



Roj: **SAN 2589/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:2589**

Id Cendoj: **28079230082014100413**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **09/06/2014**

Nº de Recurso: **578/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2589/2014,**
STS 2427/2017

SENTENCIA

Madrid, a nueve de junio de dos mil catorce.

Visto el presente recurso contencioso administrativo nº **578/12** interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por el Procurador **D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta**, en nombre y representación de **TELFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU**, contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 26 de julio de 2012, 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 GOMEZ GARCIA, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de Telefónica Móviles España, SA, contra la resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), de 26 de julio de 2012, por la que se inadmite a trámite la solicitud de que se declare la nulidad de las 17 liquidaciones de la tasa general de operadores del ejercicio 2007, correspondientes a cada uno de los servicios para los que el operador estaba habilitado e inscrito en el Registro de Operadores y para que se procediese a la devolución de los importes ingresados correspondientes a las mismas; y se acuerda no iniciar el procedimiento de revocación de las 17 liquidaciones mencionadas.

La cuantía del recurso se ha fijado en 8.281.158,20 €.

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, anulando las liquidaciones, con devolución del importe ingresado, 8.281.158,20 €, así como el correspondiente interés de demora hasta la fecha de la completa devolución.

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 4 de junio 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 CMT, en la que se resuelve inadmitir a trámite la solicitud de la entidad Telefónica Móviles España, SAU para que se declare la nulidad de las 17 liquidaciones de la tasa general de operadores del ejercicio 2007, correspondientes a cada uno de los servicios para los que el operador estaba habilitado e inscrito en el Registro de Operadores y para que se procediese a la devolución de los importes ingresados correspondientes a las mismas; y no iniciar el procedimiento de revocación de las 17 liquidaciones.

Se expone en la resolución que las liquidaciones en cuestión fueron notificadas el 2 de julio de 2008 y fueron abonadas el 20 de agosto de 2008. Con fecha 27 de junio de 2012 se solicitó la declaración de nulidad de las liquidaciones y la devolución de los importes ingresados, junto con los intereses de demora. Subsidiariamente, solicitó la entidad interesada el inicio del correspondiente procedimiento para la revocación de las liquidaciones, de conformidad con lo previsto en el artículo 219 de la LGT . Fundamentando tal petición en la supuesta vulneración del derecho de la Unión Europea, citando la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 21 de julio de 2011 , que limita el destino de las cantidades recaudadas por la Tasa General de Operadores a sufragar los gastos administrativos relacionados con la expedición, gestión, control y ejecución del régimen de las autorizaciones generales vigentes en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

En sus fundamentos jurídicos, tras citar el artículo 102 de la Ley 30/1992 y 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 no concurre ninguna de las causas previstas en el artículo 217 LGT para que proceda la declaración de nulidad de un acto firme, no siendo causa que permita a un órgano administrativo declarar la nulidad de los actos firmes de naturaleza tributaria la mera infracción del Ordenamiento Jurídico. Que el TJUE remite a la jurisdicción de cada Estado miembro el análisis de las consecuencias de la declaración de incompatibilidad de la normativa que regula cada tributo exigible a los operadores de telecomunicaciones para sufragar los gastos de actividad regulada con el Derecho comunitario. TME no recurrió en su día las liquidaciones cuya anulación pretende, al contrario que otras empresas de su mismo grupo, por lo que las liquidaciones fueron consentidas por el destinatario. Añade que la TGO no es contraria al derecho de la Unión Europea, no derivándose tal conclusión de los pronunciamientos del TJUE. La devolución a los operadores de su liquidaciones supondría la inaplicación de un tributo permitido por el ordenamiento jurídico comunitario y el reconocimiento un hecho inexistente, que sería que la CMT no ha incurrido en ningún gasto en lo que se refiere a su actividad de gestión, control y ejecución del régimen de autorización general a la prestación de servicios y la explotación de redes de comunicaciones electrónicas. Ninguna de las liquidaciones giradas a los operadores correspondientes al ejercicio 2007 ha sido anulada. Las únicas recurridas lo han sido por otras dos empresas del Grupo Telefónica, pendiente de sentencia en los correspondientes recursos contencioso administrativos. Se rechaza también la petición subsidiaria de revocación de las liquidaciones, al amparo del artículo 218 LGT , pues sólo pueden revocarse actos que infrinjan manifiestamente la ley, lo que no concurre en este caso; en todo caso, la revocación de un acto no puede constituir dispensa o exención no permitida por las normas tributarias ni ser contraria al principio de igualdad, el interés público o al ordenamiento jurídico.

SEGUNDO: En la demanda del presente recurso invoca la parte recurrente como motivos de impugnación los siguientes:

1.- Nulidad de pleno Derecho de las 17 liquidaciones de la tasa general de operadores del ejercicio 2007 giradas a TME, por haberse dictado con omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, prescindiendo de los trámites esenciales y de los requisitos precisos para su válida emisión, careciendo absolutamente de la necesaria motivación.

En fundamento de este motivo invoca el artículo 217 LGT , entendiendo que las irregularidades graves en el procedimiento determinan la nulidad de pleno derecho de las liquidaciones, 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 julio 2011 en relación con la Directiva 97/13/CE , siendo la doctrina en ella recogida aplicable a la Directiva 2002/20/CE.

2.- Subsidiariamente, procede la revocación de las 17 liquidaciones por haber sido dictadas de forma ilegal, ilegítima o infundada.



Combate los razonamientos que al respecto se hacen en la resolución recurrida, entendiendo que la revocación pretendida tiene amparo en el artículo 219 LGT , estando acreditado que las liquidaciones son contrarias a Derecho, en los términos que se exponen.

TERCERO: El Abogado del Estado se opone al recurso por las razones expuestas en su escrito de contestación a la demanda, en el que invoca la causa de inadmisibilidad del artículo 69.b) LJCA , por haberse interpuesto el recurso por persona no debidamente representada o legitimada -ex art. 45.2.d)- por no haber aportado el correspondiente acuerdo societario de la recurrente que acredite su voluntad clara e inequívoca de accionar contra concreta resolución impugnada.

En cuanto al fondo, señala 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 contrario procedería la reposición de las actuaciones para que la CMT 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 del Tribunal Supremo. 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 sea el total de los gastos.

CUARTO: La causa de inadmisibilidad invocada por el Abogado del Estado ha de ser rechazada, pues con posterioridad al escrito de contestación a la demanda la recurrente ha aportado certificación expedida por el Secretario del Consejo de Administración de la empresa, en la que hace constar que el Consejo de Administración de Telefónica Móviles España, SA, en su reunión de 1 de octubre de 2012 adoptó, entre otros, el acuerdo de "autorizar la interposición, por parte de los letrados y procuradores debidamente apoderados a tal efecto, de recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional contra la resolución de la CMT dictada en el expediente AJ 2012/1341, notificada el 26 de julio de 2012, por la que se inadmite la solicitud formulada por Telefónica Móviles España, SA, para que se declare la nulidad de 17 liquidaciones de la Tasa General de Operadores del ejercicio 2007..."

En cuanto al fondo, las cuestiones planteadas han sido examinadas y resueltas por esta Sala en recursos anteriores interpuestos contra resoluciones de la CMT en admitiendo 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), 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. Cierto 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 transcurridos casi cuatro años desde la firmeza 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).

QUINTO: Por lo que respecta a la petición de revocación de las liquidaciones, lo expuesto anteriormente sería suficiente para desestimarla.

Pero, dadas las alegaciones de la parte, hemos de recordar que tal como se expone en TS 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".»

Se impone, en consecuencia con lo expuesto, la desestimación del presente recurso.

SEXTO: 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. Juan Antonio García San Miguel y Orueta**, en nombre y representación de **TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, SAU**, contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 26 de julio de 2012, a la que la demanda se contrae.

Con condena en costas a la recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia que se notificará 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.