir, el operador no consideró como ingresos imputables en el art. 5 Ley 8/2009 la diferencia, es decir, **[CONFIDENCIAL]**.

A modo de resumen se muestra de forma desglosada como se desagrega la cantidad no declarada por TME **[CONFIDENCIAL]** a los efectos de la aportación a realizar por el art. 5 de la LFCRTVE del ejercicio 2012:

[CONFIDENCIAL]

QUINTO.- Sobre los ingresos brutos de explotación a incluir o excluir de la base imponible a realizar como prestador del servicio de comunicaciones electrónicas del ejercicio 2012.

5.1 Ingresos brutos de explotación gravables:

Del análisis efectuado por los servicios de la CNMC teniendo en cuenta los pronunciamientos y fundamentos contenidos en la Resolución del TEAC, se desprende que, la delimitación de la base imponible de la aportación del artículo 5, del concepto de “ingresos brutos” debe ser interpretado a la luz del artículo 4.2 del Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la LFCRTVE (en adelante, RD 1004/2010) que señala: “se consideraran ingresos brutos de explotación los percibidos por las empresas por todos sus **servicios minoristas no audiovisuales**”.

En consecuencia, como ya se ha señalado anteriormente, se incorpora un nuevo elemento no previsto en la Ley 8/2009 referente al concepto de “servicios”, que, deberá ser entendido en relación a las actividades que realizan los sujetos pasivos del artículo 5.3. Con lo cual, quedaría excluida de la consideración de ingresos brutos de explotación a efectos de la aportación cualquier ingreso devengado por actividades que no sean servicios de comunicaciones electrónicas a usuarios finales.

En atención a lo anterior, la base imponible de la aportación prevista en el artículo 5 Ley de Financiación la integrarían los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente por los operadores de comunicaciones electrónicas, con ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma, que figuren inscritos en el Registro de Operadores, y que presten alguno de los servicios de telefonía fija, móvil o acceso a Internet, así como algún servicio audiovisual u otro que incluya algún tipo de publicidad.

5.2. Ingresos brutos de explotación no gravables:

A juicio de la CNMC, y en virtud de la doctrina establecida por el TEAC en su resolución de 21 de enero de 2014, no cabría incluir a la hora de determinar la base de la aportación los ingresos de TME derivados de actividades como:

- 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.
- Aquéllos que no estén relacionados con los servicios de comunicaciones electrónicas prestados a los usuarios finales (empresas y particulares).

SEXTO.- Configuración de la base imponible a declarar por TME para el cálculo de su aportación a realizar en el ejercicio 2012 como operadora de comunicaciones electrónicas.

A la vista de las partidas excluidas por TME en la realización a las aportaciones en su condición de operadora de comunicaciones electrónicas y de los pronunciamientos del TEAC en relación a las mismas, se va a proceder a indicar que partidas deberían formar parte de la base imponible y cuáles no deben ser imputadas.

6.1. Ingresos a excluir de la base imponible.

- Los Ingresos Mayoristas puesto que así lo indica la propia Ley de Financiación.
- Las Entregas de Bienes⁴ según 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)".
- La agrupación Otros Ingresos de TME que se corresponden con actividades que no son propias de comunicaciones electrónicas minoristas⁵, tales como subvenciones oficiales, arrendamientos, descuentos sobre compras y servicio, ingresos de logística,

⁴ TME identifica la "entrega de bienes" como venta de terminales en diferentes modalidades tal y como se desprende de la resolución donde se revisa la autoliquidación del ejercicio 2010 en el expediente aprobado por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC el 16 de diciembre de 2014 (CRTVE/DTSA/1253/14/RELIQUIDACIÓN TME 2010).

⁵ Así se desprende en la resolución donde se revisa la autoliquidación del ejercicio 2010 en el expediente aprobado por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC el 16 de diciembre de 2014 (CRTVE/DTSA/1253/14/RELIQUIDACIÓN TME 2010)

gestión de cobro, ingresos procedentes del inmovilizado e indemnizaciones.

- En relación a la categoría de Ingresos por Otros Servicios de Red, tal y como indica TME en respuesta al primer requerimiento se refieren a los ingresos obtenidos y relacionados con la red, principalmente derivados de la compartición de infraestructuras. Al respecto cabe señalar que los ingresos obtenidos por estos conceptos no deben considerarse para el cálculo de la aportación de los operadores de telecomunicaciones puesto que no se corresponden con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas *strictu sensu*, sino con la cesión de infraestructuras civiles tales como canalizaciones, postes, casetas, arquetas, etc.
- La remuneración de TME por la Reparación de Terminales, no es una actividad propia de comunicaciones electrónicas y en consecuencia tampoco debe ser incluida en la Base imponible de la aportación.
- Los ingresos por los Servicios prestados a fabricantes de terminales móviles. En esta cantidad TME ha incluido los ingresos de los servicios prestados a los fabricantes para promocionar la venta de sus productos. Si así fuera, los ingresos percibidos no están en la esfera de comunicaciones electrónicas o servicios conexos.
- Los servicios remunerados a TME por Tarifificación Adicional⁶, al indicar que los ingresos por servicios de numeración Premium (ocio, adultos, entretenimiento, etc.) no deben incluirse, según sostiene TME, ya que sólo los recauda de los usuarios finales al precio estipulado por el prestador del servicio (que no es TME) para luego retribuir a estos, actuando, en consecuencia, como un mero comisionista que no presta ni responde por el servicio.

6.2. Ingresos a incluir en la base imponible.

- Los ingresos por el concepto de SIRDEE, que ascienden a **[CONFIDENCIAL]** y, que se identifican como ingresos percibidos por TME por el *Sistema Integral de Radiocomunicaciones Digitales de Emergencia del Estado*, labor que TME realiza como adjudicatario de la concesión a través de su infraestructura desplegada. Esta CNMC entiende que se trata de un servicio de

⁶ Así se desprende en la resolución donde se revisa la autoliquidación del ejercicio 2010 en el expediente aprobado por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC el 16 de diciembre de 2014 (CRTVE/DTSA/1253/14/RELIQUIDACIÓN TME 2010)

comunicaciones electrónicas que se presta a un usuario final, en este caso, el Ministerio del interior.

Por el contrario, TME sostiene que los ingresos percibidos por esta actividad *“no están sujetos a las obligaciones de financiación de RTVE, ya que, SIRDEE es un servicio en autoprestación del Ministerio de Interior, donde los ingresos percibidos por Telefónica se derivan de operar la red del Ministerio de Interior.”*

Ante esta definición genérica que realiza TME sobre los servicios que presta a un servicio en régimen de autoprestación del Ministerio del Interior, debemos señalar que:

Independientemente del razonamiento aducido por TME respecto a los servicios que presta al SIRDEE, cabe señalar que, de conformidad con el artículo 105.1 de la Ley General Tributaria, *“en los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo”*, de lo que 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).

Así, según ha declarado el Tribunal Supremo, en Derecho Tributario, la carga de la prueba tiene una referencia específica en el artículo 105.1 LGT *“que impone a cada parte la prueba del hecho constitutivo de su pretensión (...) La jurisprudencia es abundantísima sobre la carga de la prueba en el procedimiento de gestión tributaria, haciéndose eco e insistiendo en el principio general del art. 114 LGT (refiriéndose al hoy artículo 105.1 LGT) y entendiéndolo que ello supone normalmente que la Administración ha de probar la existencia del hecho imponible y de los elementos que sirvan para cuantificarlos y el particular los hechos que le beneficien como los constitutivos de exenciones y beneficios fiscales, los no sujetos, etc.”*.

En el presente supuesto, la interesada se limita a alegar que “opera” el servicio en régimen de concesión. Sin embargo, dicha argumentación no va más allá de ser una simple alegación sin que se especifiquen ni se acrediten en modo alguno ni la naturaleza supuestamente excluible de los servicios; siendo ingresos, en razón a su actividad, reflejados en sus cuentas anuales.

No puede inferirse valor acreditativo alguno a una serie de alegaciones y razonamientos carentes de soporte documental que permitan constatar la certeza o realidad de los datos aportados, máxime cuando la consecuencia que pretende la interesada no es otra que la de deducir de la base imponible de la autoliquidación comprobada.

Así pues, a falta de tal acreditación, se infringiría la carga probatoria que incumbe al interesado, de suerte que habría de considerarse que tales extremos no han sido acreditados y, por tanto, no son susceptibles de ser excluidos ni rectificadas.

En otro orden de cosas, a juicio de esta CNMC, el servicio tiene la tipología de prestación en modalidad de autoprestación, puesto que con carácter general el concepto tradicional de autoprestación supone que la prestación de servicios por una entidad a sí misma o a sus empleados tiene la consideración de autoprestación. Como consecuencia, los interesados en la explotación de la red o en la prestación de un determinado servicio de comunicaciones electrónicas quedan exentos de la obligación de inscripción en el Registro de Operadores de esta CNMC.

Sentado lo anterior, lo realmente relevante para la inclusión de los ingresos en la base imponible es definir correctamente el papel que desarrolla TME en el servicio que presta al Ministerio del Interior al que le da “operatividad”. En este sentido, la interesada no da explicaciones ni extensas, ni exhaustivas sobre el servicio prestado en concesión, limitándose a indicar que opera dicha red.

Por el contrario, según ha podido conocer esta Comisión, la intervención de TME en SIRDEE tiene un alcance significativo, más allá del operativo, como se desprende de la información disponible al respecto. A modo de ejemplo podemos ver la presentación sobre Comunicaciones digitales para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado⁷ donde se indica, entre otros aspectos lo siguiente:

“Telefónica, como adjudicatario, a través de su amplia infraestructura, presta un servicio integral de comunicaciones y soporte global.”

A mayor abundamiento, en el mismo documento, donde se describe la arquitectura global de la red se puede comprobar que TME presta servicios de radio y conmutación, éstos, claramente encuadrados en la definición de un Servicio de Comunicaciones

⁷ <http://www.dintel.org/Documentos/2012/Foros/Motorola/ponencias/apaz.pdf>

Electrónicas tal y como establece la Ley 9/2014, de 9 de mayo General de Telecomunicaciones. La concreta definición de los Servicios de Comunicaciones Electrónicas es la siguiente: “ (...) *prestado por lo general a cambio de una remuneración que consiste, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas, con inclusión de los servicios de telecomunicaciones y servicios de transmisión en las redes utilizadas para la radiodifusión, pero no de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o de las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos; quedan excluidos, asimismo, los servicios de la sociedad de la información definidos en el artículo 1 de la Directiva 98/34/CE que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas*”.

Por lo expuesto, el servicio que presta TME por la concesión del SIRDEE se considera la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas minorista gravable a los efectos del artículo 5 de la Ley de financiación.

- Los ingresos derivados de la prestación de los servicios de valor añadido de Mensatel (sistema de comunicación de localización en el que resulta irrelevante el elemento unidireccional que TME resalta en sus alegaciones) y “videoconferencia” (servicio bidireccional de comunicaciones de video y audio) sí deben computarse por tratarse de servicios de comunicaciones electrónicas a usuarios finales. El importe asciende a **[CONFIDENCIAL]**. El mismo criterio que en el anterior caso es aplicable al servicio de grupos cerrados de usuarios RRED (Radio Red) de importe **[CONFIDENCIAL]**.

Aunque TME alega que no se corresponden a servicios de Internet, Fijo y Móvil, estos servicios están en la esfera de las Comunicaciones Electrónicas y tienen el requisito establecido en la Ley cuando se refiere a *ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente, excluidos los obtenidos en el mercado de referencia al por mayor*, tal y como se describe en la Ley 8/2009.

Las alegaciones de TME en las que se refiere a imputación de ingresos sobre Internet, Fijo y Móvil se nutren de la definición del sujeto pasivo obligado al pago de la aportación y no de la determinación de la base imponible de la propia aportación que debe corresponderse con lo señalado por el TEAC en la que se 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.

- Los ingresos por Publicidad de TME, **[CONFIDENCIAL]**, proceden de Banners y enlaces patrocinados en la portada dentro del servicio de contenidos para el móvil E-moción. Al respecto hay que señalar que, los ingresos por publicidad parecen excluidos de la aportación a realizar al no tratarse de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas propiamente dichos ni de un recurso asociado a los mismos. Sin embargo, hay que hacer una matización a este criterio general: el caso de los banners al ser considerado un servicio relacionado con los servicios de comunicaciones electrónicas en la medida en que al cliente no le es posible disociar la recepción de la publicidad del propio servicio de comunicaciones electrónicas.

En resumen, las partidas gravables no tenidas en cuenta por TME a los efectos del cálculo de su aportación a realizar en su condición de prestadora del servicio comunicaciones electrónicas, serían los que a continuación se exponen:

[CONFIDENCIAL]

FIN DE LA CONFIDENCIALIDAD]

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, TME debió haber declarado, además de los importes declarados y liquidados en la autoliquidación comprobada correspondiente al ejercicio 2012, el importe adicional de **[CONFIDENCIAL]**.

Por otro lado, en contestación a las alegaciones relativas al punto 3.3 apartado 2 realizadas por la interesada (*Vicios de inconstitucionalidad del régimen establecido por la Ley de Financiación como la vulneración de los principios de capacidad económica, igualdad, reserva de ley, no confiscatoriedad, una configuración de la base imponible sin relación con el hecho imponible y que la Ley de aplicación es contraria a la directiva 2002/20/CE del parlamento europeo y del consejo relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas*) se señala lo siguiente:

Las 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) competente⁸.

La CNMC, como entidad gestora, liquidadora y recaudadora de la aportación, se halla vinculada por los mencionados principios constitucionales en virtud de las exigencias y potestades específicas de las que le provee el ordenamiento jurídico en orden a velar por la efectividad del cumplimiento de la contribución a los gastos públicos, en nuestro caso, de las aportaciones para la financiación de RTVE, con sujeción a dichos principios. Esto es, esta Comisión ha de determinar la base imponible, en los mismos términos, a todos los sujetos que resultan aportantes según la capacidad económica de éstos; esto es, velar porque la cuantía de las aportaciones de los sujetos pasivos esté directamente relacionada con la cuantía de sus ingresos brutos de explotación, en igualdad de condiciones.

En consecuencia, es indudable que esta Comisión no puede, como pretende TME, 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 dichas alegaciones como fundamento suficiente para dar término al presente procedimiento de comprobación.

SEPTIMO.- Sobre la emisión de una liquidación provisional complementaria de la aportación a realizar por TME en ejercicio 2012.

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

⁸ Cabe traer a colación, asimismo, lo declarado por el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) en su Auto de 2 diciembre 2010 (JUR 2011\4386), con ocasión de una solicitud de medidas cautelares para la suspensión de los arts. 4, 6 y Disposición Transitoria Segunda del Reglamento de Financiación CRTVE, según la cual *“Es cierto que la Comisión ha iniciado un procedimiento de infracción contra el Reino de España pero dicho procedimiento no conlleva la suspensión de la medida acordada ni de su existencia se deriva necesariamente la “claridad” de la vulneración del Derecho Comunitario que es exigible para el fumus boni iuris que se afirma por la recurrente”*.

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 TME 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 la liquidación provisional complementaria que se expone a continuación:

[CONFIDENCIAL

FIN DE LA CONFIDENCIALIDAD]

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, 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 **[CONFIDENCIAL]**, 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:

[CONFIDENCIAL

FIN DE LA CONFIDENCIALIDAD]

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

RESUELVE

ÚNICO.- Emitir a Telefónica Móviles España, 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 **[CONFIDENCIAL]**, calculada sobre la base de los ingresos brutos de explotación no autoliquidados por Telefónica Móviles España, 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 del referido importe de, adeudado por el obligado tributario, se acompaña, conjuntamente con la presente resolución, documento de pago “modelo A1” 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 a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual 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.