



Roj: **SAN 4088/2021 - ECLI:ES:AN:2021:4088**

Id Cendoj: **28079230072021100451**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **20/09/2021**

Nº de Recurso: **95/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MARIA YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SÉPTIMA

Núm. de Recurso: 0000095/2014

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 01619/2014

Demandante: FRANCE TELECOM ESPAÑA S.A

Procurador: D. ROBERTO ALONSO VERDU

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BEGOÑA FERNANDEZ DOZAGARAT

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. LUIS HELMUTH MOYA MEYER

D^a. YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil veintiuno.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la parte demandante se interpone recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del TEAC de fecha 17 de diciembre de 2013, que desestima la reclamación económico-administrativa con núm. 00/01527/2013, interpuesta por la entidad demandante.

SEGUNDO.- Reclamado el expediente a la Administración y siguiendo los trámites legales, se emplazó a la parte recurrente para la formalización de la demanda, lo que verificó mediante escrito que obra en autos.

Emplazada la Abogacía del Estado para que contestara a la demanda, así lo hizo en escrito en el que, tras expresar los hechos y fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó solicitando que se dictara una sentencia " desestimando el recurso, confirmando los actos recurridos, e imponiendo de costas al actor".



TERCERO.- Habiéndose recibido el recurso a prueba se practicó documental interesada por la parte recurrente, con el resultado que obra en las actuaciones, concediendo a las partes el trámite de conclusiones.

CUARTO.- Por auto de 12 de marzo de 2015 la Sala acordó la suspensión de las actuaciones hasta la resolución por el TJUE del recurso de casación formulado por DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A.

QUINTO.- Por Auto de 11 de enero de 2018, Sala acordó la suspensión de la tramitación del presente recurso hasta que se resuelvan las cuestiones prejudiciales comunitarias y, en su caso, las de índole constitucional, por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en su caso, del Tribunal Constitucional, respectivamente planteadas en los recursos 43/2014, 86/2014 y 96/2014.

SEXTO.- Concluidas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, el cual tuvo lugar el día 14 de septiembre de 2021

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dña. **María Yolanda de la Fuente Guerrero**, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso.

El acto administrativo recurrido es la Resolución del TEAC de fecha 17 de diciembre de 2013, que desestima la reclamación económico-administrativa interpuesta por la entidad demandante, contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se desestima el recurso de reposición previamente interpuesto contra los acuerdos denegatorios de previas solicitudes de rectificación de autoliquidaciones y devoluciones por las aportaciones establecidas en los arts. 5 y 6 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, Ley de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española.

SEGUNDO.- Pretensión y alegaciones de la parte demandante y de la parte demandada.

La parte demandante interesa de la Sala que " dentro del plazo para dictar sentencia, eleve al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad en relación con todos los preceptos que regulan las aportaciones previstas en los arts. 5 y 6 de la Ley 8/2009 , tanto en dicha Ley como en su reglamento de desarrollo- RD 1004/2010-y, en particular, los propios artículos 5 y 6 de la Ley ; desarrollados por los arts. 4 y 5 del Reglamento, acordando posteriormente de conformidad con la Sentencia que, en su caso, dicte dicho Tribunal, todo ello de conformidad con los arts. 31 y siguientes de la LOTC." Subsidiariamente, interesa de la Sala que " dicte Sentencia por la que estimando la petición subsidiaria de mi representada, declare la invalidez de los actos impugnados en tanto que deniegan la corrección de unas autoliquidaciones relativas a la aportación regulada en el artículo 6 de la Ley 8/2009 practicadas partiendo de un grave error en el cálculo de la base imponible, de conformidad con lo señalado en el Fundamento de derecho segundo de la presente demanda, y, en su virtud, reconozca el derecho de mi representada a obtener la devolución del ingreso de 143.969,17 euros efectuado por error así como los intereses correspondientes hasta el momento efectivo del pago."

La representación procesal de Orange Espagne, SAU, alega que la denegación de la rectificación de las autoliquidaciones es nula con base en el art. 62.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, en la medida en que las aportaciones reguladas por los artículos 5 y 6 de la Ley 8/2009 son inconstitucionales por ser contrarias a los artículos 31.1 y 9.3 CE. En concreto, sostiene que las aportaciones reguladas en los artículos 5 y 6 de la Ley 8/2009 vulneran el principio de capacidad económica, pues nuestro ordenamiento prohíbe que se graven riquezas aparentes o no existentes, siendo este el caso en la medida en que las aportaciones previstas en dichos preceptos gravan una capacidad económica completamente ficticia.

En relación con la aportación regulada en el artículo 5 de la Ley 8/2009 alega que los operadores de telecomunicaciones, no perciben ingresos directos por la supresión del régimen de publicidad retribuida en la RTVE y no hay, por tanto, ninguna manifestación de riqueza real o potencial que justifique la carga fiscal que se impone; los operadores no van a recibir ingresos directos por la renuncia de contenidos de pago y acceso condicional de RTVE, pues ésta no tiene contenidos de pago ni de acceso condicional; no cabe atribuir ningún beneficio derivado de la ampliación de servicios de banda ancha y móvil o de la nueva regulación del sector audiovisual, pues se trata de medidas futuras que no estaban aprobadas cuando se promulgó la Ley 8/2009 y de las medidas legislativas que se adopten no puede deducirse que vayan a traducirse en un mayor ingreso para los operadores de comunicaciones electrónicas; no puede considerarse constitutivo de capacidad económica la prestación de servicios de telefonía fija o móvil, que son servicios distintos del acceso a Internet y que no sirven por sí mismos para la obtención de ninguno de los beneficios que van a derivarse de la nueva regulación del sistema audiovisual.

En relación con la aportación regulada en el artículo 6 de la Ley 8/2009 señala que operadores como la entidad demandante, no percibe ingresos directos por la supresión del régimen de publicidad retribuida en RTVE, ni



por la renuncia de contenidos de pago y acceso condicional de RTVE -RTVE no tiene contenidos de pago ni de acceso condicional-, ni la renuncia de RTVE a la publicidad y a ofrecer contenidos de pago y acceso condicional constituye beneficio alguno para la actora en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas que soporten la difusión de la televisión digital terrestre o la televisión de movilidad, pues los beneficiados son los operadores privados de televisión.

En cuanto a la vulneración del *principio de igualdad* expone que este principio se infringe desde el momento en que de los artículos 5 y 6 de la Ley 8/2009 se extrae que hay operadores que no están obligados al pago de las aportaciones.

En relación con la aportación prevista en el artículo 5 de la Ley 8/2009, estima que no hay razón que permita eximir de la obligación de pago de las aportaciones a los operadores que operen en un ámbito geográfico no superior al de una Comunidad Autónoma; ni a los que prestan otros servicios de comunicaciones electrónicas, distintos del servicio de telefonía, fija o móvil, o de acceso a Internet, como los operadores que ofrecen el servicio portador de difusión de señales de televisión por medio de ondas terrestres; ni a prestadores de servicios de la sociedad de la información, operadores de radio y empresas editoras de prensa, y en fin, a los operadores de portales de Internet, pues quienes resultan beneficiados por el nuevo régimen de RTVE no son los operadores de telecomunicaciones sino los proveedores de contenidos, que ven incrementado el valor de su espacio publicitario.

En lo referente al artículo 6 de la Ley 8/2009 considera que nada justifica la exclusión de la obligación de aportación a las sociedades concesionarias y a las prestadoras de servicios de televisión de ámbito geográfico inferior al de una Comunidad Autónoma -productoras de canales de televisión de pago, prestadores de servicios de la sociedad de la información, operadores de radio y empresas editoras de prensa, operadores de portales de Internet.

Subsidiariamente a lo anterior, al amparo del art. 63.1 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, sostiene que existe un *error de cálculo en la base imponible*, lo que determina que la cantidad ingresada haya sido superior a la que hubiera correspondido.

Expone tras cita de los artículos 6 de la Ley 8/2009 y 5 del Real Decreto 1004/2010 que están sujetos a gravamen los ingresos por los servicios audiovisuales prestados sobre los que una persona física o jurídica tenga el control efectivo, esto es, la dirección editorial, y que el resto de actividades que no puedan subsumirse en dicha categoría no están gravadas a efectos de la aportación.

Señala que si la finalidad de aportación es compensar a RTVE por la renuncia de ésta a emitir publicidad y ofrecer contenidos de pago o acceso condicional, debe limitarse el cálculo de la base imponible a los ingresos generados por las actividades en las que dicha decisión de la corporación pudiese producir un impacto económico favorable.

Manifiesta que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones mantiene un criterio contrario, criterio que el propio Tribunal Económico Administrativo Central estimaba incorrecto, refiriéndose a lo resuelto en la reclamación 00/04885/2011. Pero el Tribunal Central desestima la reclamación de Orange Espagne, SAU, por entender que no habría acreditado ni ante la CMT ni ante el TEAC, qué ingresos de los computados por el organismo habrían de excluirse por no responder a una actividad de prestación del servicio de comunicación audiovisual.

Considera contrario a Derecho el nuevo criterio de Tribunal Central y estima que solo determinadas actividades -actividades que los operadores desarrollan como prestadores de servicios de comunicación audiovisual- se encuentran sujetas a aportación, y siendo esto así, solo por el servicio de "video club", y el canal OH MUSIC, estaría sujeto a la aportación prevista en el art. 6 de la Ley 8/2009, estimando que el importe correcto de las autoliquidaciones a que se contrae el presente recurso (3 y 4 trimestre de 2011 y 1 y 2 trimestre de 2012) ascendería a 7.194 euros en lugar de 151.163,17 euros. Acompaña como documento num 3, cuadro en el que se detallan los cálculos que respaldan los importes a que se refiere la tabla de cálculo obrante al folio 30 del escrito de demanda.

En síntesis, la Abogacía del Estado se opone al recurso alegando que desde el momento en que el tributo grava los ingresos obtenidos no se infringe la capacidad económica, puesto que precisamente atiende a ella.

Expone que no se infringe el principio de igualdad, pues los supuestos de discriminación que cita la parte o no son operadores de telecomunicaciones que obtengan ingresos relacionables con la televisión y publicidad o tienen un ámbito geográfico distinto, lo que implica que las audiencias en uno y otro caso no son equiparables.

Señala que el artículo 14 CE predica la igualdad entre personas y no entre sectores económicos; que no se produce discriminación en el sector en el que opera la actora; que el principio de igualdad no obliga al



legislador a gravar con el tributo a otros que se benefician de una determinada regulación y que los gravámenes establecidos en los artículos 5 y 6 de la Ley 8/2009 son diferentes en función de las distintas situaciones.

Manifiesta que los gravámenes establecidos en los referidos preceptos no constituyen tasas ni contribuciones especiales y que, atendido el criterio del Tribunal Constitucional, lo que se grava es una específica manifestación de capacidad económica, sin que pueda afirmarse que a través del gravamen se personalice el reparto de la carga fiscal en el sistema tributario conforme a los criterios de capacidad económica, igualdad y progresividad, y añade que en este caso la capacidad económica es la manifestada en la obtención de ingresos por la realización de una actividad o prestación de un servicio determinado, citando al efecto doctrina constitucional que estima de aplicación.

Alega que el artículo 6 de la Ley 8/2009, que se completa con el artículo 5 del Real Decreto 1004/2010, que a su vez remite al artículo 2.5 de la Ley 7/2010, se refiere a los operadores o prestadores de servicios de televisión, sin restricciones, lo que responde a la finalidad de la ley puesto que son los prestadores de servicios de televisión los que obtendrán beneficio por la eliminación de competencia publicitaria y televisiva impuesta por RTVE que antes ostentaba en el mercado la posición de competidos de primer nivel, y sin que dicho artículo 6 tenga en cuenta el elemento editorial para el caso de la actora. Finalmente, alega que la actora quedó vinculada por su autoliquidación sin que haya acreditado el error en que dijo haber incurrido.

TERCERO.- Necesaria remisión a las Sentencias de esta Sala y Sección, en especial, las Sentencias de fecha 28 de junio y 12 de mayo de 2021 , dictadas en los recursos num

384/2016 y 421/2014.

A la vista de lo expuesto en el fundamento de derecho anterior y en virtud del principio de unidad de doctrina, trasunto de los de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, procede resolver el presente recurso ,conforme a lo resuelto por esta Sala y Sección en las Sentencias mencionadas, que resuelven, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la ahora demandante contra otras dos resoluciones del TEAC, en idéntico asunto.

Pasamos a reproducir la Sentencia de 12 de mayo de 2021, vista la identidad sustancial de la cuestión planteada y de los razonamientos necesarios para su resolución.

Dicha Sentencia establece en sus fundamentos:

TERCERO.- En primer término, es preciso señalar que con fecha 21 de marzo de 2019, el Tribunal de Justicia, en los asuntos acumulados C-119/18 , C-120/18 y C/121/18, en relación con

"Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización) (DO 2012, L 108, p. 21);

"Dichas peticiones se han presentado en el marco de los recursos interpuestos ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional por Telefónica Móviles España, SAU, Orange España, SAU, y Vodafone España, SAU, contra sendas resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central dictadas en relación con la adecuación, a los requisitos de proporcionalidad y transparencia establecidos por el artículo 6, apartado 1, y la parte A del anexo de la Directiva autorización, de la aportación financiera a la financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española adeudada por las demandantes de los procedimientos principales, dictó auto en cuya parte dispositiva acuerda:

"La Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), debe interpretarse en el sentido de que no están comprendidas en su ámbito de aplicación aportaciones financieras anuales, como la controvertida en los litigios principales, que se exigen a las empresas de telecomunicaciones que operan en España en un ámbito geográfico superior al de una comunidad autónoma y con la finalidad de contribuir a la financiación de la radio y televisión públicas".

Por otra parte, el Tribunal Constitucional, mediante autos de 9 de septiembre de 2020 -recursos de esta Sala 86/2014 y 96/2014 - y 22 de septiembre de 2020 -recurso de esta Sala 43/2014 - acordó inadmitir a trámite las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por esta Sala en relación con el artículo 5 de la Ley 8/2009 .

CUARTO.- La Sala debe poner de manifiesto que la controversia suscitada en este recurso ya ha sido resuelta en lo esencial por el Tribunal Supremo en sentencias de 14 y 19 de junio de 2017 , dictadas en los recursos 483/2010 y 417/2010 , respectivamente, con ocasión de los recursos de casación formulados contra el Real Decreto 1004/2010, por el que se desarrolla la Ley 8/2009, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, en las que de forma pormenorizada se solventa la problemática de fondo ofreciendo

cumplida respuesta a las alegaciones de los recurrentes, ceñida la cuestión en nuestro caso a Orange Espagne, SAU. Criterio reiterado en sendas sentencias de 14 de junio de 2017, dictadas en los recursos 475/2010 y 401/2010.

Señala el Alto Tribunal en la sentencia de 19 de junio de 2017 que

"La Exposición de Motivos de la Ley 8/2009 preveía que `Las nuevas figuras que establece la ley, se ajustan plenamente, como no podía ser menos, a los principios constitucionales sobre tributación, en especial el de igualdad de trato a los sujetos pasivos y el de la adecuación del gravamen a la capacidad económica de tales sujetos pasivos así como el de legalidad en el establecimiento de los tributos y de las prestaciones patrimoniales de carácter público.

"... el sistema que se establece toma en cuenta los ingresos de los sujetos pasivos y muy especialmente los que, de forma tanto directa como indirecta, habrán de percibir por la supresión del régimen de publicidad retribuida y por la renuncia a contenidos de pago en la Corporación RTVE. Estos beneficios concurren tanto en los operadores de televisión como en los de telecomunicaciones, todos los cuales ya actúan y van a seguir actuando en el mismo sector a través de las varias soluciones y medios técnicos ya existentes, así como a través de los que de inmediato se pondrán en funcionamiento, tales como la potenciación de la televisión de alta definición, la televisión en movilidad, la televisión digital terrestre de pago o la interactividad, todo lo cual está directamente vinculado a la ampliación de los servicios de banda ancha fija y móvil.

"No obstante, las operadoras privadas de televisión y telecomunicaciones no pueden hacerse cargo de la totalidad de los ingresos que la Corporación RTVE deja de percibir por su renuncia al mercado publicitario y a los contenidos de pago ya que, de ser así, no se conseguiría el efecto dinamizador del sector que también pretende esta medida. Por ello se ha optado por aplicar, al igual que en otros países de nuestro entorno, un porcentaje sobre los ingresos de los operadores del 3% para los de televisión comercial en abierto, del 1,5% para los operadores de televisión de pago y del 0,9% para los de telecomunicaciones.

"La propia Ley reitera que las aportaciones de los operadores de televisión y de telecomunicaciones de ámbito estatal y supraautonómico se fijan en atención a `el impacto económico favorable que de ello se derivará para dichas sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión y `al impacto positivo para el sector de las telecomunicaciones que se deriva de la nueva regulación del sector televisivo y audiovisual y, en especial, por la ampliación de los servicios de banda ancha fija y móvil, así como la supresión de la publicidad y la renuncia a contenidos de pago o acceso condicional de la Corporación RTVE.

"Sentado lo anterior, la Ley 8/2009 establece una aportación que tiene una justificación objetiva y razonable, como resulta de la justificación contenida en el preámbulo de la Ley.

"Al efecto no puede obviarse que es doctrina constitucional que `lo que el artículo 31.1 CE prohíbe es que, salvo que exista una justificación razonable, el legislador grave de manera diferente `idénticas manifestaciones de riqueza (SSTC 57/2005, de 14 de marzo, y 33/2006, de 13 de febrero - STC 295/2006 -, lo que exige confirmar si el término de comparación aportado para ilustrar la desigualdad denunciada es homogéneo (ATC 245/2009), porque `la igualdad ante o en la Ley impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales (...), con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación (entre muchas, SSTC 96/2002, de 25 de abril y 112/2006, de 5 de abril - ATC 245/2009).

"El establecimiento de una aportación a cargo de las empresas dedicadas a una determinada actividad, y no a otras, tiene una justificación objetiva y razonable: el correlativo beneficio que estas obtienen.

"La limitación a los operadores de telecomunicaciones con un ámbito territorial concreto, el estatal o superior al de una Comunidad Autónoma, también encuentra justificación, toda vez que estos son los operadores beneficiados por la nueva regulación del sector televisivo. No puede obviarse que para que se encuentren obligados a realizar la aportación, en los operadores de televisión deben concurrir, además de la condición relativa al ámbito territorial, otras relativas a los servicios que prestan, que son los establecidos en la letra b) y simultáneamente algún servicio audiovisual u otro que incluya algún tipo de publicidad.

"Es cierto que la aportación anual del 0,9 por 100 establecida en la Ley se calculará sobre los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente, sin limitarlos a los obtenidos en la prestación de dichos servicios, pero esta circunstancia queda salvada por el tipo tan reducido que ha sido establecido, que garantiza que la aplicación sobre la totalidad de los ingresos no va a suponer una aportación indebida. En definitiva, el legislador optó por establecer un tipo muy reducido sobre los ingresos brutos de explotación en lugar de un tipo más elevado sobre los que derivan de los servicios específicamente previstos en la norma, simplificando la

gestión de la aportación. A ello debe añadirse que la recurrente no acredita que tenga ingresos derivados de la prestación de servicios distintos de los que se mencionan en el artículo 4.1 de la disposición impugnada.

"Estas mismas circunstancias evitan cualquier posible objeción en relación con la capacidad económica sometida a la aportación. A ello debe añadirse que el artículo 7 del Real Decreto impugnado garantiza la proporcionalidad de la obligación de realizar aportaciones.

"Estas mismas circunstancias evitan cualquier posible objeción en relación con la capacidad económica sometida a la aportación. A ello debe añadirse que el artículo 7 del Real Decreto impugnado garantiza la proporcionalidad de la obligación de realizar aportaciones.

"Respecto a la vulneración del principio de capacidad económica considera la demandante que no cabe gravar una riqueza meramente ficticia. La aportación creada en los artículos 5 y 6 de la Ley 8/2009 en contrapartida de la renuncia a la publicidad y a los contenidos de pago por la Corporación, así como de la ampliación de los servicios de banda ancha fija y móvil, se realiza sobre la base de una riqueza ficticia, en tanto que ni los operadores de telecomunicaciones ni los prestadores de servicio de televisión perciben ingresos por la referida contrapartida.

"Recordemos que ya el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/1987, reconocía que `es por tanto constitucionalmente admisible que el legislador establezca impuestos que, sin desconocer ni contradecir el principio de capacidad económica, estén orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza; y basta que dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que aquél principio constitucional quede a salvo, por tanto, que respecto de... no se haya producido una riqueza real o potencial que gravar a los efectos de la implantación del gravamen y del principio de capacidad económica resulta de todo punto indiferente para examinar si la normativa establecida respeta o no el principio de capacidad económica, en tanto que ha de atenderse a la `generalidad de los supuestos, y no en relación y referencia en exclusividad a un caso concreto, como es el que trae a colación la parte recurrente pretendiendo que su caso sirva de medida para analizar si el gravamen creado en la Ley 8/2009 respeta o no dicho principio de capacidad económica.

"En todo caso, la sujeción a la aportación se impone a los operadores de telecomunicaciones registrados, siempre que reúnan tres condiciones: 1) actuar en un ámbito geográfico superior al de una Comunidad Autónoma; 2) prestar servicios de telefonía, fija o móvil, y/o acceso a Internet; y 3) prestar algún servicio audiovisual o cualquier otro servicio que incluya algún tipo de publicidad.

Conforme a cuanto antecede la pretensión ejercitada no puede prosperar, sin que proceda plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

QUINTO.- Alza queja la parte actora poniendo de manifiesto que existe un error de cálculo en la base imponible, lo que determina que la cantidad ingresada haya sido superior a la que hubiera correspondido. Ya se han expuesto las razones en que funda su parecer.

En realidad, la recurrente, si bien refiere la existencia de un error de cálculo en la base imponible, lo que plantea es un problema de interpretación y de cambio de criterio por parte del Tribunal Económico Administrativo Central, ya que éste desestima la reclamación con fundamento en un planteamiento que difiere del hasta ahora mantenido.

Tiene razón la Abogacía del Estado cuando señala con cita del artículo 108.4 LGT que la parte actora quedó vinculada por su autoliquidación y no acredita la rectificación que pretende. En estos mismos términos se manifiesta el Tribunal Económico Administrativo Central.

Ex artículo 108.4 LGT "Los datos y elementos de hecho consignados en las autoliquidaciones, declaraciones, comunicaciones y demás documentos presentados por los obligados tributarios se presumen ciertos para ellos y sólo podrán rectificarse por los mismos mediante prueba en contrario. Los datos incluidos en declaraciones o contestaciones a requerimientos en cumplimiento de la obligación de suministro de información recogida en los artículos 93 y 94 de esta Ley que vayan a ser utilizados en la regularización de la situación tributaria de otros obligados se presumen ciertos, pero deberán ser contrastados de acuerdo con lo dispuesto en esta sección cuando el obligado tributario alegue la inexactitud o falsedad de los mismos. Para ello podrá exigirse al declarante que ratifique y aporte prueba de los datos relativos a terceros incluidos en las declaraciones presentadas".

En este contexto, la parte actora aporta un documento de cálculo que por su composición y factura no puede ser tenido en consideración a los efectos que pretende, pues tal documento es, como señala la Abogacía del Estado, "un mero listado elaborado por el propio recurrente y, además, sin soporte contable o documental alguno".

La Ley 8/2009 concreta la base imponible de la aportación: los ingresos brutos de explotación, remitiéndose, al igual que lo hace el Real Decreto 1004/2010, al artículo 2.5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de



Comunicación Audiovisual : "Servicio de comunicación audiovisual de pago. Son servicios mediante pago o de pago aquellos servicios de comunicación audiovisual y servicios conexos que se realizan por el prestador del servicio de comunicación audiovisual a cambio de contraprestación del consumidor. Esa contraprestación se puede realizar, entre otras, en la forma de suscripción, prepago o pago por visión directa, ya sea para visionar o escuchar canales, programas o paquetes de programas".

No se contempla en estos preceptos el sentido o concepto "editorial" en los términos que la parte pretende, antes al contrario. Como señala la Abogacía del Estado "el operador que emite canales de televisión, aunque los compre en el mercado a un fabricante en vez de diseñarlos o elaborarlos él mismo, es total ente director o responsable de lo que emite, puesto que puede elegir lo que emite, puede limitarlo o puede no emitirlo, de forma que tiene una indudable libertad y responsabilidad editorial".

Y en la misma dirección, criterio que la Sala comparte, se expresa el Tribunal Económico Administrativo Central: "... en este tipo de supuestos, la propia LGCA parece reservar la condición de prestador del servicio audiovisual a los propietarios de las referidas plataformas, por ser éstos quienes reciben la contraprestación del consumidor en forma de suscripción, prepago o pago por visión directa, entre otras, y, por tanto, constituyendo plenamente `servicios audiovisuales de pago . Dado que en este tipo de supuestos el operador titular de la plataforma, por un lado, contrata empresas editoras de los canales que emite (como ajenos) la difusión de los mismos, y por otro, decide el diseño de los `paquetes a ofertar, incluyendo éstos y en ocasiones otros de producción propia, percibiendo de cada uno de sus clientes y al margen de lo que obtengan por los consumos `pago por visión o bajo demanda un precio final determinado en función de la oferta, sin que exista una diferenciación del pago que corresponde a cada canal o del coste de cada uno de éstos, puede concluirse, como hace la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que tales operadores han de quedar sujetas al pago de la aportación como prestadoras del servicio de comunicación audiovisual de pago".

Conforme a cuanto antecede la alegación propuesta no puede prosperar.

Procede la desestimación del recurso."

CUARTO.- De acuerdo con lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA, las costas causadas se imponen a la parte demandante, de acuerdo con la regla del vencimiento que establece dicho precepto.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, sección séptima, ha dictado el siguiente

FALLO

1º.- **DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo número **95/2014**, que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Séptima, ha promovido D. Roberto Alonso Verdú, Procurador de los Tribunales y de la entidad ORANGE ESPAGNE SA contra la Resolución identificada en el encabezamiento de esta Sentencia, la cual se confirma por ser conforme a derecho.

2º.- Condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas en esta instancia.

Así por ésta nuestra sentencia, que pronunciamos, mandamos y firmamos.

Notifíquese esta Sentencia a las partes personadas, haciéndoles la indicación que la misma que es susceptible de recurso de casación el cual deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art.89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta. De la sentencia será remitido testimonio a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, y así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO HELMUTH MOYA MEYER A LA SENTENCIA DICTADA EN LOS AUTOS Nº **95/2014**

La inadmisión de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por este tribunal en relación al artículo 5 y 6 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, por incumplimiento del juicio de aplicabilidad, al haber remitido al Tribunal Constitucional el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad una vez que el TJUE había resuelto las cuestiones prejudiciales C-119/2018 a C-121/18, negando que sea la ley nacional contraria a la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo del 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (lo que ya antes había dicho respecto de la ley francesa, cuya estela sigue la ley 8/2009 en



la STJUE de 27 de junio del 2013, asunto C-485/2011), sin ampliar el juicio de aplicabilidad a la luz de este acontecimiento, no es argumento para desistir del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad que la actual composición de la sección decidió elevar al Tribunal Constitucional por compartir los fundamentos del auto dictado anteriormente.

Los graves defectos en el juicio de aplicabilidad observados por el Tribunal Constitucional, que le llevaron a tomar la decisión de inadmitir las cuestiones remitidas, con sacrificio del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y a obtener una respuesta motivada a las pretensiones planteadas en el proceso - que se hubieran salvado dictando nuevo auto de planteamiento, que amen de un "copia y pega" del contenido de nuestra anterior resolución, hubiera dado cuenta en sus antecedentes del resultado de las cuestiones prejudiciales suscitadas al TJUE, y hubiera incluido un breve fundamento para dar cuenta de lo obvio, esto es, el pronunciamiento del tribunal europeo relativo a que una exacción que se exige por el ejercicio de una actividad empresarial, y no por el mero hecho de obtener una autorización, no vulnera lo dispuesto en la mencionada directiva, no disipa las dudas sobre la constitucionalidad de la norma nacional.

Tampoco es plausible que la sentencia trate de justificar el desistimiento del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad apoyándose en las sentencias del Tribunal Supremo anteriores al planteamiento de la inicial cuestión de inconstitucionalidad, que ya nos eran conocidas.

Si bien la doctrina constitucional niega que exista un derecho de las partes en el proceso a exigir al tribunal que plantee una cuestión de inconstitucionalidad, sí al menos debe recibir una explicación razonable, máxime cuando se ha producido un evidente cambio de criterio en el seno de este tribunal.

Aunque la cuestión de inconstitucionalidad tuviera pocas posibilidades de prosperar, conocida la doctrina constitucional sobre el principio de capacidad económica del artículo 31.1 CE, que reduce a su mínima expresión este límite a la potestad tributaria, no puede basarse en este pronóstico el desistimiento de su planteamiento.

Las dudas sobre la constitucionalidad del precepto por el que se impone a "los operadores de telecomunicaciones de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma", siempre que presten un servicio audiovisual o cualquier otro servicio que incluya publicidad, financiar un medio audiovisual con el que compiten por acaparar una audiencia, con el fin de alcanzar la prestación de un servicio público de calidad, se basan en que la afirmación de que "la renuncia" de RTVE a emitir publicidad incrementará los ingresos por publicidad de todos los operadores de telecomunicaciones que presten servicios que incluyan publicidad es una mera conjetura.

La mera expresión de "renuncia" a emitir publicidad, como si los anunciantes fueran patrimonio de la entidad, refleja una posición ideológica alejada de la realidad, que no es otra que la publicidad se emite con relación a la audiencia del medio.

Se trata de desconocer que es la crisis de los medios audiovisuales generalistas, en competencia especialmente con los servicios de entretenimiento e información que se obtienen especialmente a través de internet, la que ha producido la pérdida de audiencias de éstas y la reducción de los ingresos publicitarios. Y dentro de estos medios generalistas, la pérdida de audiencia es notoriamente más acentuada en los servicios audiovisuales del sector público, cuestionados por su falta de independencia del poder político. Y es esta crisis la que hace inviable este medio de financiación de la RTVE.

Es un contrasentido que se afirme que el propósito de la ley es asegurar un servicio público de calidad, y pretender que la renuncia a la publicidad supondrá un aumento de ingresos publicitarios para las operadoras de telecomunicaciones. Lo que aumenta los ingresos publicitarios es la mayor audiencia o uso de los servicios en los que se incluye la publicidad, que es lo que se supone que una programación de calidad está llamada a retener.

Además, no se hace ningún análisis sobre el comportamiento de los anunciantes y sus decisiones de adquirir servicios de publicidad. Los que se anuncian en una televisión no tiene por qué anunciarse en los servicios que se prestan en internet, ni los que lo hacen en medios generalistas necesariamente lo harán en servicios de acceso condicional.

Puede que algunos de los anunciantes de RTVE solo eligieran este medio para emitir su publicidad, en atención a las características de su audiencia, o puede que lo hicieran en una pluralidad de medios. De manera que en el primer caso, no es previsible que se anuncien en otros medios por igual, y en el segundo caso, ya lo hacían, por lo que no cabe esperar mayor gasto en publicidad en ellos.

La publicidad es una manera de dar a conocer productos, servicios o acontecimientos, por lo general mediante la sugestión; pero junto a esta finalidad coexisten otras menos explícitas, como la influencia que sobre los



contenidos de la programación de los medios tienen los anunciantes, tanto más cuanto mayor sea el gasto en publicidad en ese medio. Así que en estos casos, que un medio deje de emitir publicidad, no implicará que se aumente la publicidad en otros medios.

Por si lo anterior no fuera suficiente para evidenciar que la imposición a las operadoras de telecomunicaciones no tiene justificación en la mayor capacidad económica derivada del aumento en ingresos publicitarios, producidos por la renuncia de RTVE a financiarse con tales ingresos, no hay siquiera un reflejo de esta justificación en la estructura de la exacción, puesto que la base imponible no se determina de acuerdo con el incremento de ingresos publicitarios producido a partir de la renuncia de RTVE a emitir publicidad, sino sobre los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente (excluidos los obtenidos en el mercado de referencia al por mayor) concepto en el que se incluyen los percibidos por sus servicios minoristas no audiovisuales, con las exclusiones que marca la ley, con independencia de si han experimentado un aumento o no.

El rechazo a financiar la televisión pública mediante un modelo mixto, que incluya un canon a los usuarios, cuestionado por su falta de progresividad y dificultades de recaudación, algo que el modelo finlandés trata de corregir, no puede llevar a que sean los operadores de telecomunicaciones quienes financien un servicio público con el que se encuentran en competencia por la audiencia, y sin que la ausencia de publicidad en RTVE sea suficiente para acreditar un aumento de los ingresos publicitarios de los operadores de telecomunicaciones.

FONDO DOCUMENTAL CERO