



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA

Que en la Sesión número 05/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 9 de febrero de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 27 de octubre de 2011, por la que se acuerda la emisión de una liquidación complementaria de la aportación a ingresar por la recurrente en el ejercicio 2010, establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación RTVE (AJ 2011/2699).

I ANTECEDENTES

Primero.- Procedimiento de verificación de los datos contenidos en la autoliquidación de la aportación para la financiación de la CRTVE del ejercicio 2010.

A la vista de las discrepancias entre los ingresos brutos declarados por Telefónica Móviles España, S.A.U. (en adelante, TME) en su autoliquidación anual de la aportación establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (LFCRTVE) y los que obran en poder de esta Administración, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones inició un procedimiento de verificación de datos de conformidad con lo previsto en el artículo 131 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT).

Segundo.- Resolución recurrida.

El procedimiento tributario de verificación de datos al que más arriba se ha hecho referencia concluyó con la Resolución recurrida, de fecha 27 de octubre de 2011, por la que se acordó emitir a la recurrente una liquidación complementaria en el mencionado concepto por importe de 16.750.089,45 Euros. La liquidación complementaria parte de una diferencia de 1.801.642.177,67 Euros advertida en la base imponible declarada por Telefónica y asciende a 16.750.089,45 Euros, de los que 535.039,85 Euros corresponden a los intereses de demora devengados desde la fecha de finalización del plazo de pago en período voluntario de la autoliquidación y hasta la fecha de la Resolución impugnada.



Tercero.- Recurso de reposición de TME.

Contra la Resolución que acordaba la emisión de la liquidación complementaria, TME ha presentado un recurso de reposición que ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión el día 28 de noviembre de 2011 y en el que solicita que se declare nula de pleno derecho por los siguientes motivos:

1. La caducidad del procedimiento de verificación de datos, pues desde la notificación de su inicio el día 11 de abril de 2011, hasta la notificación de la Resolución que le puso fin, el día 28 de octubre de 2011, se habría superado en el plazo de seis meses previsto para la tramitación de este tipo de procedimientos en el artículo 104 de la LGT, y ello aun teniendo en cuenta la ampliación de plazo acordada por esta Comisión a solicitud de la recurrente.
2. La base imponible de la declaración complementaria incluiría ingresos que no deben computarse a los efectos del cálculo de la aportación.

A juicio de la recurrente, la liquidación recurrida incluye de forma incorrecta los ingresos mayoristas y los obtenidos por otros conceptos diferentes de la prestación de servicios de telefonía o acceso a internet, lo que contradice la LFCRTVE y el Real Decreto que la desarrolla, número 1004/2010, de 5 de agosto.

También porque la inclusión de estos conceptos iría en contra del espíritu de la norma en lo que se refiere a su hecho imponible, que estaría constituido por el impacto positivo producido por la nueva regulación del sector televisivo y audiovisual, así como la supresión de la publicidad y la renuncia a contenidos de pago o acceso condiciones de la CRTVE.

Finalmente, TME cuestiona la utilización de los datos aportados para la elaboración del Informe Anual.

3. La inconstitucionalidad de la aportación, por vulnerar los principios de capacidad económica, igualdad, reserva de ley y no confiscatoriedad.

Para la recurrente, partiendo del carácter de prestación patrimonial de carácter público de la aportación, su regulación infringe el principio de capacidad económica porque el supuesto que justifica su exigibilidad no supone una manifestación de riqueza de los obligados tributarios.

En cuanto al principio de igualdad, TME destaca la falta de justificación de la imposición de la Aportación a los operadores de telecomunicaciones a la vista del nulo impacto positivo en su economía de los supuestos a los que se refiere la Ley, mientras que otras empresas, como las dedicadas a la producción de contenidos audiovisuales, no estarían sujetas. Además, la exclusión de operadores de comunicaciones electrónicas de ámbito geográfico limitado a una comunidad autónoma carece de motivación racional y obedecería a criterios que no están ajustados a la ley.

En lo que se refiere a la vulneración del principio de no confiscatoriedad, la recurrente alega que el importe de su aportación supera con creces sus ingresos por publicidad.



Finalmente, TME se refiere a la infracción del principio constitucional de reserva de Ley en materia tributaria por parte del Real Decreto 1004/2010, ya que, a su juicio, se produce *ex novo* la definición del hecho imponible al extender el ámbito de los sujetos pasivos a las empresas que presten servicios de comunicación electrónicas y simultáneamente un servicio audiovisual que incluya publicidad a través de una empresa del mismo grupo. También porque el desarrollo reglamentario crea la obligación de liquidar y realizar pagos a cuenta del ejercicio 2010.

4. La falta de relación entre la base y el hecho imposible, puesto que la primera incluye todos los ingresos de los operadores y no sólo los provenientes de la prestación de servicios audiovisuales, que son los favorecidos por impacto positivo al que se refiere el segundo.
5. La contradicción de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, que limita las cargas pecuniarias que pueden imponerse a los operadores de comunicaciones electrónicas al coste de la regulación.

En este sentido, la recurrente hace referencia al recurso por incumplimiento presentado por la Comisión Europea contra la regulación de la aportación.

6. El nuevo sistema de financiación de la CRTVE constituiría una ayuda de estado contraria al Derecho de la Unión.

II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES.

Primero.- Calificación del escrito.

El artículo 222.1 de la LGT establece que los actos susceptibles de reclamación económico-administrativa podrán ser objeto de recurso potestativo de reposición con carácter previo a la reclamación. Por su parte, el artículo 227 de la LGT prevé que son actos susceptibles de reclamación económico-administrativa, entre otros, *“las liquidaciones provisionales o definitivas”*.

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como *“recurso de reposición”* y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en los artículos 2, 3 y 23 del Real Decreto 520/2005, de 13 mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la LGT en materia de revisión en vía administrativa (RGRA). Por todo lo anterior, se califica el escrito de TME como un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de fecha 27 de octubre de 2011, por la que se acuerda la emisión de una liquidación complementaria de la aportación a ingresar por la recurrente en el ejercicio 2010, establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, dándose por terminado el procedimiento de verificación de datos incoado a dicha entidad (AD 2011/842).



Segundo.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 223.3 de la LGT dispone que a los legitimados e interesados en el recurso de reposición les serán aplicables las normas establecidas al efecto para las reclamaciones económico-administrativas.

Por su parte, el artículo 232 de la LGT prevé que estarán legitimados para promover las reclamaciones económico-administrativas los obligados tributarios y los sujetos infractores. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por ser la obligada al pago de la liquidación provisional acordada en la resolución recurrida.

En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a TME para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de esta Resolución.

Tercero.- Admisión a trámite.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC) los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

La recurrente fundamenta su recurso de reposición en diversas infracciones del ordenamiento jurídico, tal y como prevén los artículos 62 y 63 de la LRJPAC.

Finalmente, considerando que el recurso se interpone contra un acto susceptible de ser reclamado en vía económico administrativa, según lo dispuesto por el artículo 222 de la LGT, y dado que dicho recurso ha sido presentado dentro del mes siguiente a su notificación, tal y como dispone el artículo 223.1 LGT, se admitió a trámite por acto del Secretario de fecha 13 de diciembre de 2011 y ha sido tramitado de conformidad con dichos preceptos.

Cuarto.- Competencia para resolver.

La competencia para conocer y resolver el presente procedimiento corresponde, tal y como establece el artículo 225.1 de la LGT, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero.- Sobre la supuesta caducidad del procedimiento.

El primero de los motivos de nulidad opuestos por la recurrente se refiere a la caducidad del procedimiento. En concreto, TME denuncia que el acuerdo de inicio le fue notificado el día 11 de abril de 2011, mientras que la Resolución recurrida lo fue el 28 de octubre de 2011. De esta manera, habría transcurrido el plazo de seis meses de duración máxima al que se refiere el artículo 104 de la LGT en los siguientes términos:

“1. El plazo máximo en que debe notificarse la resolución será el fijado por la normativa reguladora del correspondiente procedimiento, sin que pueda exceder de



seis meses, salvo que esté establecido por una norma con rango de Ley o venga previsto en la normativa comunitaria europea. Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen plazo máximo, éste será de seis meses.”

Por su parte, el artículo 133.1, letra d), de la LGT dispone que el procedimiento de verificación de datos terminará *“por caducidad, una vez transcurrido el plazo regulado en el artículo 104 de esta ley sin haberse notificado liquidación provisional, sin perjuicio de que la Administración también pueda iniciar de nuevo este procedimiento dentro del plazo de prescripción”*.

Sin embargo, la LGT prevé, en el apartado 2 del mismo artículo 104, la existencia de interrupciones del cómputo del plazo de resolución¹, bien por producirse períodos de interrupción justificada o dilaciones por causa no imputable a la Administración. En idénticos términos el artículo 102.2 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (en adelante, Reglamento de Gestión Tributaria), dispone que los períodos de interrupción justificada y las dilaciones por causa no imputable a la Administración no se incluirán en el cómputo del plazo de resolución del procedimiento.

El artículo 103 del Reglamento de Gestión Tributaria dispone que a efectos de lo dispuesto en el artículo 104.2 de la LGT, se considerarán períodos de interrupción justificada los originados en los siguientes supuestos:

“a.- Cuando, por cualquier medio, se pidan datos, informes, dictámenes, valoraciones o documentos a otros órganos o unidades administrativas de la misma o de otras Administraciones, por el tiempo que transcurra desde la remisión de la petición hasta la recepción de aquellos por el órgano competente para continuar el procedimiento, sin que la interrupción por este concepto pueda exceder, para todas las peticiones de datos, informes, dictámenes, valoraciones o documentos que pudieran efectuarse, de seis meses. Cuando se trate de solicitudes formuladas a otros Estados, este plazo será de 12 meses.”

Por su parte, el artículo 104 del Reglamento de Gestión Tributaria contempla como dilaciones por causa no imputable a la Administración, a los efectos de considerarse períodos de interrupción justificada que no se incluyen en el cómputo del plazo de resolución, entre otras, las siguientes situaciones:

“b. La aportación por el obligado tributario de nuevos documentos y pruebas una vez realizado el trámite de audiencia o, en su caso, de alegaciones. La dilación se computará desde el día siguiente al de finalización del plazo de dicho trámite hasta la fecha en que se aporten. Cuando los documentos hubiesen sido requeridos durante la tramitación del procedimiento se aplicará lo dispuesto en el párrafo a anterior.”

c. La concesión por la Administración de la ampliación de cualquier plazo, así como la concesión del aplazamiento de las actuaciones solicitado por el obligado, por el tiempo

¹ Artículo 104.2: *“(....). Los períodos de interrupción justificada que se especifiquen reglamentariamente y las dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la Administración tributaria no se incluirán en el cómputo del plazo de resolución”*.



que medie desde el día siguiente al de la finalización del plazo previsto o la fecha inicialmente fijada hasta la fecha fijada en segundo lugar.”

A lo anterior debe añadirse que el artículo 102 del Reglamento de Gestión Tributaria establece una regla específica en cuanto al cómputo de los plazos máximos de resolución, cuando prevé en su apartado 5 que *“A efectos del cómputo del plazo de duración del procedimiento, los períodos de interrupción justificada y las dilaciones por causa no imputable a la Administración se contarán por días naturales”*.

A la vista de los anteriores preceptos, debe señalarse que en el expediente administrativo en el que recayó la Resolución recurrida (AD 2011/842) constan las siguientes actuaciones:

1. Un requerimiento de información realizado a TME junto con el acuerdo de inicio, que fue notificado el día 11 de abril de 2011 y contestado el día 19 de abril de 2011.
2. Un requerimiento a la Dirección de Estudios de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con el objeto de informar sobre la cifra de ingresos declarada por la recurrente para la elaboración del Informe Anual del ejercicio 2010 de fecha 7 de julio de 2011 y que fue respondido el día 19 de julio de 2011.
3. Una solicitud de la recurrente para ampliar el plazo para presentar sus alegaciones a la propuesta de resolución. La solicitud fue presentada por correo administrativo el día 5 de agosto de 2011 y tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 11 de agosto de 2011. Al no haber sido resuelta de forma expresa, se entendió tácitamente concedida, de conformidad con el artículo 91.4 del Reglamento de Gestión Tributaria².
4. Aportación por parte de TME, con fecha 16 de agosto de 2011 (con posterioridad al trámite de audiencia), de un escrito de alegaciones mediante el que se incorporan al procedimiento datos y documentos nuevos que no constaban previamente en el expediente, de lo que resultaría un período de 4 días naturales (el que media entre el día 12 de agosto de 2011, fecha en la finalizaba el plazo para presentar las alegaciones, y el día 16 del mismo mes, por ser la fecha en la que se aportó la nueva documentación) exento del cómputo del plazo máximo para resolver.

De lo anterior se desprende que en la tramitación del procedimiento se han producido, al menos, dos paralizaciones del plazo máximo para resolver.

En primer lugar, durante los doce días naturales que mediaron entre la petición del informe relativo a la cifra de ingresos brutos declarados por TME a los efectos de la elaboración del informe anual del año 2010 y la respuesta de la Dirección de Estudios de esta Comisión.

En segundo lugar, durante la ampliación de cinco días hábiles concedidos a la recurrente para la presentación de sus alegaciones en el trámite de audiencia y tras la notificación de la propuesta de resolución.

² Artículo 91. Ampliación y aplazamiento de los plazos de tramitación.

“4. La ampliación se entenderá automáticamente concedida por la mitad del plazo inicialmente fijado con la presentación en plazo de la solicitud, salvo que se notifique de forma expresa la denegación antes de la finalización del plazo que se pretenda ampliar”.



La consecuencia de ambas paralizaciones es la ampliación del plazo previsto para la tramitación del procedimiento en un total de diecisiete días, lo que supone que no se produzca la caducidad pretendida al notificarse la resolución recurrida dentro del plazo ampliado.

Segundo.- Sobre la falta de prueba de las alegaciones presentadas por Telefónica.

En su recurso, la recurrente cuantifica una serie de ingresos que, a su juicio, deberían excluirse de la base imponible de la aportación. Sin embargo, esta misma alegación ya fue realizada en el marco del procedimiento al que puso fin la Resolución impugnada, tanto en la contestación al requerimiento de información como en las alegaciones a la propuesta de resolución, sin realizar ningún tipo de esfuerzo probatorio para acreditar la certeza de las cifras correspondientes. Tampoco en su recurso se acreditan las cantidades que supuestamente TME habría facturado en diversos conceptos a su juicio excluidos, pese a que la Resolución recurrida se refiere en su Fundamento Jurídico-Material Cuarto expresamente a *“la falta de acreditación de los conceptos no declarados”*.

Así, mientras el escrito de recurso se acompaña de un total de 14 documentos anexos, ninguno de ellos contiene documentación que acredite los importes supuestamente indebidamente computados citados en la tabla de la página 8 del escrito.

En efecto, con carácter general, el principio de presunción de legalidad de los actos administrativos enunciado en el artículo 57.1 de la LRJPAC, según el cual el acto dictado por el órgano competente tras la instrucción del correspondiente procedimiento se presume válido, sin perjuicio de las normas sobre carga de la prueba, obliga a sus destinatarios a desacreditar los hechos y fundamentos jurídicos en que se basa.

En lo que se refiere a los procedimientos de naturaleza tributaria, el artículo 105.1 de la LGT consagra el principio de carga de la prueba tributaria en los siguientes términos:

“1. En los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo.”

Por su parte, el artículo 132.2 de la LGT expresamente menciona que en el procedimiento de verificación de datos, *“cuando el obligado tributario manifieste su disconformidad con los datos que obren en poder de la Administración, se aplicará lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 108 de esta Ley”*. El citado artículo 108.4 de la LGT se refiere, precisamente, a diversos supuestos de presunciones en materia tributaria y entre otras, a la necesidad de probar el error en los datos contenidos en los documentos presentados por los obligados tributarios.

Lo anterior supone que es TME quien debería probar el volumen de ingresos que habría obtenido en actividades supuestamente no incluidas en el cálculo de la prestación, sin que sean suficientes las simples menciones en sus sucesivos escritos, máxime cuando, como es el caso, dichos datos contradicen los que obran en poder de esta Comisión y que han sido incluidos en el procedimiento administrativo al ser aportados, previo requerimiento, por la Dirección de Estudios, Estadísticas y Recursos Documentales.



En sus alegaciones a la propuesta de resolución (es decir, con carácter extemporáneo, al haber concluido la instrucción del procedimiento), así como en el recurso de reposición que ahora se resuelve, TME aportó un desglose de los importes correspondientes a los conceptos que, en su opinión, quedarían fuera de la base imponible de la Aportación (referidos a ingresos mayoristas, por entregas de bienes, ingresos no facturados y los que no corresponden a servicios distintos de los de comunicaciones electrónicas de telefonía o acceso a internet), pero no justifica las cantidades que excluye de dicho cálculo. Ello impediría, en su caso, la comprobación de los extremos contenidos en sus alegaciones, en las que se limita a identificar cantidades a detracer de los ingresos declarados.

Tercero.- Sobre la inclusión en la base imponible de la liquidación de ingresos no computables.

En primer lugar, debe señalarse que idénticas alegaciones a las contenidas en el recurso de TME fueron puestas de manifiesto por la recurrente durante la tramitación del procedimiento de verificación de datos, tanto en su respuesta al requerimiento realizado por esta Comisión como en sus alegaciones al trámite de audiencia. En la medida en que esas alegaciones fueron respondidas en la Resolución recurrida, y ante la falta de apreciación de razones para modificar el criterio resolutorio, debe desestimarse la pretensión revocatoria que se centra en la inclusión de ingresos excluidos en la regulación de la aportación en la base imponible.

Según TME, la Resolución recurrida es nula porque incluye ingresos en la base imponible diferentes de los obtenidos por servicios minoristas no audiovisuales, tal y como señala el artículo 4.2 del Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la LFCRTVE (en adelante, RD 1004/2010). En concreto, TME entiende que esta Comisión ha incluido en la base imponible ingresos por los siguientes conceptos que no deberían computarse:

- Ingresos mayoristas³,
- Ingresos por entregas de bienes,
- Ingresos no facturados e,
- Ingresos obtenidos por la prestación de servicios que no son de comunicaciones electrónicas o que, siendo comunicaciones electrónicas, son servicios diferentes de la telefonía móvil, la telefonía fija o el acceso a internet.

A este respecto, y como señala la Resolución recurrida, la LFCRTVE y el Real Decreto 1004/2010, sólo se excluyen del cálculo de la aportación los ingresos mayoristas y los obtenidos por servicios audiovisuales, por estar estos últimos también gravados con el mismo fin. Así se desprende claramente del tenor literal del artículo 4.2 del citado Real Decreto 1004/2010 cuando señala que “*Se consideran ingresos brutos de explotación los percibidos por las empresas por todos sus servicios minoristas no audiovisuales*”.

Por el contrario, el artículo 5 de la LFCRTVE se refiere a los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente, sin que de la delimitación de los obligados al pago se desprenda que los ingresos considerados para calcular la aportación deban limitarse a los obtenidos por la prestación del servicio telefónico (fijo o móvil) o del servicio de acceso a internet.

³ En concreto, los correspondientes al servicio TRAC digital prestado por TME a Telefónica de España, S.A.U.



En definitiva, tal y como señala la Resolución recurrida en su Fundamento Jurídico-material segundo, *“allí donde el legislador ha querido hacer una exclusión específica de un concepto integrable en la base de cálculo, lo ha consignado así expresamente”*, por lo que no cabe deducir que el propósito del legislador fuera el de excluir de la aportación cualquier otro concepto distinto de los excluidos expresamente ya mencionados.

De esta manera, se da contestación a las cuestiones planteadas por la recurrente en lo relativo a la inclusión en la base imponible de la liquidación de ingresos no computables, dado que los conceptos que plantea como no computables no coinciden con los contemplados expresamente por la LFCRTVE como excluidos, remitiéndonos en cuanto al detalle de este aspecto a lo ya abordado ampliamente por la Resolución impugnada (Fundamentos Jurídico-Materiales Primero, Segundo y Tercero).

Cuarto.- Sobre la supuesta inconstitucionalidad de la aportación.

El siguiente motivo impugnatorio no se refiere a la falta de adecuación a Derecho del acto impugnado, sino la de la propia normativa que establece y regula la aportación para la financiación de la CRTVE. En concreto, TME alega la supuesta inconstitucionalidad de la aportación para la financiación de la CRTVE, por cuanto que vulneraría los principios de capacidad económica, igualdad, reserva de ley y no confiscatoriedad.

A este respecto, y como ha indicado esta Comisión en repetidas ocasiones al resolver recursos contra actos de gestión de la aportación⁴, no le corresponde a la Administración valorar la constitucionalidad de las leyes ni la legalidad de los reglamentos, función reservada a la jurisdicción constitucional, en el primer caso, y a la ordinaria en el segundo. El sometimiento de las Administraciones Públicas a la Ley y al Derecho, al que se refieren los artículos 103 de la Constitución Española y 3 de la LRJPAC, implica que éstas no puedan dejar de aplicar una ley en vigor, por muy razonables que puedan ser las dudas en cuanto a su constitucionalidad o su acomodo al ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Los organismos reguladores a los que se refiere el artículo 8.1 de la Ley 2/2011, de 2 de marzo, de Economía Sostenible, entre los cuales se halla esta Comisión, no son ninguna excepción, puesto que, de acuerdo con el apartado 4 del citado artículo, están sujetos a la LRJPAC y al resto del ordenamiento jurídico. Por otra parte, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones actúa como Administración tributaria en la gestión de la aportación, de conformidad con el artículo 5.6 de la LFCRTVE en relación con el artículo 5.2 de la LGT.

Quinto.- Sobre la supuesta infracción de la Directiva de Acceso.

En parecidos términos debe rechazarse la supuesta infracción del artículo 12 la Directiva 2002/20/CE (Directiva de Autorización).

En efecto, aun admitiendo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en su Sentencia de fecha 22 de junio de 1989 (asunto *Fratelli Costanzo*) y en interpretación del principio de primacía del Derecho de la Unión, ha reconocido que las administraciones públicas pueden inaplicar las normas internas contrarias a una directiva, ello solo sería posible en el caso de que se den los requisitos del efecto directo.

⁴ Por ejemplo, Resolución de fecha 8 de septiembre de 2011 relativa al recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A. contra la Resolución de fecha 28 de julio de 2011, por la que se resuelve sus solicitudes de rectificación y devolución de las autoliquidaciones relativas a las aportaciones establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, correspondientes al ejercicio 2010 y a los pagos a cuenta del mes de abril de 2011 (AJ 2011/1901), Fundamento Primero.



Entre los requisitos del llamado “efecto directo vertical” de las directivas se encuentra la ausencia, insuficiencia o diferencia en la adaptación al derecho interno y que su mandato ha de resultar jurídicamente perfecto o completo, sin dejar márgenes de apreciación discrecional a las autoridades públicas que deban aplicarlas⁵. En el caso que nos ocupa, TME pretende que sea esta Administración quien valore y, en su caso, aprecie que la LFCRTVE infringe una directiva ya traspuesta (la Directiva de Autorización). Al contrario, a juicio de esta Comisión, el efecto directo se produce si las disposiciones de las directivas son incondicionales y suficientemente precisas o en aquellos aspectos de las directivas que adolezcan de falta de claridad y concisión. Ello no sucedería en el caso que nos ocupa, donde para la resolución del supuesto conflicto normativo sería necesario acudir a una compleja interpretación de normas para concluir la infracción pretendida.

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

Ahora bien, mientras que el TJUE no se pronuncie sobre la compatibilidad de la aportación con el TFUE (a fecha de hoy, el asunto está pendiente de fallo), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el Derecho comunitario no es canon de validez de las leyes⁶. Eso implica que en caso de conflicto entre ley (estatal o autonómica) y Derecho comunitario sólo procede la inaplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales.

Finalmente, debe indicarse que la aplicación de la doctrina apuntada suscita no pocos problemas, entre ellos desde una perspectiva constitucional, ya que, si las administraciones públicas no pueden inaplicar leyes basándose en su supuesta inconstitucionalidad, parecería incongruente que pudieran hacerlo con leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea. En este sentido se pronuncia, por ejemplo, el Consejo de Estado en su informe de fecha 14 de febrero de 2008, *sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*⁷.

Sexto.- Sobre si el nuevo régimen de financiación de la CRTVE constituye una ayuda de estado incompatible con el mercado interior.

En cuanto a si la Aportación constituye una ayuda de estado contraria a los tratados constitutivos de la Unión Europea, basten las anteriores consideraciones relativas al incumplimiento de la Directiva de Autorizaciones en lo que respecta al deber de las administraciones públicas de cumplir las leyes vigentes.

En todo caso, la Comisión Europea ya se habría pronunciado sobre la compatibilidad del régimen de ayudas en su Decisión de fecha 20 de julio de 2010 (asunto C 38/09), a la que

⁵ Sentencia del TJUE, de fecha 5 de febrero de 1963, asunto 26/62 (*Van Gend en Loos*).

⁶ STC 41/2002, de 25 de febrero

⁷ <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>



hace referencia el propio recurso y en la que declara que las medidas impositivas, entre las que se incluye la aportación de los operadores de telecomunicaciones, no integran el régimen de la ayuda. En efecto, para la Comisión Europea, es condición necesaria que la recaudación se destine necesariamente a financiar la ayuda para que las nuevas cargas pecuniarias formen parte del régimen de ésta. Eso no ocurre en el caso que nos ocupa, pues la cuantía de la ayuda que recibe la CRTVE se establece teniendo en cuenta sólo los costes netos estimados de la prestación del servicio público encomendado. La financiación de la CRTVE no tiene relación directa con la recaudación de las aportaciones prevista en la LFCRTVE y depende sólo de los costes netos de la obligación de servicio público, de manera que son los presupuestos generales del estado lo que completarán la insuficiente recaudación o los que absorberán, en su caso, cualquier ingreso que sobrepase el coste neto⁸.

La Comisión Europea también cree que el régimen de financiación de la CRTVE contiene suficientes mecanismos y controles que evitan que los pagos sobrepasen los costes del servicio público (como la devolución al Tesoro de los ingresos que superen dichos costes o controles *ex post*, como auditorías y revisiones públicas). Finalmente, estima que los costes presupuestados son prudentes y razonables a la vista de ejercicios anteriores y el aumento de costes que supondrá rellenar el tiempo de emisión antes destinado a la publicidad, lo que excluye la concurrencia de sobrecompensaciones.

Los anteriores argumentos hacen innecesario analizar los expuestos en el recurso de reposición de Telefónica, en el que se sostiene que los parámetros para el cálculo de la compensación no se han fijado de forma objetiva ni transparente; que el nivel de compensación no se ha fijado tomando como referencia los costes de una empresa bien gestionada; que la elección de la empresa encargada de cumplir las obligaciones de servicio público se han realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública y que la compensación superaría el nivel necesario para cubrir los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público.

Por lo tanto, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones considera que la cuestión sobre si el sistema de financiación de la CRTVE es una ayuda de estado compatible con el Derecho de la Unión Europea ya ha sido tratada por la propia Comisión Europea. Si bien es cierto que la decisión no es firme, pues está pendiente de resolución por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el recurso de DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A. (asunto T-533/10), la opinión de la Comisión Europea confirma que la incompatibilidad con el TFUE del régimen de financiación de la CRTVE denunciada por TME es cuestionable, lo que impide, aun con mayor motivo, la inaplicación de la LFCRTVE por parte de esta Comisión como Administración tributaria encargada de la gestión de la aportación.

⁸ Párrafo 64 de la Decisión: *Estas condiciones no se cumplen en el caso que nos ocupa. Como ha confirmado España, la cuantía de la ayuda para RTVE se establece teniendo en cuenta únicamente las necesidades de financiación de RTVE y los costes netos estimados de la prestación del servicio público de radiodifusión. La financiación percibida por RTVE es, en la práctica y con arreglo a Derecho, independiente de la recaudación generada por los impuestos, pues depende únicamente de los costes netos de la obligación del servicio público. Por un lado, la recaudación obtenida con los impuestos que se destinará a la financiación de RTVE no puede rebasar los costes netos de la obligación del servicio público (cualquier ingreso que rebase esos costes se ingresará de nuevo en los Presupuestos Generales del Estado). Por otro lado, cuando los costes netos de la obligación del servicio público sean superiores a la recaudación generada por los impuestos, la diferencia se completará con contribuciones de los Presupuestos Generales del Estado. La obtención de una mayor o menor recaudación con los impuestos no entrañará cambios en los importes previstos. Si la recaudación procedente de las nuevas fuentes impositivas fuera insuficiente para cubrir el déficit de financiación generado por la supresión de la publicidad, los recursos necesarios se obtendrían de los Presupuestos Generales del Estado, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 17/2006. Cualquier recaudación excedentaria será asignada a los Presupuestos Generales del Estado. Por tanto, la financiación global planificada de la misión de servicio público de RTVE no dependerá de la cuantía de la recaudación impositiva específica, sino que procederá en cualquier caso de los Presupuestos Generales del Estado.*



Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE:

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por Telefónica Móviles España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 27 de octubre de 2011, por la que se acuerda la emisión de una liquidación complementaria de la aportación a ingresar por la recurrente en el ejercicio 2010, establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009, dándose por terminado el procedimiento de verificación de datos incoado a dicha entidad.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que, en virtud de lo establecido en el artículo 225.5 de la Ley 58/2003, General Tributaria, contra la presente Resolución no puede interponerse de nuevo recurso de reposición. No obstante, contra la misma podrá presentarse una reclamación económico-administrativa en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta Resolución. El órgano competente para su resolución será el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), según lo previsto en el artículo 229.1 de la Ley General Tributaria. La reclamación económico-administrativa tendrá carácter previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y estará dirigida al citado TEAC, si bien el escrito se presentará ante esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que lo remitirá al TEAC en el plazo de un mes junto con el expediente correspondiente, tal y como se prevé en el artículo 235.3 de la Ley 58/2003, General Tributaria.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.