



Roj: **SAN 663/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:663**

Id Cendoj: **28079230082016100103**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **15/02/2016**

Nº de Recurso: **328/2014**

Nº de Resolución: **115/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 663/2016,**  
**STS 4508/2017**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN OCTAVA**

**Núm. de Recurso:** < i> 0000328 / 2014

**Tipo de Recurso:** < i> PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 03513/2014

**Demandante:** TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU

**Procurador:** D<sup>a</sup>. CARMEN ORTIZ CORNAGO

**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.:** D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilmo. Sr. Presidente:**

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D<sup>a</sup>. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a quince de febrero de dos mil dieciséis.

**Visto** el presente recurso contencioso administrativo n<sup>o</sup> **328/14**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por la Procuradora **D<sup>a</sup>. Carmen Ortiz Cornago**, en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 28 de abril de 2014, en materia de Tasa General de Operadores, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D<sup>a</sup>. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA**, Magistrada de la Sección.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de Telefónica de España, SA, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de 28 de abril de 2014, por la que se acuerda inadmitir a trámite la solicitud de que se declare la nulidad de su liquidación de la Tasa General de Operadores del ejercicio 2008.

La cuantía del recurso se ha fijado en 10.952.660,46 €.

**SEGUNDO:** Presentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia en la que, estimando el recurso, se anule y deje sin efecto la resolución impugnada, con devolución del importe abonado, 10.952.660,46 €, así como el correspondiente interés de demora hasta la fecha de la completa devolución. Con condena en costas a la demandada.

**TERCERO:** Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia desestimatoria de todas las pretensiones de la parte actora.

**CUARTO:** Habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento se practicó la propuesta, con el resultado que obra en la causa, y, evacuado trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 10 de febrero del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Se dirige al presente recurso contra la precipitada resolución de la CNMC, en la que se resuelve inadmitir a trámite la solicitud de la entidad Telefónica de España, SAU para que se declare la nulidad de la liquidación de la Tasa General de Operadores del ejercicio 2008 y se proceda a la devolución de los importes ingresados en ese concepto.

Se expone en los antecedentes de hecho de la resolución recurrida, entre otros extremos, que la liquidación en cuestión se giró con fecha 30 de junio de 2009 y fue abonada el día 20 de agosto de 2009. Contra dicha liquidación Telefónica presentó reclamación económico-administrativa, que fue declarada extemporánea por resolución del TEAC de fecha 16 de noviembre de 2009. Contra esta resolución se interpuso recurso contencioso administrativo, seguido ante la Sección séptima de esta Sala, que desestima el recurso en sentencia de fecha 19 de noviembre de 2012. Telefónica formuló recurso de casación contra la anterior sentencia, inicialmente inadmitido por auto de 23 de mayo de 2013 y después admitida a trámite por auto de fecha 30 de enero de 2014.

Por escrito presentado ante la CMT, con fecha 27 de junio de 2013, Telefónica solicitó el inicio de un procedimiento revocación de la liquidación en cuestión, al amparo de lo previsto en el artículo 219 de la LGT. Recayendo resolución desestimatoria del Presidente de la Comisión, de fecha 13 de enero de 2014.

Con la misma fecha, fecha 27 de junio de 2013, se solicitó la declaración de nulidad de la liquidación y la devolución del importe ingresado, junto con los intereses de demora.

En sus fundamentos jurídicos, se analiza lo preceptuado en el artículo 217 LGT y concordantes preceptos del Reglamento General de desarrollo de dicha Ley en materia de revisión en vía administrativa, se razona que las causas de nulidad de pleno derecho tienen carácter tasado y su interpretación ha de ser restrictiva, conforme con la doctrina del Tribunal Supremo, que no concurre en el caso ninguna de las causas previstas en el artículo 217 LGT para que proceda la declaración de nulidad, concretamente no concurre la causa invocada por Telefónica "que se haya dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido en la normativa comunitaria". Y ello porque el procedimiento para la emisión de las liquidaciones de la TGO era el previsto en la LGTel y en el Real Decreto 1620/2005, por el que se regulan las tasas establecidas en la Ley 32/2003, siendo de aplicación supletoria la LGT y sus reglamentos de desarrollo.

La nulidad contemplada en el artículo 217 LGT viene referida al procedimiento de gestión tributaria destinado a la liquidación de la deuda, no a los trámites previstos para la fijación del tipo imponible o la determinación de otros elementos esenciales del tributo, que es a lo que hace mención Telefónica, que alega la infracción de la distinta normativa interna y comunitaria por parte de las leyes que determinan los elementos configuradores de la TGO, lo que constituiría un motivo de nulidad ordinaria que, en su caso, debería ser opuesto al recurrir en plazo su liquidación. De hecho, Telefónica ha recurrido sus liquidaciones por TGO y ha obtenido su anulación, con excepción de la del ejercicio examinado, al haberlo hecho de forma extemporánea.



Se añade que la anulación del apartado 3 del artículo 24 del Real Decreto 1620/2005 por sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2013 , hace referencia a la obligación de los sujetos pasivos de la tasa de presentar la correspondiente declaración de ingresos brutos para que el órgano gestor proceda a su liquidación administrativa; tal anulación sólo surte efecto sobre los actos que no hayan ganado firmeza. Por tanto la pretensión de Telefónica no puede ser acogida, pues la obligación de presentar declaración de ingresos brutos era exigible en el ejercicio 2009. Por otra parte, se rechaza la causa de nulidad relativa a la ausencia total y absoluta del procedimiento por falta de notificación y publicación de los criterios que justifican la correlación entre los ingresos obtenidos por la tasa de los gastos administrativos ocasionados por el desarrollo de las actividades de la CMT, haciendo mención a la doctrina del TJUE, en la sentencia citada por Telefónica, de 21 de julio de 2011 .

**SEGUNDO:** En la demanda del presente recurso, tras hacer una exposición general de los motivos en los que se fundamenta su solicitud de nulidad, invoca la parte recurrente como concretos motivos de impugnación los siguientes:

- 1.- Nulidad de pleno Derecho de la liquidación de la Tasa General de Operadores del ejercicio 2008 girada a TdE, por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la determinación del tipo de gravamen aplicable.
- 2.- Nulidad de pleno Derecho de la liquidación de la Tasa General de Operadores del ejercicio 2008 girada a TdE, por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para el cálculo de la base imponible.
- 3.- La liquidación de la Tasa General de Operadores del ejercicio 2008 girada a TdE es nula de pleno Derecho por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente de la notificación y publicación de los criterios que justifican la correlación entre los ingresos obtenidos por la TGO y los gastos administrativos ocasionados por el desarrollo de las actividades de la CMT

**TERCERO:** El Abogado del Estado se opone al recurso en su escrito de contestación a la demanda, alegando que el objeto del recurso debe limitarse a determinar si la resolución de inadmisión de la solicitud de declaración de nulidad es ajustada a Derecho, por no concurrir causa alguna que permita la tramitación de un procedimiento extraordinario como el pretendido, pues en caso de apreciar el tribunal que concurre causa de nulidad de las previstas en el artículo 217 LGT , la sentencia que se dicte anulando la resolución recurrida sólo puede contener un pronunciamiento de condena a la CNMC a tramitar el procedimiento de revisión de oficio, en el que deberá recabar dictamen preceptivo y vinculante del Consejo de Estado. Invoca en apoyo de tal criterio diversas sentencias del Tribunal Supremo.

Asimismo, razona sobre la improcedencia de la estimación de las pretensiones del actor a la luz del artículo 217 LGT , por no concurrir ninguna de las circunstancias previstas en dicho precepto, habiendo avalado el TJUE el sistema español de cálculo de los cánones que se imponen a los titulares de autorizaciones generales y licencias individuales siempre que el total de los ingresos no exceda del total de los gastos.

**CUARTO:** Como en los recursos anteriores de los que ha conocido esta Sala, Telefónica de España impugna la precitada resolución de la CNMC (en anteriores recursos se trataba de resoluciones de la CMT y de liquidaciones correspondientes a otros ejercicios) inadmitiendo su solicitud de nulidad de la liquidación por TGO, ejercicio 2008, al amparo del artículo 217 LGT .

Si bien se articulan en esta demanda diversos motivos de impugnación, todos ellos giran en torno a los mismos fundamentos expuestos en los recursos anteriores. En esencia, se fundamenta el recurso en la existencia de irregularidades graves en el procedimiento determinan la nulidad de pleno derecho de la liquidación, al haber prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido para la determinación del tipo aplicable, pues no se publicó el resumen anual de gastos administrativos de la CMT y se omitió la notificación al Gobierno de la diferencia entre los ingresos obtenidos de la TGO y los gastos ocasionados por el desarrollo de su actividades; no se notifican y publican los criterios de motivación que justifican la correlación entre los ingresos obtenidos por la TGO y los gastos administrativos ocasionados por el desarrollo de las actividades de la CMT; no se ha seguido el procedimiento legalmente establecido para el cálculo de la base imponible de la tasa; se ha incumplido la normativa comunitaria, tal como se deriva de la sentencia del TJUE de 21 de julio de 2011 en relación con la Directiva 97/13/CE , siendo la doctrina en ella recogida aplicable a la Directiva 2002/20/CE.

Pues bien, las cuestiones aquí planteadas han sido examinadas y resueltas por esta Sala en recursos anteriores interpuestos contra resoluciones de la CMT inadmitiendo las solicitudes de nulidad de liquidaciones de la TGO correspondientes a los años 2005, 2006 y 2008 (St 08/05/13, 21/11/13, 18/11/13, 19/10/15), desestimatorias de los correspondientes recursos, a cuyos fundamentos hemos de remitirnos por razones de seguridad jurídica y unidad de doctrina.



Dispone el referido artículo 217 de la Ley General Tributaria :

*«Podrá declararse la nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria, así como de las resoluciones de los órganos económico-administrativos, que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los siguientes supuestos:*

- a) Que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*
- b) Que hayan sido dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.*
- c) Que tengan un contenido imposible.*
- d) Que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.*
- e) Que hayan sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad en los órganos colegiados.*
- f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.*
- g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.*

(...)

*3. Se podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del órgano consultivo, cuando el acto no sea firme en vía administrativa o la solicitud no se base en alguna de las causas de nulidad del apartado 1 de este artículo o carezca manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales...» .*

Por su parte, el artículo 4 del Reglamento de desarrollo (RD 520/2005) reitera la posibilidad inadmitir a trámite las solicitudes de revisión en los casos del artículo 217.3 de la Ley.

Decíamos en las anteriores sentencias que, para la resolución del tema planteado, debemos remitirnos al momento en que se presenta el escrito instando la nulidad, es decir, debemos respetar el carácter revisor de la jurisdicción, lo que supone examinar si el acto recurrido acordó de forma ajustada a derecho la inadmisión a trámite de la solicitud formulada.

En este caso, la resolución impugnada ya tiene en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha dictado sentencia en la que declaró, en el aspecto que ahora nos interesa, que *"El artículo 6 de la Directiva ... no se opone a una normativa de un Estado miembro que impone a los titulares de una autorización general una tasa que se calcula con periodicidad anual sobre la base de los ingresos brutos de explotación de los operadores sujetos a ella y que se destina a sufragar los gastos administrativos relacionados con los procedimientos de expedición, gestión, control y ejecución de dichas autorizaciones, siempre que el total de los ingresos obtenidos por el Estado miembro en virtud de dicha tasa no exceda del total de los gastos administrativos mencionados, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente"* .

Por ello esta Sala concluyó que no existe, al momento de la solicitud presentada, causa de nulidad de la liquidación que nos ocupa y ello en un doble sentido. Por un lado, por cuanto no concurre ninguno de los supuestos de nulidad del artículo 217 LGT . Y, por otro lado, la presunta vulneración de normativa comunitaria - tesis central de la parte para instar la nulidad- no es tal, pues el TJUE así lo declara. Ciertamente que la Tasa de que se trata debe cumplir el requisito expuesto por el Tribunal, de no superación de los gastos administrativos y cálculo de la Tasa en función de los parámetros que se señalan. Pero dichos extremos pueden y deben ser controlados en el iter procedimental adecuado, mediante la impugnación ante el Tribunal Económico correspondiente y, en su caso, posterior recurso jurisdiccional.

No es vía hábil, en definitiva, para ejercer el control sobre el cumplimiento de los parámetros expuestos, la presente solicitud de nulidad de la liquidación. Y, volvemos a insistir, la TGO no es nula por sí misma, pues no cabe hacer reparo a la misma desde la perspectiva comunitaria, ni desde la óptica constitucional.

También venimos repitiendo que esta Sala (Secc. Séptima) ha examinado la cuestión de fondo en recursos interpuestos por Telefónica de España y Telefónica Móviles, en sentido estimatorio, pero allí se impugnaban las correspondientes resoluciones del TEAC (por ejemplo, sentencia de fecha 19-11-2012, recurso 316/2010 y de fecha 18-2-2013, recurso 405/2011). Y el Tribunal Supremo también ha estimado recursos de casación de Telefónica pero, igualmente, la resolución impugnada era la correspondiente resolución del TEAC (a modo de ejemplo, sentencia de fecha 9-2-2012, recurso 5288/2008 y sentencia de fecha 15-2-2012, recurso 5033/2004).



En consecuencia con lo expuesto, procede la desestimación del presente recurso.

**QUINTO:** A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA , en la redacción dada por la Ley 37/2011, procede la condena en costas a la parte actora.

**Vistos** los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

#### **FALLAMOS**

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora **D<sup>a</sup>. Carmen Ortiz Cornago** , en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, SAU** , contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 28 de abril de 2014, a la que la demanda se contrae.

Con condena en costas a la recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia que se **no** tificará a las partes haciendo la indicación de que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala 3<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, con arreglo a lo dispuesto en el art. 86.1 de la LJCA , y de la cual será remitido testimonio a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CEJUDOS