



Roj: **SAN 3116/2021 - ECLI:ES:AN:2021:3116**

Id Cendoj: **28079230072021100379**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **28/06/2021**

Nº de Recurso: **384/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **JUAN CARLOS FERNANDEZ DE AGUIRRE FERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SÉPTIMA

Núm. de Recurso: 0000384 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 02374/2016

Demandante: ORANGE ESPAGNE SAU

Procurador: ROBERTO ALONSO VERDU

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO CENTRAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

SENTENCIA Nº :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. BEGOÑA FERNANDEZ DOZAGARAT

D. JOSÉ GUERRERO ZAPLANA

D. LUIS HELMUTH MOYA MEYER

D^a. YOLANDA DE LA FUENTE GUERRERO

Madrid, a veintiocho de junio de dos mil veintiuno.

VISTOS por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo **384/2016**, promovido por el Procurador de los Tribunales don Roberto Alonso Verdú, en nombre y representación de Orange Espagne, SAU, contra el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Central de 19 de enero de 2016, sobre rectificación y devolución de aportaciones -financiación RTV.

Ha sido parte recurrida la Administración General del Estado representada por la Abogacía del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Central de 19 de enero de 2016 se desestimó la reclamación económico-administrativa deducida frente a la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (antes Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) de 26 de noviembre de 2014 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la misma Comisión de 31 de julio de 2014, que desestima las solicitudes de rectificación y devolución de las aportaciones efectuadas, como pagos a cuenta y como autoliquidaciones, en virtud del artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, correspondientes a los períodos abril, julio y octubre 2013, al propio ejercicio 2013 y pago a cuenta del ejercicio 2014.

Frente a dicho acuerdo la representación procesal de Orange Espagne, SAU, interpuso recurso contencioso-administrativo.

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, en el que termina solicitando a la Sala que "dentro del plazo para dictar sentencia, eleve al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad en relación con todos los preceptos que regulan la aportación prevista en el artículo 5 de la Ley 8/2009, tanto en dicha Ley como en su Reglamento de desarrollo - Real Decreto 1004/2010-, y, en particular el propio artículo 5 de la Ley y el 4 del Reglamento que lo desarrolla, acordando posteriormente la nulidad de los actos recurridos y reconociendo el derecho de la recurrente al reintegro de 32.832.439,65 euros abonados con motivo de las autoliquidaciones y a los correspondientes intereses, de acuerdo con la sentencia que, en su caso, dicte dicho Tribunal, todo ello de conformidad con los artículos 31 y siguientes LOTC".

SEGUNDO.- 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 por la que "desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la parte recurrente; con expresa condena en costas".

TERCERO.- Habiéndose recibido el recurso a prueba se practicó documental interesada por ambas partes personadas, en los extremos admitidos por la Sala, con el resultado que obra en las actuaciones.

CUARTO.- Practicadas las pruebas se dio traslado a las partes para la presentación de conclusiones sucintas acerca de los hechos alegados, las pruebas practicadas y los fundamentos jurídicos en que apoyaron sus pretensiones.

QUINTO.- Por auto de 23 de diciembre de 2016, aclarado por el de 25 de enero de 2017, la Sala acordó la suspensión de las actuaciones hasta que se resuelva el recurso pendiente ante el Tribunal Supremo -401/2010.

SEXTO.- Por providencia de 22 de diciembre de 2017 la Sala acordó dejar en suspenso la tramitación de la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la parte recurrente, acordándose lo pertinente una vez se haya resuelto la cuestión prejudicial -recurso 96/2014.

SÉPTIMO.- En virtud de providencia de 23 de julio de 2020 la Sala acordó la suspensión de las actuaciones hasta que no se resuelva por el Tribunal Constitucional la cuestión de inconstitucionalidad planteada en el recurso 86/2014 tramitado en esta misma Sección.

OCTAVO.- Por auto del Tribunal Constitucional de 22 de septiembre de 2020 se acordó inadmitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 1094/2020 planteada por este Tribunal en relación con el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española.

NOVENO.- Concluidas las actuaciones quedaron pendientes de señalamiento para votación y fallo, el cual tuvo lugar el día 15 de junio de 2021.

DÉCIMO.- El Magistrado don Luis Helmut Moya Meyer formula voto particular.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Juan Carlos Fernández de Aguirre, quien expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo determinar si es o no conforme a Derecho el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Central de 19 de enero de 2016 por el que se desestima la reclamación económico-administrativa deducida frente a la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (antes Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones) de 26 de noviembre de 2014, que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de la misma Comisión de 31 de julio de 2014 por la que se desestiman las solicitudes de rectificación y devolución de las aportaciones efectuadas, como pagos a cuenta y como autoliquidaciones, en virtud del artículo 5 de la Ley

8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, correspondientes a los períodos abril, julio y octubre 2013, ejercicio 2013 y pago a cuenta del ejercicio 2014.

SEGUNDO.- El presente recurso se plantea en términos semejantes, cuando no iguales, al recurso 421/2014, resuelto por sentencia de 4 de mayo de 2021 desestimatoria de las pretensiones de la recurrente. De hecho, el escrito de demanda reproduce en toda su extensión, punto por punto, salvo leves retoques o adiciones, las alegaciones expuestas en el escrito de demanda formulado en dicho recurso. Por unidad de criterio y porque no existen términos hábiles que permitan modificar el criterio sustentado por la Sala en la sentencia de referencia, a la misma hemos de remitirnos en lo menester, bien que en el presente recurso las alegaciones vienen referidas al artículo 5 de la Ley 8/2009. Se dijo entonces y ahora reiteramos, que

"La representación procesal de Orange Espagne, SAU, alega que la denegación de la rectificación de las autoliquidaciones es nula, 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 lo atinente a la vulneración del artículo 31.1 CE -"Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrán alcance confiscatorio"- expone 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 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 lo referente al 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.

La Abogacía del Estado se opone al recurso haciendo suyas las razones expuestas por el Tribunal Económico Administrativo Central en el acuerdo de 19 de enero de 2016.

"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.

"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.

Procede la desestimación del recurso.

TERCERO.- Las costas se imponen a la parte recurrente.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido por la representación procesal de Orange Espagne, SAU, contra el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Central de 19 de enero de 2016, por ser conforme a Derecho.

SEGUNDO.- Las costas se imponen a la parte recurrente.



La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que 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 artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

VOTO PARTICULAR

QUE FORMULA EL MAGISTRADO HELMUTH MOYA MEYER A LA SENTENCIA DICTADA EN LOS AUTOS Nº **384/2016**.-

La inadmisión de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por este tribunal en relación al artículo 5 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.