

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR ORANGE ESPAÑA, S.A.U., CONTRA LA RESOLUCIÓN DE FECHA 31 DE JULIO DE 2014, POR LA QUE SE RESUELVEN SUS SOLICITUDES DE RECTIFICACIÓN Y DEVOLUCIÓN DE LOS PAGOS A CUENTA DE ABRIL, JULIO Y OCTUBRE DE 2013 Y ABRIL DE 2014, LA AUTOLIQUIDACIÓN DEL EJERCICIO 2013 Y UNA LIQUIDACIÓN COMPLEMENTARIA CORRESPONDIENTE A ESE MISMO AÑO, DE LA APORTACIÓN PARA LA FINANCIACIÓN DE LA CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 5 DE LA LEY 8/2009, DE 28 DE AGOSTO (EXPE. R/AJ/0311/14)

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA DE LA CNMC

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D. Josep Maria Guinart Solà

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

Secretario de la Sala

D. Tomás Suárez-Inclán González, Secretario del Consejo

En Madrid, a 26 de noviembre de 2014

Visto el expediente relativo al recurso de reposición contra la resolución de fecha 31 de julio de 2014, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Pagos a cuenta y liquidaciones de la aportación para la financiación de la CRTVE de Orange.

France Telecom España, S.A.U., en la actualidad Orange Espagne, S.A.U. (Orange, en adelante), presentó los modelos de pagos a cuenta trimestrales de su aportación a realizar como operador de comunicaciones electrónicas de ámbito geográfico estatal o superior al de una comunidad autónoma (Modelo A-3) para la financiación

de la Corporación de Radio y Televisión Española (CRTVE, en adelante) del ejercicio 2013, así como de la autoliquidación por ese mismo concepto y año (Modelo A1). Cada pago a cuenta ascendió a la cantidad de 6.860.393,31 euros, mientras que el resultado de la autoliquidación fue de 5.682.681,92 euros.

Orange también presentó una liquidación complementaria del ejercicio 2013 por importe de 1.637,07 euros.

Finalmente, en los plazos legalmente previstos, Orange presentó el pago a cuenta correspondiente al cuarto trimestre de 2014 por importe de 6.566.374,73 euros.

Todos los pagos a cuenta y autoliquidaciones a los que se ha hecho referencia más arriba fueron ingresados el mismo día de su presentación.

Segundo.- Solicitudes de rectificación.

Para cada pago a cuenta o autoliquidación, Orange presentó con posterioridad en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia una solicitud de rectificación y de devolución de los ingresos resultantes.

En ellas, Orange oponía los siguientes argumentos:

1. La inconstitucionalidad de las aportaciones, por infringir los principios constitucionales de capacidad económica, igualdad y legalidad.
2. La infracción de la Directiva 2002/20/CE y del Reglamento CE 65/1999.

Tercero.- Resolución recurrida.

Por resolución de fecha 31 de julio de 2014, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia desestimó las solicitudes de Orange, acumuladas en un único procedimiento.

Los argumentos en los que se fundamenta el acto recurrido son, en síntesis, los siguientes:

1. La presunción de certeza de las autoliquidaciones tributarias y la falta de acreditación de los motivos alegados por Orange.
2. La obligación de esta Comisión de aplicar la normativa vigente que regula la aportación para la financiación de la CRTVE.

Cuarto.- Recurso de reposición interpuesto por Orange.

Con fecha 9 de septiembre de 2014 Orange ha presentado un recurso de reposición contra la resolución a la que se ha hecho referencia más arriba.

Orange fundamenta su recurso, en síntesis, en los siguientes motivos:

1. La ilegalidad de la aportación por las siguientes razones:
 - 1.1. El *hecho imponible* estaría constituido por la obtención de ingresos por la supresión de la publicidad y la renuncia de los contenidos de pago por parte de la CRTVE, sin que Orange obtenga un beneficio directo por ello.
 - 1.2. La aportación infringe el principio de igualdad porque no se exige a empresas que sí se verían beneficiadas.
 - 1.3. Otros motivos.
 - 1.3.1. La falta de audiencia a los interesados durante la elaboración del reglamento de desarrollo de la Ley de Financiación.
 - 1.3.2. La extralimitación en la definición del sujeto pasivo por parte del reglamento de desarrollo de la Ley de Financiación. El exceso reglamentario se produciría al prever que la obligación de contribuir a la financiación de la CRTVE recaiga en operadores que no realicen las actividades que justifican esa obligación directamente sino cuando sea una empresa de su grupo quien lo haga.
2. La infracción del principio de capacidad contributiva.

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes,

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

Primero.- Calificación.

El artículo 222.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (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. Por todo lo anterior, se califica el escrito de Orange como un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de fecha 31 julio de 2014, por la que se resuelven sus solicitudes de rectificación y devolución de los pagos a cuenta de abril, julio y octubre de 2013 y abril de 2014, la autoliquidación del ejercicio 2013 y una liquidación complementaria correspondiente a ese mismo año, de la aportación para la financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto.

Segundo.- Legitimación de la entidad recurrente.

El artículo 223.3 de la LGT establece 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 dispone 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 la obligada al pago de las aportaciones establecidas en el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (Ley de Financiación de la CRTVE, en adelante) a las que se refieren los pagos a cuenta y la autoliquidación cuya rectificación fue objeto de 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 recurrido 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 a trámite.

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, a la Sala de Supervisión regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero.- Sobre la vigencia de la normativa que regula la aportación para la financiación de la CRTVE y deber de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de aplicarla.

En su recurso, Orange reconoce que esta Comisión carece de competencia para analizar la *legalidad de la aportación*. No obstante, incluye en su recurso determinadas consideraciones sobre la Ley de Financiación de la CRTVE. El objeto de las mismas no está claro pues, lejos de apoyar la pretensión de reposición del acto recurrido con base en ellas, se reproducen diferentes argumentos relativos a la supuesta falta de justificación de la aportación en el caso de los operadores de servicios de comunicaciones electrónicas. Así, la recurrente considera que la renuncia de la CRTVE a emitir publicidad y contenidos de pago no supone una mayor capacidad económica que justifique la imposición de una prestación patrimonial de carácter público y denuncia que esta Comisión está exigiendo su aportación en base a una riqueza *“que es más futura y potencial que real y presente”*. Asimismo, considera que la exigencia a los operadores de comunicaciones electrónicas, y no a otro tipo de empresas, como los productores de contenidos audiovisuales o las cadenas de radio, infringe el principio de igualdad.

Las anteriores alegaciones ya fueron analizadas en el acto recurrido. Orange parece olvidar que la CNMC no decide a quién exige el pago de la prestación para la financiación de la CRTVE, sino que se limita a aplicar una Ley en vigor que así lo dispone, tal y como exige el principio de legalidad tributaria al que se refiere el artículo 7 de la LGT.

La extinta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ya resolvió en repetidas ocasiones¹ solicitudes similares y argumentó que el sometimiento de las administraciones públicas a la Ley y al Derecho, al que se refieren los artículos 103 de la Constitución Española y 3 de la LRJAP y PAC, supone que éstas no pueden dejar de aplicar una ley en vigor aunque surjan dudas sobre su constitucionalidad o su ajuste al Derecho de la Unión Europea. En ese sentido, la Ley de Financiación de la CRTVE es una norma que está plenamente vigente, la aportación que regula es exigible a los obligados a su pago 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 y 6.7 en relación con las disposiciones adicional decimocuarta y transitoria cuarta de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Las anteriores consideraciones son, asimismo, aplicables a la denunciada vulneración del principio de capacidad a la que la recurrente dedica la segunda de sus alegaciones. En ella, Orange insiste en que los ingresos a considerar para el cálculo de la aportación deben ser aquellos obtenidos por los servicios audiovisuales o aquellos que incluyan algún tipo de publicidad y en que no ha obtenido un beneficio directo por la supresión de la publicidad en la CRTVE o por la ampliación de los servicios de banda ancha fija y móvil o de la nueva regulación del sector audiovisual, pues su modelo de negocio se basa en el cobro de cuotas de abono por servicios de comunicaciones electrónicas. No obstante, sin perjuicio de ello, no puede pasarse por alto el contenido literal del artículo 5 de la Ley de Financiación de la CRTVE, que obliga a los operadores de comunicaciones electrónicas a contribuir a la financiación del citado ente público cuando cumplan una serie de requisitos, como es el caso de Orange. La aportación se calcula a partir de los ingresos brutos de explotación obtenidos en el año correspondiente, tal y como hizo la recurrente en

¹ Resolución de fecha 8 de septiembre de 2011 relativa al recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, S.A. contra la Resolución de fecha 28 de julio de 2011, por la que se resuelve sus solicitudes de rectificación y devolución de las autoliquidaciones relativas a las aportaciones establecidas en los artículos 5 y 6 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, correspondientes al ejercicio 2010 y a los pagos a cuenta del mes de abril de 2011 (AJ 2011/1901); la Resolución de fecha 19 de abril de 2012, relativa al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra la Resolución de fecha 9 de febrero de 2012, por la que se acuerda la emisión de una liquidación complementaria de la aportación establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009 a ingresar por la recurrente en el ejercicio 2010 (AJ 2012/478); resolución de fecha 29 de noviembre de 2012, relativa al recurso de reposición interpuesto por France Telecom España, SAU, contra la Resolución, de fecha 27 de septiembre de 2012, por la que se desestiman las solicitudes de rectificación y devolución de los pagos a cuenta de octubre de 2011, de las autoliquidaciones de dicho ejercicio y, asimismo, de los pagos a cuenta de abril y julio de 2012, correspondientes a las aportaciones previstas en los artículos 5 y 6 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española. (AJ 2012/2421).

las declaraciones y pagos a cuenta cuya rectificación deniega la resolución recurrida.

Las conclusiones defendidas por Orange contradicen la literalidad de la norma y se alcanzan tras una serie de consideraciones e interpretaciones que, con independencia de su acierto, no pueden suponer que esta Comisión incumpla el deber de gestionar la aportación en los términos en los que está legalmente definida. En este sentido, y de conformidad con lo ya expuesto, no corresponde a la administración enjuiciar la adecuación de las leyes y reglamentos al conjunto del ordenamiento jurídico.

Finalmente, debe rechazarse la interpretación defendida por la recurrente de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 12 de julio de 2012 (asuntos acumulados C-55/11, C-57/11 y C-58/11). Según Orange, el Tribunal habría concluido que las tasas y demás aportaciones no pueden tener un fin meramente recaudatorio. Sin embargo, a juicio de esta Comisión, el objeto de la cuestión analizada por el Tribunal de Justicia difiere del análisis de la adecuación de la aportación para la financiación de la CRTVE al principio de capacidad. La sentencia citada se refiere a la compatibilidad de la tasa por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, en particular del subsuelo, del suelo y del vuelo de las vías públicas municipales, prevista en los apartados 1 y 3 del artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, a los operadores que utilizan recursos instalados en la propiedad pública o privada para prestar servicios de telefonía móvil, con las previsiones del artículo 13 de la Directiva de Autorización², que regula las tasas que pueden imponerse a los operadores de redes y prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas por, entre otros supuestos, el otorgamiento de derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada. Así, en esa ocasión el Tribunal no se pronuncia con carácter general sobre la posibilidad de los estados miembros de establecer tasas con finalidad recaudatoria, sino solamente sobre si pueden imponer a los operadores de telecomunicaciones, por el mero hecho de serlo, tributos diferentes de los previstos en los artículos 12 y 13 de la Directiva de Autorización. La conclusión del Tribunal no se basa en que la tasa municipal no cumpla el principio de capacidad, sino en la interpretación del artículo 13 de la Directiva de Autorización en relación con el artículo 11 de la Directiva Marco³, que descarta que el operador que no sea propietario de los recursos cuya instalación permite la imposición de tributos específicos pueda ser obligado a su pago.

² 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.

³ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

En este sentido, el propio Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado en su Sentencia de fecha 27 de junio de 2013, como señala la propia Orange, al señalar que una obligación pecuniaria con las características de la aportación francesa para la financiación de los servicios públicos de radiodifusión, que la aportación española con idéntico fin comparte, no infringe las previsiones de la citada Directiva porque no se impone a todos los operadores por el hecho de ser titulares de una autorización general o del derecho de uso de radiofrecuencias o números, sino que, por el contrario, está ligada a la actividad de los operadores como prestadores de comunicaciones electrónicas a los usuarios finales.

Finalmente, al contrario de lo que señala Orange, debe matizarse que el principal objetivo de los tributos y demás prestaciones patrimoniales de carácter público es la financiación de los gastos públicos, por lo que tienen una finalidad eminentemente recaudatoria. Ello no impide la necesaria aplicación de los principios de capacidad, igualdad, progresividad y no confiscatoriedad a los que se refiere el artículo 31 de la Constitución Española y cuyo cumplimiento en el diseño de las aportaciones contenido en la Ley de Financiación de la CRTVE no corresponde analizar a esta Comisión, como se ha explicado más arriba.

Segundo.- Sobre la supuesta extralimitación de la definición del sujeto pasivo.

Orange denuncia la contradicción entre el artículo 5 de la Ley de Financiación de la CRTVE y el artículo 4.1 del Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla ésta. A su juicio, el desarrollo reglamentario amplía la definición del sujeto pasivo, pues según la Ley el pago de la aportación se exigirá a los operadores de ámbito geográfico estatal o superior a una comunidad autónoma del servicio telefónico o de acceso a internet y que presten simultáneamente algún servicio audiovisual u otro que incluya cualquier tipo de publicidad. Sin embargo, el reglamento añade que estos dos últimos requisitos también concurren aunque los cumpla una empresa del mismo grupo. De esta manera, podría darse el caso de operadores que, según el tenor literal de la Ley de Financiación de la CRTVE no estuvieran obligados al pago de la aportación porque no prestan servicios audiovisuales ni otros que incluyan algún tipo de publicidad y, sin embargo, según el Reglamento, si lo estén porque alguna empresa de su mismo grupo lo hace.

El anterior motivo, en todo caso, se refiere a la ilegalidad del reglamento de desarrollo, no a la propia situación de Orange, de manera que, incluso si no contuviera esa previsión *extensiva*, el resultado de su aportación sería idéntico porque Orange prestaba en el año 2013, a través de la misma sociedad (Orange Espagne, S.A.U.), tanto servicios de comunicaciones electrónicas como servicios audiovisuales. Por lo tanto, ya que si se dejase de aplicar la previsión reglamentaria

discutida el acto recurrido no se vería afectado, no hay motivos para estimar el motivo impugnatorio.

Lo anterior se señala sin perjuicio de la aplicación del artículo 52.2 de la LRJAP y PAC, según el cual las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, y que no deja de ser más que una manifestación del principio de legalidad y de sometimiento de la actividad administrativa al Derecho, del que forman parte las normas reglamentarias. Aunque la cuestión es doctrinalmente discutida, desde el punto de vista del Derecho positivo solo los tribunales pueden inaplicar los reglamentos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. De esta manera, aunque un reglamento sea contrario a Derecho, mientras un tribunal no declare su invalidez, sigue vigente y debe ser aplicado por todos sus destinatarios y en especial por la administración pública. De no ser así, el principio de seguridad jurídica se vería resentido y se dejaría al criterio de cada órgano administrativo la aplicación de las normas formalmente vigentes.

También es esta la opinión es el Tribunal Supremo, que en la sentencia de su Sala de lo Contencioso-administrativo de 5 de febrero de 1988 concluyó que:

“... ya que los órganos de la Administración carecen de competencia para dejar de aplicar, aun cuando fuere ilegal, un Real Decreto emanado del Gobierno, en quien reside constitucionalmente la potestad reglamentaria...”

Tercero.- Ausencia del trámite de audiencia.

Orange alega la ausencia del trámite de audiencia durante procedimiento para la aprobación del Real Decreto 1004/2010, porque solo se concedió al Consejo Asesor de las Telecomunicaciones (CATSI) el plazo de dos días para verificar el asesoramiento al que se refiere la Disposición Adicional Quinta de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, derogada en la actualidad por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, de igual título, aunque vigente en el momento de su aprobación, en relación con el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1998, de 27 de noviembre, del Gobierno, que prevé el trámite de audiencia a través de organizaciones y asociaciones que agrupen o representen a los intereses legítimos de los ciudadanos reconocidas en la ley.

Dicha alegación es novedosa por cuanto que no fue realizada durante la tramitación del procedimiento. Pese a que su carácter extemporáneo impediría su consideración en vía de recurso, se justifican a continuación los motivos de su desestimación.

Orange denuncia la ausencia del trámite de audiencia. Sin embargo, dicha afirmación es contradictoria, al reconocer en su propio recurso que el CATSI fue convocado para una reunión en la que se analizó, al menos, el citado proyecto

normativo. En efecto, de conformidad con lo alegado por la propia recurrente, y según se refleja en el informe del Consejo de Estado⁴, el proyecto fue remitido al CATSI, constando que su Comisión Permanente tomó conocimiento del mismo en la reunión celebrada el 24 de junio de 2010. Con posterioridad, once entidades asistentes a la misma formularon sus observaciones, entre las que se encontraba la asociación de Operadores de Telecomunicaciones con red propia, REDTEL, de la que formaba parte Orange.

Por lo tanto, y al contrario de lo expuesto por Orange, es evidente que se verificó el trámite de audiencia a través de la intervención del CATSI y la formulación de observaciones al proyecto normativo por parte de sus miembros.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia,

RESUELVE

ÚNICO.- Desestimar íntegramente el recurso de reposición presentado por Orange España, S.A.U., contra la resolución de fecha 31 julio de 2014, por la que se resuelven sus solicitudes de rectificación y devolución de los pagos a cuenta de abril, julio y octubre de 2013 y abril de 2014, la autoliquidación del ejercicio 2013 y una liquidación complementaria correspondiente a ese mismo año, de la aportación para la financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española establecida en el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y a la Asesoría Jurídica y notifíquese al interesado, haciéndole saber que puede interponer contra ella una reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Central en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a su notificación.

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 10.g) del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

⁴ Número de expediente: 1626/2010 (PRESIDENCIA).
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2010-1626>