

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ACUERDA LA EMISIÓN DE DOS LIQUIDACIONES PROVISIONALES COMPLEMENTARIAS DE LA APORTACIÓN A INGRESAR POR LA ENTIDAD ORANGE ESPAGNE S.A.U. EN EL EJERCICIO 2010, ESTABLECIDAS EN LOS ARTÍCULOS 5 Y 6 DE LA LEY 8/2009, DE 28 DE AGOSTO, DE FINANCIACIÓN DE LA CORPORACIÓN RTVE.

(CRTVE/DTSA/1279/14/RELIQUIDACIÓN ORANGE)

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

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. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 16 de diciembre de 2014

Visto el expediente relativo a la emisión de la liquidación provisional complementaria de la aportación a ingresar por la entidad ORANGE ESPAGNE S.A.U. en el ejercicio 2010, establecida en los artículos 5 y 6 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Presentación de autoliquidaciones.

Con fecha 22 de febrero de 2011, la entidad Orange Espagne S.A.U. (en adelante, ORANGE) presentó en el Registro telemático de esta Comisión, como sujeto obligado al pago de las aportaciones previstas en el artículo 5 y 6 de la Ley 8/2009 de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (en adelante, Ley de Financiación CRTVE o Ley 8/2009), copia de los documentos de autoliquidación formuladas por Orange.

SEGUNDO.- Resolución de la CMT de 27 de octubre de 2011.

Con fecha 27 de octubre de 2011, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones¹ (CMT) dictó una Resolución, en el marco del procedimiento AD 2011/847, por la que se acordó la emisión de una liquidación provisional complementaria de la aportación a ingresar por la entidad ORANGE en el ejercicio 2010, establecida en el artículo 5 de Ley financiación, dándose por terminado el procedimiento de comprobación limitada incoado a dicha entidad. Respecto al artículo 6 de la Ley de financiación, no se realizó revisión alguna de la cantidad declarada.

El citado procedimiento tuvo por objeto la realización de una comprobación limitada de la autoliquidación presentada por ORANGE, correspondiente a la aportación para la financiación de la CRTVE a realizar por dicha entidad en el ejercicio 2010, al haberse detectado discrepancias entre los datos que obraban en poder de la CMT y los declarados por ORANGE en su autoliquidación; todo ello al amparo del artículo 136 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT) y en el artículo 163 y siguientes del Reglamento de Gestión e Inspección Tributaria, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (RGGI, en lo sucesivo).

El importe total de la referida liquidación complementaria, cuyo ingreso fue suspendido al haber garantizado ORANGE su importe mediante aval bancario, ascendió a 2.422.025,24 Euros.

TERCERO.- Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de fecha 21 de enero de 2014.

La citada Resolución de la CMT fue reclamada por ORANGE en vía económico-administrativa.

Mediante resolución de fecha 21 de enero de 2014, el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC en lo sucesivo), estimó la Reclamación Económico-Administrativa promovida por ORANGE y anuló la liquidación de referencia, por entender que la CMT había tenido en cuenta para el cálculo de la aportación la totalidad de los ingresos obtenidos por la reclamante, con independencia de la naturaleza de la actividad de la que derivaban.

CUARTO.- Inicio de un nuevo procedimiento de comprobación limitada y requerimiento de información.

En cumplimiento de la Resolución del TEAC de fecha 21 de enero de 2014 antes citada la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), mediante un escrito notificado a ORANGE en fecha 11 de agosto de 2014, dio inicio a un nuevo procedimiento de comprobación limitada y requirió a la interesada cierta información

¹ Organismo sectorial sustituido e integrado en la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

sobre sus ingresos de explotación a los efectos de delimitar qué ingresos de ORANGE están directamente relacionados con sus servicios de comunicaciones electrónicas prestados a los usuarios finales (empresas y particulares) y cuales corresponden a sus ingresos mayoristas y minoristas audiovisuales y, valorar si procede dictar nuevas liquidaciones complementarias sobre la base de los fundamentos y criterios recogidos en la propia resolución del TEAC.

QUINTO.- Contestación al requerimiento efectuado.

Previa ampliación del plazo concedido por esta CNMC para dar respuesta al requerimiento de información, en fecha 22 de septiembre de 2014 tuvo entrada en el Registro de la CNMC un escrito de Dña. María del Olmo Herero, en nombre y representación de ORANGE, por el que da contestación al requerimiento de información antes señalado aportando una serie de datos sobre los ingresos de explotación integrados en sus autoliquidaciones y los ingresos excluidos de la misma; no obstante a los efectos de conocer con mayor detalle algunas de las partidas de ingresos informadas se realizó a ORANGE dos nuevos requerimientos de información a los efectos de ampliar la información suministrada.

SEXTO.- Remisión de un segundo y tercer requerimiento de Información.

Como se ha señalado en el antecedente anterior, en fechas 9 de octubre de 2014 y 27 de octubre se requirió a ORANGE para que presentara un mayor detalle de algunas de las partidas de ingresos informados y, en suma, realizara una ampliación de la información suministrada en el primer requerimiento.

En fechas 21 de octubre y 3 de noviembre de 2014 han tenido entrada en el Registro de la CNMC dos escritos en nombre nombre y representación de ORANGE por el que da contestación a los requerimientos de información antes señalados.

SEPTIMO.- Notificación de la propuesta de resolución.

Con fecha 13 de noviembre de 2014, se notificó a la interesada la propuesta de resolución del expediente para que, en un plazo de 10 días, contados a partir del día siguiente al de la notificación de la mencionada propuesta, presentara las alegaciones y los documentos y justificantes que estimara necesarios, todo ello, de conformidad con lo establecido por los artículos 138.3 de la LGT y 164.4 del RGGI.

La propuesta de resolución incluía una liquidación provisional complementaria de la aportación a ingresar por ORANGE en el ejercicio 2010 por un importe² de 656.644,84 Euros, correspondiente a la aportación complementaria a realizar por ORANGE en su condición de operadora de telecomunicaciones de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma y, otra liquidación³ de

² Por ingresos de Roaming facturados a clientes.

³ Por ingresos de Televisión en movilidad.

60.165,00 Euros, correspondiente a la aportación complementaria a realizar por esa misma entidad como prestadora del servicio de televisión de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma en acceso condicional de pago.

OCTAVO.- Alegaciones al trámite de audiencia.

Con fecha 9 de diciembre de 2014 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito en nombre y representación de ORANGE,.

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

1. La facturación a clientes por consumo telefónico bajo el concepto de "Customer Roaming", de la propuesta de resolución debe tener un importe de 74.859.000 euros, según se expone en los requerimientos y no la cantidad que se indica en la propuesta de resolución y que asciende a 76.971.538 euros.
2. La "Ilegalidad de las Aportaciones" remitiéndose a las manifestaciones realizadas en su momento cuando ORANGE solicitó la devolución íntegra de las Aportaciones ingresadas por el artículo 5 del ejercicio 2013 y primer trimestre del ejercicio 2014.
3. En relación al Customer Roaming, ORANGE sostiene que se trata de un servicio prestado fuera del territorio nacional, de manera que en aplicación del artículo 4 del Real Decreto 1004/2010 de desarrollo de la LFCRTVE estos servicios no deben ser gravados.
4. Los ingresos asociados a la distribución de servicios audiovisuales de terceros solo deberán imputarse los "*ingresos por servicios de comunicación audiovisual obtenidos por ORANGE en el ejercicio 2010 asociados al servicio de Video Club.*" Así mismo, la interesada añade lo siguiente:

"1.- Los ingresos obtenidos por ORANGE en relación con el producto "ORANGE TV" no son ingresos por servicios de comunicación audiovisual, sino ingresos por la distribución de servicios audiovisuales prestados por terceros.

2.- Los ingresos obtenidos por ORANGE en relación con el producto "ORANGE TV" no son ingresos por servicios de comunicación electrónica, sino ingresos por la distribución de servicios audiovisuales prestados por terceros."

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Objeto del procedimiento.

El presente procedimiento tiene por objeto la realización de una nueva comprobación limitada de los ingresos declarados en las autoliquidaciones presentadas por ORANGE, correspondientes a las aportaciones a realizar por dicha operadora en el ejercicio 2010, y si procediese, reliquidar las aportaciones anuladas teniendo en cuenta los pronunciamientos y fundamentos contenidos en las Resoluciones del TEAC, por las que se han fijado una serie de criterios para la determinación de la base imponible de las aportaciones reguladas en la Ley 8/2009.

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

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

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

Tanto el artículo 5.6 como el artículo 6.7 de la Ley 8/2009 de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, atribuían a la CMT la gestión, liquidación, inspección y recaudación de las aportaciones a las que se refieren los artículos 5 y 6 de la citada Ley de Financiación CRTVE. Asimismo, se establece que las mismas se regirán por lo dispuesto en la referida Ley y, en lo no previsto en ella, por la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, por la Ley General Tributaria y por las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de las mismas.

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

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

2013), las citadas competencias que venía ejerciendo la CMT quedaron atribuidas a la CNMC.,

Posteriormente, con la entrada en vigor de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones, se ha transferido la competencia para la gestión tributaria de las aportaciones, al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, tal y como lo establece el artículo 69.1):

“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 decimoquinta⁴”.*

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

⁴ 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.

pleno, tal como dispone el apartado segundo del artículo 20. En desarrollo de la Ley 3/2013, el artículo 14.1.b) del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 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 CNMC⁵), la competencia de gestión, liquidación, recaudación e inspección de las aportaciones a la financiación de la CRTVE, pero sin especificar el órgano concreto que es competente dentro de la misma.

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

TERCERO.- Sobre el procedimiento de comprobación limitada.

Con carácter previo, cabe señalar que, de conformidad con lo establecido en el artículo 5.2 de la Ley de Financiación CRTVE, la aportación establecida en dicho artículo se 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:

⁵ 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.

- 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.

La Ley de Financiación de la CRTV, tal como señala su artículo 1, tiene por objeto regular el sistema de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española y de sus filiales prestadoras del servicio público de radio y televisión de titularidad del Estado. Parte de los recursos que, según el artículo 2 de la citada Ley, deben destinarse a la financiación de la Corporación, proviene de la aportación que deben realizar los operadores de telecomunicaciones y las sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma.

En ese sentido, la referida Ley de Financiación CRTVE concretaba, en sus artículos 5 y 6, los requisitos y condiciones, así como los elementos tributarios configuradores de la aportación anual que deben realizar los operadores de comunicaciones electrónicas y las televisiones privadas, ambos de ámbito estatal o superior al de una Comunidad Autónoma, encargando la gestión, liquidación, inspección y recaudación de la citada aportación a la CMT (ahora integrada a la CNMC).

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

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

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

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

En esa misma fecha, el mismo TEAC dictó sendas resoluciones relativas a **operadores de televisión**, en las que introduce mayor precisión sobre la base de cálculo de la **aportación de las prestadoras del servicio de televisión indicando que “ha de limitarse a aquéllos ingresos que correspondan directamente a actividades que deban ser consideradas como “prestación de servicio de comunicación audiovisual televisiva”, en los términos expuestos (...)”**

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

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

Según lo dispuesto por el apartado 1 del artículo 5 de la Ley 8/2009, los operadores de telecomunicaciones de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma deberán efectuar a la Corporación RTVE *“una aportación anual, calculada sobre los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente, excluidos los obtenidos en el mercado de referencia al por mayor”*. Según el citado artículo, la finalidad de esta aportación no es otra que la de contribuir a la financiación de la Corporación RTVE como consecuencia de la renuncia a la oferta de contenidos de pago o acceso condicional y de la supresión del régimen de publicidad retribuida como fuente de financiación de dicha Corporación y, especialmente, por *“el impacto económico favorable que de ello se derivará para dichas sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión”*.

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

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

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

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

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

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

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

Es decir que, para dicho organismo, de las definiciones contenidas tanto en la Ley 8/2009 como en su Reglamento de desarrollo, se desprende que la base liquidable de la aportación a realizar por los operadores de telecomunicaciones que presten servicios audiovisuales o que incluyan publicidad, sobre la que deberá aplicarse el porcentaje del 0,9% de tipo de gravamen, se obtendrá descontando de los *“ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente”* a los que se refiere el artículo 5.4 de la Ley de Financiación CRTVE, **(i)** aquellos ingresos obtenidos por los operadores en el mercado de referencia al por mayor y, por otro lado, **(ii)** los ingresos derivados por la prestación de sus servicios audiovisuales, en tanto *“Se consideran ingresos brutos de explotación los percibidos por las empresas por todos sus servicios minoristas no audiovisuales”⁶*.

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”*.

⁶ 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.

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

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

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

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

En relación a los operadores de televisión, según lo dispuesto por el artículo 6.1 de la Ley 8/2009, las **sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión** *“deberán efectuar una aportación anual, calculada sobre los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente”* por parte de dichas sociedades. Según el citado artículo, la finalidad de la esta aportación no es otra que la de contribuir a la financiación de la Corporación RTVE como consecuencia de la renuncia a la oferta de contenidos de pago o acceso condicional y de la supresión del régimen de publicidad retribuida como fuente de financiación de dicha Corporación y, especialmente, por *“el impacto económico favorable que de ello se derivará para dichas sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión”*.

A este respecto, la Ley 8/2009 concreta que resultarán obligados al pago de la aportación los operadores de televisión que sean concesionarios o prestadores del servicio de televisión tanto en forma de acceso abierto como de acceso condicional de alguna de las modalidades siguientes, siempre que el servicio tenga un ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las anteriores condiciones están sujetas a que la prestación de los servicios contemplados en el párrafo anterior se realicen en territorio español, directamente o a través de una empresa del mismo grupo en los términos establecidos por el artículo 42 del Código de Comercio”.

En este sentido, y en lo que respecta a la determinación de la base de cálculo de la aportación de las prestadoras del servicio de televisión, o, más concretamente, sobre cómo debe interpretarse la expresión "ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente"; el TEAC, considerando el espíritu bajo el que se estableció la aportación como parte del nuevo sistema de financiación de la Corporación RTVE y la concreción reglamentaria contenida en el RD 1004/2010 en lo que se refiere a los ingresos brutos de explotación gravables⁷, sostiene lo siguiente:

⁷ A este respecto, el TEAC entiende que el RD 1004/2010 por el que se aprueba el Reglamento en desarrollo de la Ley de Financiación CRTVE no hace sino concretar el concepto a que genéricamente se refiere el artículo 6 de aquélla como "ingresos brutos de explotación", cumpliendo con la labor que les propia a una normativa de

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

(...) **SEXTO.-** Teniendo en cuenta lo expuesto, y habiendo constatado que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, para acordar la práctica de la liquidación aquí impugnada, consideró la totalidad de los ingresos obtenidos por fa entidad reclamante, independientemente de la naturaleza de la actividad de la que éstos derivaran (en virtud de la Interpretación omnicompreensiva que emplea del artículo 6 LFCRTVE), ha de acordarse la estimación de la presente reclamación, pues, en virtud de lo recogido en la presente resolución, **la base de cálculo de la aportación ha de limitarse a aquéllos ingresos que correspondan directamente a actividades que deban ser consideradas como "prestación de servicio de comunicación audiovisual" televisiva**, en los términos expuestos, sin que ello suponga pronunciamiento expreso sobre la inclusión en la base imponible de los conceptos que especialmente cuestiona la reclamante”.

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

desarrollo, al establecer que "Se consideran ingresos brutos de explotación los percibidos por los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en razón de su actividad como prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva de acuerdo a lo establecido en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual". Según este organismo revisor, "No se trata, como expone la Comisión, de admitir una interpretación del Reglamento en sentido restrictivo de la Ley".

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

TERCERO.- Sobre los ingresos informados por ORANGE en sus contestaciones a los requerimientos practicados por la CNMC y las alegaciones a la propuesta de Resolución.

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

En su escrito de 22 de septiembre de 2014, por el cual ORANGE da contestación al requerimiento de información practicado, dicha operadora señala las partidas que **no** tuvo en cuenta para la formulación de la base imponible de la aportación del artículo 5 de la Ley 8/2009 ascendieron a la cantidad de 995.450.000,00 Euros. Las categorías en que se desglosa esta partida son:

- **Ingresos Mayoristas:** por importe conjunto de 763.050.000,00 Euros, que se corresponden a ingresos de Interconexión, alquiler de circuitos, servicios ADSL y otros servicios mayoristas.
- **Ingresos Audiovisuales:** por importe de 5.012.000,00 Euros bajo el concepto de Cuotas Tv de Pago por incluirlos en el del artículo 6 de la Ley 8/2009.
- **Ingresos de Banda Ancha:** por el concepto de servicios de información provenientes del “portal” y servicios de “R&D”, por importe de 16.075.000,00 Euros.
- **Ingresos de Comunicaciones móviles minoristas:** la facturación a clientes por consumo telefónico bajo el concepto de “Customer Roaming” por importe de 74.859.000,00 Euros.
- **Ventas de terminales:** por importe de 82.569.000,00 Euros.
- **Otros servicios:** por el importe ajustado de menos 8.580.000,00 Euros (-8.580.000,00 Euros) en razón de “*descuentos del programa de puntos de venta de terminales*” y “*diferencias entre previsiones de cierre de cuentas*”
- **Otros ingresos de explotación:** por importe 62.465.000,00 Euros, donde aparecen ingresos de diversa naturaleza como: *comarketing, cooperación, eventos, refacturación, aportaciones a fabricantes, cláusulas de recobro, arrendamiento, etc.*

Por otra parte, el operador indica que la cantidad que **sí** tuvo en cuenta al liquidar la aportación por el artículo 5 de la ley 8/2009 ascendió a 2.851.787.000,00 Euros. Las partidas que se identifican corresponden a comunicaciones audiovisuales minoristas (Fija, móvil y banda ancha) y también se incluyen otros ingresos por servicios audiovisuales (4.011.000,00 Euros). Así mismo, por el artículo 6 se tuvo en cuenta la cantidad por Cuotas Tv de Pago por importe de 5.012.000,00 Euros.

Así las cosas, en respuesta al primer requerimiento, ORANGE identifica los ingresos de la cifra de negocios y otros ingresos de explotación de las cuentas anuales (3.847.237.000,00 Euros) en partidas incluidas en la aportación (2.851.787.000,00 Euros por el artículo 5 y 5.012.000,00 Euros por el artículo 6) y cantidades excluidas de la aportación (990.438.000,00 Euros). A continuación se muestra de forma resumida lo anterior:

Partida	Cantidad
Ingresos incluidos en el Art. 5	2.851.787.000,00 €
Ingresos incluidos en el Art. 6	5.012.000,00 €
Exclusión de la Base de la Aportación	990.438.000,00 €
Total Ingresos cuentas anuales	3.847.237.000,00 €

3.2 Detalle de las partidas informadas por ORANGE en el segundo y tercer requerimiento:

En sus escritos 21 de octubre y 3 de noviembre de 2014, por el cual ORANGE da contestación a los requerimientos de información practicados por esta CNMC y se detallan los conceptos requeridos bajo los epígrafes de “**Ventas**” y “**Otros Ingresos**” de la partida audiovisual.

- En lo referente a “**Ventas**” el operador expresa que se trata de ingresos de Venta de terminales en el que se incluyen: “*diferentes conceptos asociados a esa venta como son la propia venta de terminales, comisiones generadas por la venta, rappels y devoluciones*”.
- Los “**Otros Ingresos**” de la partida audiovisual por importe de 4.011.000,00 Euros provienen de **TV on Mobile** (2.749.000,00 Euros), **Video on Demand** (1.248.000,00 Euros) y 14.000,00 Euros que ORANGE expone que “*no ha sabido cuadrar*”.

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

La interesada solicita que se anule la propuesta de liquidación provisional efectuada y proceda a la íntegra devolución de las Aportaciones ingresadas, tanto en

aplicación del Artículo 5 como del Artículo 6 de la LFCRTVE sobre la base de las siguientes alegaciones:

- La facturación a clientes por consumo telefónico bajo el concepto de "Customer Roaming", de la propuesta de resolución debe tener un importe de 74.859.000 Euros, según se expone en los requerimientos y no la cantidad que se indica erróneamente en la propuesta de resolución y que asciende a 76.971.538 Euros.
- La "Ilegalidad de las Aportaciones" remitiéndose a las manifestaciones⁸ realizadas en su momento cuando ORANGE solicitó la devolución íntegra de las aportaciones ingresadas por el artículo 5 del ejercicio 2013 y primer trimestre del ejercicio 2014
- En relación al Customer Roaming, ORANGE sostiene que se trata de un servicio prestado fuera del territorio nacional, de manera que en aplicación del artículo 4 del Real Decreto 1004/2010 de desarrollo de la LFCRTVE estos servicios no deben ser gravados. Así, Orange expresa lo siguiente:

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

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

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

- Sobre los ingresos asociados a la distribución de servicios audiovisuales de terceros solo deben imputarse los "ingresos por servicios de comunicación

⁸ Relativas a la capacidad económica, al principio de igualdad, el principio de legalidad y el hecho que las aportaciones vulnerarían varios preceptos del Derecho Comunitario.

audiovisual obtenidos por ORANGE en el ejercicio 2010 son los asociados al servicio de Video Club.” Así mismo, la interesada añade lo siguiente:

“1.- Los ingresos obtenidos por ORANGE en relación con el producto "ORANGE TV" no son ingresos por servicios de comunicación audiovisual, sino ingresos por la distribución de servicios audiovisuales prestados por terceros.

En este sentido, ORANGE sostiene que colabora con determinados partners a través de acuerdos de distribución que le permiten revender, a través de su plataforma, programas y contenidos elaborados por prestadores de servicios audiovisuales. Y lo hace a través de diferentes ofertas o "productos" en el que ORANGE únicamente retransmite canales empaquetados, sin posibilidad de definir su organización ni su contenido, entrando en conflicto con la necesidad de imputar ingresos en el que se tenga el control efectivo de la transmisión, esto es la dirección editorial y en definitiva, ORANGE no es responsable editorial de la distribución que realiza de los canales cuya responsabilidad editorial corresponde a terceros.

2,- Los ingresos obtenidos por ORANGE en relación con el producto "ORANGE TV" no son ingresos por servicios de comunicación electrónica, sino ingresos por la distribución de servicios audiovisuales prestados por terceros.”

A tal efecto, la interesada expone que:

“(…) La Ley General de Telecomunicaciones, en su artículo 1, establece que el ámbito de aplicación de la misma incluye los servicios de telecomunicaciones "que comprenden la explotación de las redes y prestación de servicios de comunicación electrónica", y específica, en el apartado segundo de dicho artículo, que quedan excluidos del ámbito de la Ley General de Telecomunicaciones los "contenidos audiovisuales transmitidos a través de las redes".

Por este motivo, entendemos que los servicios de distribución de contenidos audiovisuales a través de la red de ORANGE no tienen la calificación de servicios de comunicaciones electrónicas, motivo por el que deberían quedar excluidos de la Aportación del Artículo 5.”

CUARTO.- Configuración de la base imponible a declarar por ORANGE para el cálculo de su aportación a realizar en el ejercicio 2010 como operadora de comunicaciones electrónicas (artículo 5 de la Ley 8/2009).

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

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

- **Ingresos de Comunicaciones móviles minoristas:** la facturación a clientes por consumo telefónico bajo el concepto de “Customer Roaming” por importe de 74.859.000,00 Euros.

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

A este respecto, ORANGE, alega inicialmente un error en la cuantía sobre la que se calcula la liquidación. En efecto, esta Comisión ha podido verificar que los ingresos que se deben imputar ascienden a 74.859.000 Euros, según se expone en los requerimientos y no la cantidad que se indica en la tabla de la página 16 de la Propuesta de Resolución donde aparece la cuantía de 76.971.538 Euros.

En segundo lugar, la interesada cuestiona la imputación de esta naturaleza de ingresos alegando que se tratan de servicios prestados fuera del territorio nacional.

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

correspondiente, excluidos los obtenidos en el mercado de referencia al por mayor". Como bien sabe la interesada, los citados **ingresos de explotación por Roaming son facturados por Orange en territorio nacional a sus clientes minoristas** en la línea del espíritu y tenor literal de lo indicado en la Ley de Financiación.

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

Las partidas correctamente excluidos por ORANGE son:

- **Ingresos Mayoristas**, por importe conjunto de 763.050.000,00 Euros, por estar expresamente excluido por la Ley 8/2009.
- **Ingresos Audiovisuales**, por importe de 5.012.000,00 Euros bajo el concepto de Cuotas Tv de Pago por estar incluidas en la base imponible del artículo 6 de la Ley 8/2009.
- Al no identificar ningún ingreso como los *“relacionados con los servicios de comunicaciones electrónicas prestados a los usuarios finales (empresas y particulares)”* en los términos expresados por el TEAC las siguientes partidas:
 - Ingresos de Banda Ancha**, por el concepto de servicios de información (provenientes del “portal” y servicios de “R&D”) por importe de 16.075.000,00 Euros.
 - Otros ingresos de explotación** descritos en el fundamento tercero, por importe 62.465.000,00 Euros.
 - Otros servicios**, por importe de menos 8.580.000,00 Euros (por *“descuentos del programa de puntos de venta de terminales”* y *“diferencias entre previsiones de cierre de cuentas”*).
- **Ventas de terminales**: por importe de 82.569.000,00 Euros. A la luz de lo establecido por el TEAC, que excluye de la base imponible aquellos ingresos que no cumplan la naturaleza que se especifica en la norma reglamentaria debiendo quedar expresamente excluidos los ingresos financieros, los de venta o alquiler de terminales, los resultados atípicos o extraordinarios, los facturados por servicios prestados a otras empresas del sector, y, en general, aquéllos que no estén relacionados con los servicios de comunicaciones electrónicas prestados a los usuarios finales a (empresas y particulares)”.

4.3. Partidas incluidas que no deberían formar parte de la base imponible:

- Los **“Otros Ingresos”** de la partida audiovisual por importe de 4.011.000,00 Euros que provienen de **TV on Mobile** (2.749.000,00 Euros), **Video on**

Demand (1.248.000,00 Euros) y 14.000,00 Euros que ORANGE expone que “no ha sabido cuadrar”.

Esta partida debe ser incorporada como base imponible del artículo 6 de la Ley de Financiación y no en el artículo 5 como ha realizado ORANGE, tal y como se verá más adelante.

En resumen, las partidas gravables no tenidas en cuenta por ORANGE 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:

Tipo de Ingreso Art. 5 (prestadora del servicio comunicaciones electrónicas)	Cantidad (euros)
Ingresos de Comunicaciones móviles minoristas: “Customer Roaming”	74.859.000,00
“Otros Ingresos” de la partida audiovisual (Autoliquidadas en el art 5 y son del art. 6)	-4.011.000,00
Total	70.848.000,00

En conclusión, teniendo en cuenta la naturaleza y los importes de las anteriores partidas, y a la vista de los pronunciamientos del TEAC en su resolución de 21 de enero de 2014 para la determinación de la base imponible de la aportación establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009, ORANGE debió haber declarado, además de los importes declarados y liquidados en la autoliquidación comprobada correspondiente al ejercicio 2010, el importe adicional de **70.848.000,00 Euros**.

QUINTO.- Configuración de la base imponible a declarar por ORANGE para el cálculo de su aportación a realizar en el ejercicio 2010 como operador de Televisión (artículo 6 de la Ley 8/2009).

A la vista de las partidas excluidas por ORANGE en la realización a las aportaciones en su condición de operadora de televisión y de los pronunciamientos del TEAC en relación a las mismas, se considera que debería formar parte de la base imponible la partida que ORANGE ha incorporado como ingreso de comunicaciones electrónicas por:

- **“Otros Ingresos”** de la partida **audiovisual** cuyo importe asciende a 4.011.000,00 Euros. En este sentido, esta CNMC entiende que los ingresos se identifican en la modalidad de *Televisión en movilidad*⁹ y se trata de un servicio de comunicación audiovisual sujeto a la base imponible del artículo 5.2 del Reglamento de Financiación que hace referencia a las definiciones contenidas en el artículo 2 de LGCA (en concreto en el 2.2. letra C).

En contraposición a lo anterior, ORANGE indica en sus alegaciones que no es responsable editorial de la distribución de los canales y que la misma responsabilidad editorial corresponde a terceros.

⁹ Tal y como informó ORANGE a los efectos del Informe Anual de las Telecomunicaciones 2010

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

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

Así lo entiende también el TEAC en su Resolución de 21 de enero de 2014 relativa a la Reclamación Económica-Administrativa R.G.: 00-04509-2011, interpuesta por ONO contra la liquidación complementaria emitida a su cargo respecto a la aportación del ejercicio 2009, y en la que coincide con la en el sentido de que en la configuración de la aportación deben considerarse los ingresos percibidos del consumidor final por la totalidad de los canales y catálogos de programas empaquetados y ofrecidos dentro de su servicio multicanal minorista comercializado al por menor, ya sean de su ámbito de responsabilidad editorial o no, y tratándose de una partida de ingresos no desmembrable en función de los canales, en la medida en que la actividad en su conjunto en el mercado minorista es un servicio de televisión de pago. En este sentido, el TEAC, se pronuncia en los siguientes términos:

“ (...) conforme a los criterios ya expuestos (hay que considerarla prestadora del servicio de comunicación audiovisual televisiva por el servicio que ha de emitir una serie de canales, propios y/o ajenos, a cambio de una contraprestación del usuario final) es correcto concluir que la base de cálculo de la aportación estará integrada por todos los ingresos derivados de tal actividad de transmisión de canales (independientemente de que sobre algunos de ellos no ostente la responsabilidad editorial)”

En conclusión, teniendo en cuenta la naturaleza y los importes de las anteriores partidas, y a la vista de los pronunciamientos del TEAC para la determinación de la base imponible de la aportación establecida en el artículo 6 de la Ley 8/2009, ORANGE debió haber declarado, además de los importes declarados y liquidados en la autoliquidación comprobada correspondiente al ejercicio 2010, el importe adicional de **4.011.000,00 Euros**:

Tipo de Ingreso Art. 6 (prestadora del servicio de televisión de pago)	Cantidad (euros)
“Otros Ingresos” de la partida audiovisual (Autoliquidadas en el art 5 y son del art. 6)	4.011.000,00
Total	4.011.000,00

SEXTO.- Por otro lado, en contestación a las alegaciones expuestas por ORANGE relativas a la capacidad económica, al principio de igualdad, al principio de legalidad y que las aportaciones vulnerarían varios preceptos del Derecho Comunitario. Como ya se ha manifestado esta Comisión en el expediente RTVE/DTSA/842/14/RECTIFICACIÓN AUTOLIQUIDACIONES se indica que:

En los presentes supuestos, se alega una supuesta vulneración del ordenamiento jurídico por parte de la normativa reguladora de las aportaciones, esto es, la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española y de su Reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1004/2010; de forma que, partiendo de unos supuestos vicios de inconstitucionalidad de dichas normas y una supuesta vulneración del Derecho comunitario, pretende la rectificación de las autoliquidaciones presentadas por dicha entidad el 24 de abril, 26 de julio y 28 de octubre de 2013 y 25 de febrero, 19 de marzo y 29 de abril del 2014.

Acoger la citada pretensión significaría, ciertamente, que la CNMC deje de aplicar, cuando menos, la citada Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (y, eventualmente, su Reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1004/2010). En efecto, tal y como ya expuso la CMT a ORANGE, con ocasión de solicitudes similares, ambas normas constituyen disposiciones de derecho positivo vigentes que deben ser necesariamente aplicadas por la Administración, de conformidad a lo establecido por el artículo 9.1 de la Constitución Española que recuerda que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y “al resto del ordenamiento jurídico”.

Por lo tanto, tratándose de normas vigentes, deben ser observadas y cumplidas por esta Comisión en tanto los supuestos vicios de inconstitucionalidad aducidos por la interesada no sean constatados por el órgano competente; siendo esta una cuestión reservada en todo caso a su determinación por la jurisdicción (ordinaria o constitucional) competente.

En consecuencia, es indudable que la CNMC no puede, como pretende la interesada en sus solicitudes, dejar de aplicar determinados preceptos de una Ley o de un reglamento por ser presuntamente inconstitucionales so pretexto de que los mismos perjudican sus intereses legítimos, por lo que no pueden acogerse los motivos contenidos en las solicitudes de la interesada para la rectificación de los pagos a cuenta de abril, julio y octubre de 2013, la autoliquidación del 2013, una autoliquidación complementaria de ese ejercicio y el pago a cuenta de abril del 2014, formulados con cargo a la aportación prevista en el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, por ser plenamente conformes a derecho.

SEPTIMO.- Sobre la emisión de nuevas liquidaciones provisionales complementarias de la aportación a realizar por ORANGE en ejercicio 2010.

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

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

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

En virtud de lo anterior y habiendo quedado evidenciado que, en el presente supuesto, se advierte la existencia de ingresos brutos de explotación sujetos no declarados ni tenidos en cuenta por ORANGE para el cálculo de su autoliquidación presentada en el ejercicio 2010, procede dar por terminado el presente procedimiento de comprobación limitada mediante la emisión de las liquidaciones provisionales complementarias que se exponen a continuación:

Entidad	Concepto	Ejercicio	Ingresos brutos de explotación no declarados	Tipo de gravamen	Liquidación provisional a Ingresar
ORANGE	Operador de Telecomunicaciones	2010	70.848.000,00 €	0,9%	637.632,00 €
Entidad	Concepto	Ejercicio	Ingresos brutos de explotación no declarados	Tipo de gravamen	Liquidación provisional a Ingresar
01/03/2011	Operador de Televisión de pago	2010	4.011.000,00 €	1,5%	60.165,00 €

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

Este artículo debe ponerse en relación con lo previsto por el artículo 26.2 b) de la LGT, el mismo que establece que el interés de demora se exigirá, entre otros supuestos, “b) Cuando finalice el plazo establecido para la presentación de una

autoliquidación o declaración sin que hubiera sido presentada o hubiera sido presentada incorrectamente (...).”.

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

En atención a lo antes expuesto, procede la liquidación de intereses de demora por las cantidades de 121.062,74 Euros y 11.423,10 Euros, calculados desde la finalización del plazo de pago en período voluntario de la autoliquidación comprobada, hasta la fecha de la presente resolución, según es de ver en cuadro resumen que se expone a continuación:

Desde	Hasta	Días	Principal	Tipo de Interés	Intereses devengados	Total a ingresar
01/03/2011	16/12/2014	1387	637.632,00 €	5%	121.062,74 €	758.694,74 €
Desde	Hasta	Días	Principal	Tipo de Interés	Intereses devengados	Total a ingresar
01/03/2011	16/12/2014	1387	60.165,00 €	5%	11.423,10 €	71588,10 €

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

RESUELVE

ÚNICO.- Emitir a Orange Espagne S.A.U. dos liquidaciones provisionales complementarias de las aportaciones a ingresar por dicha entidad en el ejercicio 2010, 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 y en virtud de los pronunciamientos y fundamentos contenidos en las Resoluciones del TEAC de 21 de enero de 2014, por los siguientes importes:

- I. **758.694,74 Euros**, correspondiente a la aportación complementaria a realizar por ORANGE en su condición de operadora de telecomunicaciones de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma.
- II. **71.588,10 Euros**, correspondiente a la aportación complementaria a realizar por esa misma entidad como prestadora del servicio de televisión de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma en acceso condicional de pago.

Para hacer efectivo el pago de los referidos importes adeudados por el obligado tributario, se acompaña, conjuntamente con la presente resolución, documento de

pago “modelo A1 y A2” para su firma y posterior ingreso en cualquier sucursal de la entidad o entidades colaboradoras en la gestión recaudatoria de esta aportación.

El plazo para realizar el pago en período voluntario es el establecido en el artículo 62 de la Ley General Tributaria: si la notificación de la presente resolución se realiza entre los días uno y 15, desde la fecha de recepción hasta el día 20 del mes posterior; si la notificación se realiza entre los días 16 y último de cada mes, desde la fecha de recepción de la notificación hasta el día cinco del segundo mes posterior o, si éste no fuera hábil, hasta el inmediato hábil siguiente.

Comuníquese esta Resolución a la Secretaría General y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra misma podrá interponerse ante este mismo órgano recurso de reposición previo al económico-administrativo en el plazo improrrogable de un mes contado a partir del día siguiente al de la notificación de la presente resolución, al amparo de los artículos 223.1 y 3 y 227.1.b) y 2.a) de la Ley General Tributaria, o reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico Administrativo Central en el mismo plazo, dirigido ante este mismo órgano, según dispone el artículo 235 de la Ley General Tributaria, sin que puedan simultanearse ambos.