



Roj: **SAN 3643/2015** - ECLI: **ES:AN:2015:3643**

Id Cendoj: **28079230082015100503**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **19/10/2015**

Nº de Recurso: **219/2014**

Nº de Resolución: **313/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3643/2015,**
STS 5189/2016

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000219 / 2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02273/2014

Demandante: ORANGE ESPAGNE, SA

Procurador: D. ROBERTO ALONSO VERDÚ

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a diecinueve de octubre de dos mil quince.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **219/14**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por el Procurador **D. Roberto Alonso Verdú**, en nombre y representación de **ORANGE ESPAGNE, SA**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 27 de febrero 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^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA**, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de ORANGE ESPAGNE, SA, contra la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 27 de febrero de 2014, por la que se acuerda no iniciar un procedimiento de revocación de las liquidaciones de la Tasa General de Operadores de los ejercicios 2008 a 2012, e inadmitir a trámite la solicitud de que se declare la nulidad de las liquidaciones de la Tasa General de Operadores correspondientes a los ejercicios 2008 a 2012, practicadas por la CMT, y para que se procediese a la devolución de los importes ingresados correspondientes a las mismas, por no concurrir ninguna de las causas legales tasadas para su tramitación y carecer de fundamento.

La cuantía del recurso se ha fijado en 12.434.222'92 ?.

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 acuerde la nulidad o, subsidiariamente, la anulabilidad de la resolución impugnada y de las liquidaciones giradas a la recurrente en concepto de TGO por los ejercicios 2008 a 2012, reconociendo el derecho de la actora a percibir lo indebidamente pagado. Subsidiariamente, se declare la obligación de la CNMC de tramitar el correspondiente procedimiento tendente a que se declare la nulidad de las liquidaciones giradas a la actora en concepto de TGO por los ejercicios 2008 a 2012 o, subsidiariamente, su invalidez, reconociendo su derecho a percibir lo indebidamente pagado.

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 14 de octubre 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 no iniciar un procedimiento de revocación de las liquidaciones de la Tasa General de Operadores de los ejercicios 2008 a 2012, e inadmitir a trámite la solicitud de que se declare la nulidad de las liquidaciones de la Tasa General de Operadores correspondientes a los ejercicios 2008 a 2012, practicadas por la CMT, y para que se procediese a la devolución de los importes ingresados correspondientes a las mismas.

Se expone en la resolución, en síntesis, que la facultad de la Administración de revocar los actos de aplicación de los tributos está sometida ciertos límites, entre ellos un límite temporal que se corresponde con el plazo de prescripción tributaria de cuatro años, sin que la revocación pueda constituir dispensa o exención no permitida por las normas tributarias, ni ser contraria al principio de igualdad, el interés público o al ordenamiento jurídico, y sin que pueda contradecir los efectos de la cosa juzgada. El procedimiento de revocación de los actos tributarios firmes se inicia siempre de oficio, sin perjuicio de que lo puedan solicitar los interesados, en cuyo caso la Administración sólo queda obligada a acusar recibo de la solicitud; en ningún caso, la potestad de revisión que el artículo 105 LRJPA concede a la Administración para los actos de gravamen o desfavorables constituye una fórmula alternativa para impugnar fuera de plazo los actos administrativos consentidos y firmes, sino sólo para revisarlos por motivos de oportunidad; la petición de revisión no puede ser ocasión para discutir si el acto de gravamen es ajustado al ordenamiento jurídico, pudiendo hacerlo el interesado únicamente impugnando en tiempo y forma el acto discutido.

Sobre el fondo de la cuestión, se expone que las liquidaciones cuya revocación se pretende fueron dictadas en estricta aplicación de las normas legales correspondientes y que el tipo de gravamen de la TGO está fijado por una norma con rango de Ley (LGTel, Ley de Economía Sostenible y Leyes de PGE), limitándose la CMT a aplicar el mismo tipo de gravamen fijo allí previsto a todos los operadores. Para respetar los principios de proporcionalidad y adaptar el tipo de gravamen de la tasa a los gastos reales derivados de la regulación del sector en cada momento, el legislador ha ido adaptando progresivamente el tipo, reduciéndolo desde el 1,5%, fijado por la Ley 11/1998, al 1,25% fijado en las mismas leyes de presupuestos generales del Estado, y después al 1% fijado por el artículo 50 de la Ley 2/2011 de Economía Sostenible y confirmado por las LPGE desde el año 2011. Que el TJUE, en sentencia de fecha 21 de julio de 2011, ha confirmado que una tasa de las características de la TGO no se opone al derecho de la Unión Europea, sin perjuicio de que los tribunales nacionales deban comprobar el cumplimiento del principio de equivalencia en los términos expuestos en



las Directivas; señalando que no es necesario que exista correlación entre los ingresos obtenidos en un ejercicio determinado y los gastos de ese mismo ejercicio, que no es necesario que exista correlación entre los importes pagados por un operador determinado y los costes generados al regulador por dicho operador, que es necesario que exista plena vinculación entre los ingresos derivados de la tasa y los costes del sistema de autorizaciones y licencias. La anulación de determinadas liquidaciones de la Tasa por Autorizaciones Generales y Licencias Individuales y de la TGO de ejercicios anteriores de Telefónica de España, SA, no supone que se haya reconocido que la TGO sea inexigible con carácter general o que su configuración sea contraria al ordenamiento jurídico, sino que la anulación se debió a que en el caso concreto de las liquidaciones de ese operador no se había acreditado el cumplimiento del principio de equivalencia. ORANGE es sujeto pasivo de la TGO, de conformidad con el apartado 1 del anexo I de la LGTel, las liquidaciones practicadas a ese operador en los ejercicios 2008 a 2012 son actos consentidos y firmes, ya que sus importes fueron abonados en plazo y no fueron recurridos, así pues, la revocación de los actos de liquidación girados a dicho operador supondría una exención individualizada no prevista en la normativa del tributo, vulneraría el principio de igualdad y la reserva de ley que exige el artículo 9.k) LGT, además de suponer un quebranto para la Hacienda Pública y una infracción del ordenamiento jurídico.

En cuanto a la solicitud subsidiaria de que se declare la nulidad de las referidas liquidaciones, tras citar el contenido del artículo 217 LGT y concordantes preceptos del Reglamento General de desarrollo de dicha Ley en materia de revisión en vía administrativa, se razona que no concurre ninguna de las causas previstas en el artículo 217 LGT para que proceda la declaración de nulidad que se pretende, no siendo causa que permita declarar la nulidad de los actos de naturaleza tributaria la mera infracción del Ordenamiento Jurídico. ORANGE no invoca ninguna de las causas tasadas establecidas en el mencionado artículo 217.1 LGT, limitándose a exponer una serie de consideraciones sobre la existencia de una hipotética vulneración del ordenamiento jurídico por parte de las liquidaciones practicadas por la CMT al haberse infringido el principio de equivalencia, por lo que la solicitud carece de fundamento legal válido para su tramitación.

SEGUNDO: En la demanda del presente recurso se expone que se recurre la resolución de la CNMC y las liquidaciones por TGO correspondientes a los ejercicios 2008 a 2012, realizadas por la CMT anualmente y que la recurrente abonó en los plazos establecidos al efecto. Que se solicitó la revocación o nulidad de dichas liquidaciones a raíz de la Sentencia del TJUE de 21 de julio de 2011, que reconoce que la regulación de la tasa vulnera lo dispuesto la Directiva europea 97/13/CE, lo que tuvo como consecuencia que los tribunales españoles comenzasen a dictar sentencias por las que se anularon las liquidaciones practicadas a distintos operadores de telecomunicaciones por la TGO. Cita sentencias del Tribunal Supremo y de esta Sala anulatorias de liquidaciones por TGO correspondientes a diferentes ejercicios.

Invoca la recurrente como motivos de impugnación los siguientes:

- 1.- Al amparo del artículo 63.1 de la Ley 30/1992, la resolución es inválida, en tanto que no declara la anulabilidad de las liquidaciones giradas a la recurrente por la TGO, ejercicios 2002 a 2008, giradas con vulneración de la Directiva 97/13/CE, interpretada por la sentencia del TJUE de 21 de julio de 2011; así como por la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Supremo. En concreto, la Administración no ha acreditado los gastos soportados por la CMT en concepto de gestión, control y ejecución del régimen de autorización general.
- 2.- Al amparo del artículo 63.1 de la Ley 30/1992, la resolución es inválida, en cuanto a la denegación de la revocación de las liquidaciones, por cuanto la CNMC no ha incoado expediente alguno ante la solicitud de la recurrente y se ha limitado a dictar resolución desestimatoria, vulnerando el artículo 219 de la LGT y 10, 11 y 12 del RRVA. Adicionalmente, la denegación incurre en arbitrariedad, prescrita por el artículo 9.3 de la Constitución, lo que determina la nulidad de los actos recurridos ex artículo 62.1.a) de la Ley 30/1992.
- 3.- Al amparo del artículo 63.1 de la Ley 30/1992, la resolución es inválida, por no haber iniciado el procedimiento de declaración de nulidad de pleno derecho, vulnerando el artículo 217 de la LGT y los artículos 4, 5 y 6 del RRVA.
- 4.- Los actos recurridos son contrarios a Derecho, en tanto que resultan en un enriquecimiento injusto de la Administración y ponen de manifiesto la mala fe en su actuación. Igualmente, vulneran el principio de equidad.

TERCERO: El Abogado del Estado se opone al recurso por las razones expuestas en su escrito de contestación a la demanda, en el que señala que el objeto del recurso debe limitarse a determinar si la resolución de la CNMC de no iniciar un procedimiento de revocación es ajustada a Derecho y, en caso de no ser así, procedería la reposición de las actuaciones para que la CNMC admita a trámite la solicitud, sin que pueda entrar la Sala a valorar la concurrencia de la nulidad que se pretende. Invocando en apoyo de tal criterio diversas sentencias. Razona sobre la improcedencia de la estimación de las pretensiones del actor a la luz de los artículos 219 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 sea el total de los gastos.

Se citan en la contestación a la demanda diversas sentencias de esta misma Sala y Sección en relación a solicitudes de revisión de liquidaciones de tasas que han devenido firmes.

CUARTO: Las cuestiones litigiosas planteadas en este recurso han sido abordadas por esta Sala, al resolver los recursos presentados por otros operadores contra resoluciones inadmitiendo a trámite el procedimiento de nulidad instado contra liquidaciones firmes por la TGO, y acordando no iniciar el procedimiento de revocación de las mismas (St 08/05/13, 21/11/13, 18/11/13, 09/06/14 y 06/07/15, entre otras), sentencias todas ellas desestimatorias de los correspondientes recursos, a cuyos fundamentos hemos de remitirnos por razones de seguridad jurídica y unidad de doctrina.

Siguiendo el criterio expuesto en dichas sentencias, hemos de recordar que la Ley General Tributaria de 2003, ha regulado específicamente la figura de la revocación de los actos administrativos de aplicación de los tributos y de imposición de sanciones. Estableciendo el artículo 219 :

«1. La Administración tributaria podrá revocar sus actos en beneficio de los interesados cuando se estime que infringen manifiestamente la ley, cuando circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la improcedencia del acto dictado, o cuando en la tramitación del procedimiento se haya producido indefensión a los interesados.

La revocación no podrá constituir, en ningún caso, dispensa o exención no permitida por las normas tributarias, ni ser contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

2. La revocación sólo será posible mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción.

3. El procedimiento de revocación se iniciará siempre de oficio, y será competente para declararla el órgano que se determine reglamentariamente, que deberá ser distinto del órgano que dictó el acto.

En el expediente se dará audiencia a los interesados y deberá incluirse un informe del órgano con funciones de asesoramiento jurídico sobre la procedencia de la revocación del acto.

4. El plazo máximo para notificar resolución expresa será de seis meses desde la notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento.

Transcurrido el plazo establecido en el párrafo anterior sin que se hubiera notificado resolución expresa, se producirá la caducidad del procedimiento.

5. Las resoluciones que se dicten en este procedimiento pondrán fin a la vía administrativa.»

Así pues, la revocación aparece como potestad reconocida a la Administración Tributaria para dejar sin efecto los "de gravamen o desfavorables", de tal forma que ello tiene lugar "en beneficio de los interesados".

Tal como se expone en la STS de 19/05/11 , las causas que pueden dar lugar a la revocación de los actos de aplicación de los tributos e imposición de sanciones son las siguientes:

1ª) Cuando se estime que infringen manifiestamente la Ley.

2ª) Cuando circunstancias sobrevenidas que afecten a una situación jurídica particular pongan de manifiesto la improcedencia del acto impugnado, que tendrá su mayor aplicación en los supuestos denominados de "ilegalidad sobrevenida", como es el que surge de impugnación de una liquidación sin haber recurrido la sanción impuesta en procedimiento separado, en el supuesto de que aquella tenga éxito o en el caso de ser recurribles sólo uno de los actos.

3ª) Cuando en la tramitación del procedimiento se haya producido indefensión a los interesados.

QUINTO: Por otra parte, partiendo de lo establecido en el artículo 217 de la Ley General Tributaria sobre la declaración de 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, y en el artículo 4 del Reglamento de desarrollo (RD 520/2005), que 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.

Tanto en el presente caso como en los anteriores, las resoluciones impugnadas ya tienen 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, en aquellos supuestos, esta Sala concluyó que no existía, al momento de la solicitud presentada, causa de nulidad de la liquidación, 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 siendo vía hábil, para ejercer el control sobre el cumplimiento de los parámetros expuestos, la solicitud de nulidad de la liquidación firme. La TGO, decíamos, 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 18/02/2013, 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 09/02/2012, recurso 5288/2008 y sentencia de fecha 15/02/2012, recurso 5033/2004).

SEXTO: En el presente caso, como se ha visto el operador recurrente formuló la petición de revocación o de nulidad de las liquidaciones, siendo lo expuesto anteriormente suficiente para desestimar tal pretensión. Es procedente recordar que, tal como se expone en la citada STS 19/05/11 , la revocación aparece como potestad reconocida a la Administración Tributaria para dejar sin efecto los actos "de gravamen o desfavorables", de tal forma que ello tiene lugar "en beneficio de los interesados". Afirmando:

«(...)hemos de poner de manifiesto que el artículo 219.3 de la Ley establece que "El procedimiento de revocación se iniciará siempre de oficio."

La declaración de la Ley, de por sí determinante, se ve reforzada por la circunstancia de que en la tramitación del proyecto de Ley en el Senado se rechazó la Enmienda 317 del Grupo Catalán que propugnaba reconocer expresamente la iniciativa del particular para la iniciación del procedimiento.

Además, el Reglamento General de Revisión en la Vía Administrativa, aprobado por Real Decreto 5120/2005, de 13 de mayo, desarrolla la Ley de forma correcta en lo referente a la iniciación, por cuanto el artículo 10.1 establece que "El procedimiento de revocación se iniciará exclusivamente de oficio, sin perjuicio de que los interesados puedan promover su iniciación por la Administración competente mediante un escrito que dirigirán al órgano que dictó el acto. En este caso, la Administración quedará exclusivamente obligada a acusar recibo del escrito."

La solicitud por la que promueve la iniciación del procedimiento no puede ser la consecuencia del ejercicio de un derecho de petición, pues si así fuera, y tal como puso de relieve el Consejo de Estado en el Dictamen al Proyecto de Real Decreto, la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, determinaría no sólo la obligación de la Administración de acusar recibo de la petición, sino que además estaría obligada a hacerlo en un plazo de diez días (artículo 6.2 de la Ley Orgánica citada), así como a pronunciarse sobre su admisión dentro de los 45 días hábiles siguientes a la presentación del escrito (artículo 9.1) y, en caso de que no lo hiciese así, el silencio de la Administración tendría carácter positivo, pudiendo entenderse que la petición había sido admitida a trámite (artículo 9.2).

Por ello, debemos entender que el artículo 219 de la Ley General Tributaria no reconoce legitimación a los particulares para iniciar el procedimiento, atribuyéndoles únicamente la posibilidad de promover esa iniciación mediante la correspondiente solicitud, de la que la Administración acusará recibo, y sin perjuicio de la tramitación subsiguiente si se inicia el procedimiento.

Esta regulación no difiere de la jurisprudencia de esta Sala en relación con el artículo 154 de la Ley General Tributaria de 1963 , en el que se preveía la revisión de los actos en que, previo expediente, se acreditara, que "infringen manifiestamente la ley".»



Partiendo de tal premisa y del criterio expuesto de que no estamos ante una manifiesta infracción de la Ley ni ante una ilegalidad sobrevenida, no cabe acoger los motivos de impugnación esgrimidos.

Se impone, en consecuencia, la desestimación del presente recurso.

SÉPTIMO: 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 el Procurador **D. Roberto Alonso Verdú** , en nombre y representación de **ORANGE ESPAGNE, SA** , contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de fecha 27 de febrero 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 3ª 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.