



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

## CERTIFICA

Que en la Sesión número 20/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 16 de junio de 2011, se ha adoptado el siguiente

## ACUERDO

Por el cual se aprueba la

**Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A. contra la Resolución de fecha 14 de abril de 2011, por la que se resuelve su solicitud de rectificación de las autoliquidaciones de los pagos a cuenta de la aportación prevista en el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, correspondientes a los periodos de pago de abril, julio y octubre de 2010 y de devolución de los importes ingresados.**

## I ANTECEDENTES

**PRIMERO.- Solicitud de France Telecom para la rectificación de ciertos pagos a cuenta de la aportación para la financiación de la Corporación Radio y Televisión Española.**

France Telecom España, S.A. (en adelante, France Telecom) presentó un escrito el día 9 de diciembre de 2010 en el que solicitaba la rectificación de los pagos a cuenta a realizar en abril, julio y octubre de 2010 de la aportación prevista en el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (en adelante, Ley de Financiación de la CRTVE).

Dicha solicitud fue tramitada como una solicitud de rectificación de autoliquidación a las que hace referencia el artículo 120 de la Ley 58/2003, General Tributaria (en adelante, LGT) y según los trámites previstos en los artículos 126 a 129 del Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (RGIT).

Los motivos en que France Telecom basaba su solicitud eran los siguientes:



- La inconstitucionalidad de la aportación prevista en la Ley de Financiación de la CRTVE.
- La ilegalidad del Real Decreto 1004/2010, de desarrollo de la Ley de Financiación de la CRTVE.
- La vulneración del derecho comunitario.

**SEGUNDO.-** La resolución recurrida, de fecha 14 de abril de 2011, desestima las solicitudes de France Telecom de rectificación de los pagos a cuenta de la aportación prevista en el artículo 5 de la Ley de Financiación de la CRTVE correspondiente al ejercicio 2010 de los meses de abril, julio y octubre de 2010.

Los argumentos que se basaba el acto recurrido eran los siguientes:

- La presunción de certeza de las autoliquidaciones tributarias y la falta de acreditación de los motivos alegados por France Telecom.
- La base imponible de la aportación está integrada por la totalidad de los ingresos brutos obtenidos por el operador, y no sólo por aquellos servicios audiovisuales de los que tiene responsabilidad editorial el obligado a su pago.
- La Ley de Financiación de CRTVE no excluye ningún ingreso bruto para el cálculo de la aportación, sin que su reglamento de desarrollo pueda modificar elementos esenciales del tributo, como la base imponible o los sujetos pasivos.
- Son sujetos pasivos de la aportación los operadores del servicio de televisión, tanto en abierto como de pago, en su condición de beneficiarios directos de la renuncia de la CRTVE a contenidos de pago y a la emisión de publicidad.

**TERCERO.- Recurso de reposición interpuesto por France Telecom.**

Con fecha 17 de mayo de 2011 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de France Telecom por el que interpone un recurso de reposición previo a la vía contencioso-administrativa contra la mencionada Resolución de fecha 14 de abril de 2011 a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

France Telecom solicita que se tenga por rectificadas las autoliquidaciones presentadas en su día y se acuerde la devolución de las cantidades ingresadas en concepto de aportación para la financiación de la CRTVE. Sus argumentos, parcialmente coincidentes con los expuestos en su solicitud inicial, son los siguientes:



1. La aportación para la financiación de la CRTVE es inconstitucional, porque vulnera a los principios tributarios de capacidad económica e igualdad previstos en el artículo 31.1 de la Constitución.

Para France Telecom, la renuncia de CRTVE a emitir publicidad o contenidos de pago no supone un beneficio para los operadores de telecomunicaciones que no prestan servicios audiovisuales.

En cuanto al principio de igualdad, se excluiría del gravamen a algunos operadores económicos que se benefician del nuevo esquema de financiación de la CRTVE, como los prestadores del servicio de televisión de ámbito autonómico o local, o los creadores de contenidos.

Además, mientras que los operadores de televisión calculan su aportación a partir de sus ingresos brutos, obtenidos fundamentalmente por la venta de espacios publicitarios, en el caso de los operadores de telecomunicaciones los ingresos publicitarios son inexistentes, o incluso residuales.

2. El artículo 4.1 del Reglamento que desarrolla la Ley de Financiación de CRTVE contradice a esa norma.

Según France Telecom, la Ley de Financiación de CRTVE establece que es sujeto pasivo de la aportación el operador de telecomunicaciones que preste una actividad audiovisual. Sin embargo, su norma de desarrollo, el Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la citada Ley de Financiación de CRTVE, en su artículo 4.1, dispone que esa actividad puede ser prestada por una empresa del mismo grupo, no necesariamente el operador de telecomunicaciones. Ello supondría una extensión reglamentaria del sujeto pasivo definido legalmente.

- 3.- La aportación es contraria al ordenamiento jurídico comunitario.

En opinión de la recurrente, la imposición de una carga económica como la aportación que nos ocupa a los operadores de telecomunicaciones es una infracción del artículo 12 de la Directiva de autorizaciones<sup>1</sup>, que proscribe las restricciones al libre establecimiento de los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas. En este sentido se habría pronunciado la Comisión Europea al iniciar un procedimiento de infracción por el mismo motivo.

Asimismo, France Telecom indica que la Comisión Europea incoó otro procedimiento contra el Reino de España para analizar si el nuevo modelo de financiación infringía las reglas de derecho comunitario relativas a las ayudas de estado. Aunque dicho procedimiento concluyó con una declaración de compatibilidad con el mercado común, la Comisión hizo un requerimiento de suspensión al Gobierno de España hasta que acordara la decisión final, lo que, en aplicación de la doctrina del Tribunal

---

<sup>1</sup> 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.



de Justicia de la Unión Europea, impediría la exacción a terceros de cantidades destinadas a la ayuda declarada compatible desde ese requerimiento de suspensión.

## II FUNDAMENTOS JURÍDICO PROCEDIMENTALES.

### PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 222.1 de la LGT establece que los actos susceptibles de reclamación económico-administrativa podrán ser objeto de recurso potestativo de reposición con carácter previo a la reclamación. Por su parte, el artículo 227 de la LGT prevé que son actos susceptibles de reclamación económico-administrativa, entre otros, *“los que provisional o definitivamente reconozcan o denieguen un derecho -apartado 1, letra a)-, así como las resoluciones expresas o presuntas derivadas de una solicitud de rectificación de una autoliquidación o de una comunicación de datos –apartado 2, letra b)-.*

La entidad recurrente califica expresamente su escrito como *“recurso de reposición”* y ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en los artículos 2, 3 y 23 del Real Decreto 520/2005, de 13 mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la LGT en materia de revisión en vía administrativa (RGRA). Por todo lo anterior, se califica el escrito de France Telecom como un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución relativa al recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A. contra la Resolución de fecha 14 de abril de 2011, por la que se resuelve su solicitud de rectificación de las autoliquidaciones de los pagos a cuenta de la aportación prevista en el artículo 5 de la Ley de Financiación de la CRTVE, correspondientes a los periodos de pago de abril, julio y octubre de 2010 y de devolución de los importes ingresados.

### SEGUNDO.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 223.3 de la LGT dispone que a los legitimados e interesados en el recurso de reposición les serán aplicables las normas establecidas al efecto para las reclamaciones económico-administrativas.

Por su parte el artículo 232 de la LGT prevé que estarán legitimados para promover las reclamaciones económico-administrativas los obligados tributarios y los sujetos infractores. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por ser el sujeto pasivo de las autoliquidaciones y pagos cuenta cuya rectificación se desestima en la resolución recurrida.

En atención a lo anterior, se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del recurso potestativo de reposición objeto de esta resolución.

### TERCERO.- Admisión a trámite.



De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJAP Y PAC) los recursos administrativos que interpongan los interesados han de estar fundamentados en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 o 63 de la misma Ley.

La recurrente fundamenta su recurso de reposición en diversas infracciones del ordenamiento jurídico, tal y como prevén los artículos 62 y 63 de la LRJAP Y PAC.

Finalmente, considerando que el recurso se interpone contra un acto susceptible de ser reclamado en vía económico administrativa, según lo dispuesto por el artículo 222 de la LGT, y dado que dicho recurso ha sido presentado dentro del mes siguiente a su notificación, tal y como dispone el artículo 223.1 LGT, procede su admisión y tramitación de conformidad con dichos preceptos.

#### **CUARTO.- Competencia para resolver.**

La competencia para conocer y resolver el presente procedimiento corresponde, tal y como establece el artículo 225.1 de la LGT, al Consejo de la Comisión del Mercado de las telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

### **III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES**

#### **ÚNICO.- Vigencia de la normativa que regula la aportación para la financiación de la CRTVE y deber de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de aplicarla.**

A la vista de las alegaciones de France Telecom, cabe concluir que el motivo de su recurso no es la falta de adecuación a Derecho del acto impugnado, sino la de la propia normativa que establece y regula la aportación para la financiación de la CRTVE.

A este respecto, debe señalarse que el sometimiento de las administraciones públicas a la Ley y al Derecho, al que se refiere los artículos 103 de la Constitución Española y 3 de la LRJAP Y PAC, implica que éstas no pueden dejar de aplicar una ley en vigor, por muy razonables que puedan ser las dudas en cuanto a su constitucionalidad o su acomodo al ordenamiento jurídico comunitario. Sólo el Tribunal Constitucional, a través del procedimiento de declaración de inconstitucionalidad, puede pronunciarse sobre la constitucionalidad de una Ley. Asimismo, el artículo 106.1 de la Constitución Española reserva el control de la potestad reglamentaria a los tribunales de justicia, lo que supone que a la Administración pública le está vedado pronunciarse sobre la legalidad de los reglamentos y actos de otras administraciones, así como la presentación de



cuestiones de legalidad contra disposiciones de carácter general, facultad reservada a los jueces y tribunales en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por lo tanto, valorar el ajuste a la Constitución o al derecho de la Unión Europea es una competencia que no está incluida dentro de la esfera de actuación de las administraciones públicas, que deben limitarse a respetar las normas vigentes de aplicación,

En efecto, la Ley de Financiación de la CRTVE es una norma que está plenamente en vigor, la aportación que regula es exigible a sus sujetos pasivos y esta Comisión tiene el deber ineludible de proceder a su liquidación y cobro en periodo voluntario, tal y como le ordenan sus artículos 5.6<sup>2</sup> y 6.7<sup>3</sup>:

A mayor abundamiento, si en nuestro ordenamiento jurídico la admisión de un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad no suspende la vigencia ni la aplicación de la Ley, de la disposición normativa o del acto con fuerza de Ley (artículo 30 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional), con mayor motivo una administración pública no puede dejar de cumplir los mandatos legales en el marco de la tramitación de un recurso contra uno de sus actos en el que se le alega la inconstitucionalidad de una norma.

En cuanto a las supuestas infracciones de derecho comunitario denunciadas, debe distinguirse:

- La del artículo 12 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, que proscribe la imposición de cargas económicas diferentes a las previstas en ese precepto a los operadores de telecomunicaciones por el mero hecho de serlo.
- La del artículo 11.3 del Reglamento (CE) nº 65/1999, del Consejo, de 22 de marzo de 1999, en materias de ayuda de Estado (Reglamento de ayudas de estado), que impide la ejecución del régimen de concesión de ayudas ilegales hasta que la Comisión Europea no se pronuncie sobre la compatibilidad de la ayuda con el mercado común.

Mientras que la primera infracción se refiere a una Directiva, disposición que no goza, con carácter general, de efecto directo y que no puede, por sí sola, crear obligaciones y derechos a un particular; la segunda lo sería de un Reglamento con efecto directo en nuestro ordenamiento.

En nuestro país, el Tribunal Constitucional ha declarado que el Derecho comunitario no es canon de validez de las leyes. Eso implica que en caso de conflicto entre ley

---

<sup>2</sup> Artículo 5.6. "La gestión, liquidación, inspección y recaudación de la aportación corresponden a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, pudiendo utilizar para la efectividad del cobro de la misma la vía de apremio, cuya gestión se realizará por los órganos de recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria."

<sup>3</sup> Artículo 6.7: " La gestión, liquidación y recaudación de la aportación corresponden a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, pudiendo utilizar para la efectividad del cobro de la misma la vía de apremio, cuya gestión se realizará por los órganos de recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria".



(estatal o autonómica) y Derecho comunitario sólo procede la inaplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales. Por el contrario, nuestro ordenamiento sí configura al Derecho comunitario como parámetro de legalidad de los reglamentos y, por supuesto, de los actos administrativos. En este sentido, nuestros tribunales han sancionado con la nulidad disposiciones reglamentarias por vulnerar actos comunitarios (ej., SSTS, Sala 3ª, de 15 de marzo de 1999 o de 10 de diciembre de 2002).

Estas diferencias son relevantes, por cuanto la administración de un estado miembro no puede inaplicar una norma de derecho interno por ser contraria a una comunitaria sin efecto directo, como la Directiva de autorizaciones. Ello es así porque las consecuencias del principio de primacía del derecho comunitario, y en concreto la facultad del juez nacional para obviar el derecho interno incompatible, ya sea anterior o posterior a la norma comunitaria<sup>4</sup>, no se extiende a las administraciones públicas de los estados miembros en el supuesto de normas sin efecto directo.

En lo que se refiere la supuesta vulneración del Reglamento de Ayudas de Estado por haber transferido la recaudación de la aportación a la CRTVE tras el requerimiento de suspensión efectuado por la Comisión Europea<sup>5</sup>, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que el examen de una ayuda no puede separarse del de los efectos de su modo de financiación<sup>6</sup>, de forma que el análisis de la ayuda y el de éste (en la medida en que son actos de ejecución de la ayuda) ha de estar vinculado.

Ello supondría, efectivamente, la plena aplicación de la doctrina que prohíbe la retroactividad del cobro de impuestos, cotizaciones u otro tipo de aportaciones para financiar una ayuda declarada compatible, contenida en las sentencias del TJUE de los asuntos C-261/01 y C-262/01 de fecha 21 de octubre de 2003, citadas por la recurrente.

No obstante, aunque sea someramente, debe señalarse que, a juicio de esta Comisión, las circunstancias de aquellos supuestos analizados por el TJUE no son parecidas a las concurrentes<sup>7</sup>, pues en el caso de la Ley de Financiación de CRTVE no existe retroactividad, ya que no tiene efectos anteriores a su promulgación.

En lo que respecta a la facultad exclusiva de los tribunales nacionales para acordar las medidas necesarias para la efectividad de los requerimientos de suspensión, a la misma conclusión llega la Comisión Europea en su Comunicación relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales<sup>8</sup>. En dicha Comunicación, la Comisión Europea señala que son estos

---

<sup>4</sup> Sentencias del TJUE de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629), apartados 21 y 24; de 2 de agosto de 1993, Levy, C-158/91, Rec. p. I-4287, apartado 9, y de 5 de marzo de 1998, Solred, C-347/96, Rec. p. I-937, apartado 30).

<sup>5</sup> En idéntico sentido, el artículo 108.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea dispone que “el Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva”.

<sup>6</sup> Sentencia Francia/Comisión, Asunto C-126/01.

<sup>7</sup> En esos casos, el estado Belga aprobó el cobro de exacciones parafiscales para compensar las cobradas indebidamente los años anteriores para sufragar una ayuda declarada ilegal previamente por ser incompatible con el mercado único.

<sup>8</sup> 2009/C 85/01. DOUE 9.4.2009.



últimos los competentes para hacer cumplir la obligación de suspensión y proteger los derechos individuales contra las ayudas estatales ilegales según las normas procesales internas.

En todo caso, el artículo 11 del Reglamento de Ayudas de Estado dispone que los estados miembros deberán suspender toda concesión de ayuda desde que se les notifica el requerimiento de suspensión hasta que la Comisión Europea se pronuncie sobre su compatibilidad con el mercado común. Sin embargo, ello no ocurre en el supuesto que nos ocupa. Tal y como alega France Telecom, la Comisión requirió a España información relativa al modelo de financiación de la CRTVE el día 5 de agosto de 2009 y resolvió el procedimiento previsto en el artículo 108.2 del TFUE, por Decisión de fecha 20 de julio de 2010<sup>9</sup>.

Pues bien, hasta esa fecha, la CRTVE no había percibido importe alguno recaudado en aplicación de su nuevo régimen de financiación. Además, incluso la liquidación y la recaudación de la aportación se realizaron en fechas posteriores, pues el régimen de los pagos a cuenta y autoliquidaciones del ejercicio 2010 regulado en la Disposición Transitoria Segunda del Reglamento de desarrollo de la Ley de Financiación de la CRTVE retrasaba, hasta los 20 días siguientes a la aprobación de los correspondiente modelos, su presentación y consecuentemente su pago. Pues bien, dichos modelos fueron aprobados por la Orden ITC/2373/2010, de 9 de septiembre<sup>10</sup>, publicada en el Boletín Oficial del Estado número 221, de fecha 11 de septiembre de 2010.

Por lo tanto, como consecuencia del régimen transitorio de los primeros pagos de las aportaciones, éstos se realizaron a partir del día 6 de octubre de 2010, es decir, después de que la Comisión Europea hubiera confirmado que el régimen de financiación de la CRTVE no suponía una ayuda de estado incompatible con el mercado común, lo que excluiría la infracción denunciada.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

### **RESUELVE:**

---

<sup>9</sup> Decisión de la Comisión, de 20 de julio de 2010 , relativa al régimen de ayudas C 38/09 (ex NN 58/09) que España tiene previsto ejecutar en favor de la Corporación de Radio y Televisión Española (RTVE)

<sup>10</sup> Orden ITC/2373/2010, de 9 de septiembre, por la que se aprueban los modelos de impresos de las autoliquidaciones de las aportaciones y pagos a cuenta previstos en la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación RTVE



**ÚNICO.-** Desestimar íntegramente el recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A. contra la Resolución de fecha 14 de abril de 2011, por la que se resuelve su solicitud de rectificación de las autoliquidaciones de los pagos a cuenta de la aportación prevista en el artículo 5 de la Ley de Financiación de la CRTVE, correspondientes a los periodos de pago de abril, julio y octubre de 2010 y de devolución de los importes ingresados.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que, en virtud de lo establecido en el artículo 225.5 de la Ley 58/2003, General Tributaria, contra la presente Resolución no puede interponerse de nuevo recurso de reposición. No obstante, contra la misma podrá presentarse una reclamación económico-administrativa en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta Resolución. El órgano competente para su resolución será el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), según lo previsto en el artículo 229.1 de la Ley General Tributaria. La reclamación económico-administrativa tendrá carácter previo a la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y estará dirigida al citado TEAC, si bien el escrito se presentará ante esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que lo remitirá al TEAC en el plazo de un mes junto con el expediente correspondiente, tal y como se prevé en el artículo 235.3 de la Ley 58/2003, General Tributaria.

***El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.***