



Roj: **STS 2429/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:2429**

Id Cendoj: **28079130022017100236**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **14/06/2017**

Nº de Recurso: **401/2010**

Nº de Resolución: **1049/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En Madrid, a 14 de junio de 2017

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo que con el número 401/2010 ante la misma pende de resolución, interpuesto por REDTEL, Asociación Española de Operadores de Telecomunicaciones (REDTEL), representada por el Procurador don Jaime Briones Méndez, frente al Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española. Habiendo sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- Por REDTEL, Asociación Española de Operadores de Telecomunicaciones (REDTEL), se interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1437/2010 a que antes se ha hecho referencia, el cual fue admitido por la Sala, motivando la reclamación del expediente administrativo que, una vez recibido, se puso de manifiesto a la parte recurrente para que formalizase la demanda dentro del correspondiente plazo, lo que verificó mediante un escrito en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos de Derecho que estimó oportunos, terminó con un "Suplico" y seis "Otrosí Digo":

" **SUPlico A ESTA EXCMA. SALA** que tenga por presentado este escrito de DEMANDA, con los documentos que lo acompañan, lo admita, y en su virtud, continúe la tramitación de este procedimiento hasta dictar Sentencia por la que:

- declare la nulidad total del RD 1004/2010, o

- subsidiariamente, declare la nulidad, al menos, de sus artículos 4, 5, 6.5, y de su disposición transitoria segunda, reglas 2ª, y 3a.

**OTROSÍ DIGO PRIMERO** que interesa el recibimiento del pleito a prueba para la acreditación de los siguientes hechos controvertidos:

· Autorización de la Comisión Europea al Reino de España para la ejecución de una ayuda de Estado conforme al régimen de financiación previsto para la CRTVE, en fecha de 20 de julio de 2010.

· Incoación de recurso por infracción contra el Reino de España, a instancias de la Comisión Europea, y ante el TJUE, respecto de la aportación impuesta a los operadores de telecomunicaciones, en fecha de 14 de marzo de 2011.

· Objeto social de REDTEL, conforme a sus Estatutos.



- Inexistencia de mercados territoriales autonómicos identificados para el tráfico telefónico, conforme al criterio de la cm (resolución de la CMT, de 12 de diciembre de 2008, por la que se aprueba la revisión de los Mercados Minoristas de Tráfico Telefónico disponibles al público prestados desde una ubicación fija).
- Relevancia del servicio portador de la señal de televisión (resolución de la CMT, de 21 de mayo de 2009, por la que se define y regula el segmento mayorista del servicio portador de la señal de televisión).
- Ingresos de los operadores de comunicaciones electrónicas y de televisión, antes y después de la entrada en vigor de la LEY 8/2009.
- Impacto económico que la entrada en vigor del nuevo sistema de financiación de la CR1 VE ha tenido en los ingresos de los operadores de telecomunicaciones y de los operadores de comunicación audiovisual televisiva.
- Tratamiento separado que la información institucional que el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ofrece en su página web en relación a la distinción entre la televisión por ondas terrestres, cable, satélite y por internet (dispositivos móviles y ADSL).
- Incoación por la Comisión Europea de un procedimiento en materia de ayudas de Estado en relación con el nuevo modelo de financiación de la CRTVE (carta de la Comisión Europea remitida el 2 de diciembre de 2009).
- Criterio de la CMT sobre la imposición de la aportación del artículo 6 de la LEY 8/2009 sobre los productores de canales temáticos de televisión de pago (resolución de la CMT de 17 de marzo de 2011 -expediente AD 2020/2011-).
- Transformación ordenada por la CMT de los prestadores del servicio de vídeo bajo demanda y vídeo casi bajo demanda de la condición de operadores de comunicaciones electrónicas a la de operadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva (resolución de la CMT, en el expediente RO 2010/1042, de fecha 21 de octubre de 2010).

Por este motivo,

**SUPLICO A ESTA EXCMA. SALA** que tenga por solicitado el recibimiento del pleito a prueba respecto de los hechos controvertidos.

**OTROSÍ DIGO SEGUNDO** que mi representada anuncia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 337.1 de la LEC aplicable supletoriamente al procedimiento contencioso-administrativo, la presentación de un informe pericial, que le ha sido imposible aportar junto a la demanda.

El informe pericial tendrá por objeto principal la acreditación del punto de hecho controvertido sobre el impacto económico que la entrada en vigor del nuevo sistema de financiación de la CRTVE ha tenido en los ingresos de los operadores de telecomunicaciones y de los operadores de comunicación audiovisual televisiva.

Por lo expuesto,

**SUPLICO A ESTA EXCMA. SALA** que tenga por realizada la anterior manifestación a los efectos oportunos.

**OTROSÍ DIGO TERCERO** que intereso la celebración de conclusiones escritas, para el momento procesal oportuno.

Por este motivo,

**SUPLICO A ESTA EXCMA. SALA** que tenga por solicitada la celebración de conclusiones escritas.

**OTROSÍ DIGO CUARTO** que la cuantía de este procedimiento es indeterminada, conforme al artículo 42.2 de la LJCA, al tratarse de la impugnación de una disposición de carácter general.

Por este motivo,

**SUPLICO A ESTA EXCMA. SALA** que tenga por designada la cuantía del pleito como indeterminada.

**OTROSÍ DIGO QUINTO** que, en la medida que se ha fundamentado la nulidad del RD 1004/2010 en la vulneración por la LEY 8/2009 de normas superiores de Derecho Comunitario, en los Fundamentos de Derecho Octavo (apartados 2 y 3) y Noveno (apartado 3), interesa, si el Tribunal Supremo lo considera necesario, el planteamiento de una cuestión prejudicial de derecho comunitario sobre tales cuestiones, ante el TJUE.

Esta parte considera que los artículos 18, 49 y 56 del TFUE, y el artículo 12 de la Directiva de Autorización tienen un contenido suficientemente claro para ser directamente aplicado por esa Excma. Sala. No obstante, si esa Excma. Sala albergase una duda sobre la interpretación de los artículos citados, procedería el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE, conforme al artículo 234 del TFUE.



En la jurisprudencia comunitaria, el TJUE ha manifestado, mediante la doctrina del acto claro, que existen supuestos en que no es obligatorio el planteamiento de la cuestión prejudicial. La doctrina del acto claro arranca principalmente de la Sentencia del TJUE de 6 de octubre de 1982 (Asunto c-283/81, Ap. 16), con el siguiente tenor:

"Finalmente, la correcta aplicación del Derecho comunitario puede ser tan evidente que no deje margen para ninguna duda razonable en cuanto a la forma en que sería resuelta la cuestión que se elevase. Antes de alcanzar la conclusión de que se está en ese caso, la Corte o Tribunal nacional debe estar convencido de que la materia es igualmente evidente para los Tribunales de otros Estados miembros y para el Tribunal de Justicia. Sólo si se satisfacen esas condiciones, podrá la Corte o Tribunal nacional abstenerse de plantear la cuestión ante el Tribunal de Justicia y tomar la responsabilidad de resolverla por sí mismo".

Es decir, la doctrina del acto claro ha de interpretarse equilibradamente con la finalidad para la que se encuentran establecidas las cuestiones prejudiciales, que no es otra que la interpretación uniforme del Derecho comunitario por parte del TJCE (cfr. Sentencia de esta Excma. Sala de 6 de noviembre de 2004 -RJ 7836-).

Asimismo, conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de abril de 1989 (RJ 4524): "la **validez** de esa norma comunitaria es indiscutible y ni siquiera ha sido puesta en tela de juicio, mientras que su sentido y alcance son claros y no existen zonas oscuras en su **interpretación**. [...] No es ésta una de las dos circunstancias que podrían servir de soporte para someterla al conocimiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como **cuestión prejudicial**" (en el mismo sentido encontramos la Sentencia de esta Excma. Sala de 16 de diciembre de 2000 -81 2000/9501-).

Entiende respetuosamente esta parte que, en el presente caso, habiendo pronunciamientos previos del TJUE respecto de (i) la ilegalidad de someter a imposición a los operadores de comunicaciones electrónicas, por el mero hecho de serlo, sin referencia alguna a los costes administrativos del servicio, y (ii) respecto del alcance del principio de prohibición de la discriminación indirecta por razón de nacionalidad, no resulta necesario el planteamiento de la cuestión prejudicial.

Sin embargo, en virtud de lo anterior, para el caso de que esta Excma. Sala tuviese una duda razonable sobre la interpretación de los artículos 18, 49 y 56 del TFUE, y del artículo 12.1 de la Directiva de Autorización, podrían plantearse las siguientes cuestiones ante el TJUE:

1º) La obligación que recae sobre los operadores de comunicaciones electrónicas que presten el servicio telefónico fijo, móvil o el servicio de acceso a internet, en un ámbito territorial superior al autonómico, de contribuir a la financiación de la Corporación Radio Televisión Española con un porcentaje de sus ingresos brutos de facturación, ¿supone una vulneración de la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, del artículo 18 del TFUE, al excluir del pago de la aportación a operadores que, por limitar territorialmente sus servicios, serán normalmente, en la mayoría de los casos, operadores nacionales?.

2º) La obligación que recae sobre los operadores de comunicaciones electrónicas que presten el servicio telefónico fijo, móvil o el servicio de acceso a internet, y sobre los operadores que presten servicios de comunicación audiovisual televisiva, en un ámbito territorial superior al autonómico, de contribuir a la financiación de la Corporación Radio Televisión Española con un porcentaje de sus ingresos brutos de facturación, ¿supone una vulneración del artículo 12.1 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 de Autorización), por (i) recaer sobre los operadores por el mero hecho de serlo, y sin relación alguna con los costes administrativos del servicio, y (ii) por imponerse de modo discriminatorio?.

Por lo que

**SUPLICO A ESTA EXCMA. SALA** que tenga por solicitado, si fuera necesario, el planteamiento de una cuestión prejudicial de Derecho Comunitario respecto de los extremos referidos.

**OTROSÍ DIGO SEXTO** que, en la medida que se ha fundamentado al nulidad del RD 1004/2010 en la vulneración por la LEY 8/2009 de normas de la Constitución, en los Fundamentos de Derecho Octavo (apartados 4 y 5) y Noveno (apartado 2), interesa el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional respecto de tales cuestiones.

Los artículos 5 y 6 de la LEY 8/2009 que crean y regulan las aportaciones de los operadores de telecomunicaciones y de televisión, vulneran los principios de capacidad económica (el artículo 5) e igualdad tributaria (los artículos 5 y 6) del artículo 31.1 de la Constitución.

Esta Sala no puede decidir la inaplicación del precepto de una norma con rango de ley, como son los artículos 5 y 6 de la LEY 8/2009, pero sí plantear la cuestión de su posible inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, en aplicación del artículo 163 de la Constitución, de acuerdo con el cual:



"Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos".

Son, por tanto, requisitos para que proceda el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, los siguientes: (i) que el fallo del proceso en cuyo seno se plantee la cuestión de inconstitucionalidad dependa de la validez de una determinada norma con rango de ley; y (ii) que el órgano judicial albergue dudas sobre la constitucionalidad de esa norma con rango de Ley. En el presente caso, concurren, sin duda, los dos requisitos enumerados:

(i) La validez del fallo que recaiga en el presente procedimiento depende de la validez de los artículos 5 y 6 de la LEY 8/2009, pues es en esos artículos donde se configuran las aportaciones de los operadores a la financiación de la CRTVE, que sirven de cobertura para los artículos 4 y 5 del RD 1004/2010.

(ii) En los Fundamentos de Derecho Octavo (apartados 4 y 5) y Noveno (apartado 2) de este escrito de demanda se ha argumentado con detalle cómo los artículos 5 y 6 de la LEY 8/2009 vulneran frontalmente los principios constitucionales de capacidad económica e igualdad tributaria.

La cuestión de inconstitucionalidad sólo pueda plantearse "una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia" ( artículo 35.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional -"LOTC "-). No obstante, y pudiéndose plantear la cuestión de constitucionalidad a instancia de parte ( artículo 35.1 de la LOTC ) nada impide a esta parte solicitar su planteamiento en este momento procesal, a la vista de la trascendencia de las infracciones constitucionales en que se sustenta en última instancia el Decreto objeto del presente recurso.

En su virtud,

**SUPlico A ESTA EXCMA. SALA** que, con arreglo al artículo 163 de la Constitución y 35 y siguientes de la LOTC, plantee al Tribunal Constitucional, una vez concluido el presente procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia, la posible vulneración de los principios constitucionales de capacidad económica por el artículo 5 de la LEY 8/2009 e igualdad tributaria por los artículos 5 y 6 de la LEY 8/2009 ( artículo 31.1 de la Constitución ).

**SEGUNDO.-** El señor Abogado del Estado, en la representación que le es propia, formalizó su oposición pidiendo:

"(...) dictándose sentencia por la que se desestime íntegramente a demanda, confirmando la disposición impugnada, con condena en todo caso a la actora de las costas incurridas".

**TERCERO.-** Hubo recibimiento a prueba y, declaradas concluidas las actuaciones, por providencia de 24 de octubre de 2012 se señaló inicialmente para votación y fallo la audiencia del día 9 de enero de 2013; y por providencia de esta fecha se acordó:

"La Sala acuerda suspender el señalamiento para votación y fallo previsto para esta fecha a la espera de la resolución por el Tribunal General de la Unión Europea del recurso de anulación interpuesto contra la Decisión 2011/1/UE de la Comisión, de 20 de julio de 2010, relativa al régimen de ayudas C38/09 (ex NN 58/09) que España tiene previsto ejecutar en favor de Radio Televisión Española (asunto T-533/10 R)".

**CUARTO.-** El Abogado del Estado comunicó a esta **Sección Segunda** que la Comisión Europea había desistido de su recurso en el asunto C-468/11 y la providencia de 25 de octubre de 2013 acordó:

"Dada cuenta; únanse los escritos presentados, y no habiéndose resuelto por el Tribunal General de la Unión Europea el recurso de anulación interpuesto por Distribuidora de Televisión Digital SA, contra la decisión de la Comisión Europea, de 20 de julio de 2010, "relativa al régimen de ayudas nº C3872009 (EX NN 58/09) que España tiene previsto ejecutar a favor de la Corporación de Radio y Televisión Española", asunto t.533/10, la Sala acuerda esperar a la decisión definitiva de dicho recurso para el nuevo señalamiento para votación y fallo".

**QUINTO.-** Recaída sentencia del Tribunal General de la Unión Europea en el asunto T533/10, la providencia de 5 de septiembre de 2014 dispuso conceder alegaciones a las partes litigantes y así lo hicieron, interesando el Abogado del Estado la continuación del procedimiento y pidiendo la representación procesal de REDTEL

"(se) proceda señalar fecha para votación y fallo, valorando en el momento procesal oportuno el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad y de cuestión prejudicial en los términos de los Otrosíes Quinto y Sexto de la demanda (...)".

**SEXTO.-** La Diligencia de ordenación de 25 de septiembre de 2014 acordó:





"Únanse las manifestaciones contenidas en los escritos presentados por la Abogacía del Estado y el Procurador Sr. Briones Méndez; dése copia".

**SÉPTIMO.-** La providencia de 13 de octubre de 2014 resolvió:

*"Interpuesto por DTS Distribuidora de Televisión Digital, S.A., recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-449/14 P, DTS Distribuidora de TELEVISIÓN Digital/Comisión, frente a la sentencia de 11 de julio de 2014 del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Tercera) en el asunto T-533/10, que desestimó el recurso de anulación que promovió contra la Decisión 2011/1/UE de la Comisión, de 20 de julio de 2010, relativa al régimen de ayudas C 38/09 (ex NN 58/09), la Sala acuerda dejar sin efecto la diligencia de ordenación de fecha veinticinco de septiembre de dos mil catorce, quedando suspendido el señalamiento para votación y fallo, hasta que se produzca la resolución del mencionado recurso de casación".*

**OCTAVO.-** Una vez conocido que se había dictado sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviendo el recurso de casación interpuesto por DTS Distribuidora de Televisión Digital SA en el asunto C-449/14 P, la providencia de 12 de diciembre de 2016 dispuso alzar la suspensión acordada en su día en el presente recurso contencioso-administrativo y conceder alegaciones por diez días a las partes litigantes.

En dicho trámite el Abogado del Estado solicitó la continuación del procedimiento y el señalamiento para votación y fallo, mientras que la representación procesal de REDTEL pidió:

*"(se) proceda señalar fecha para votación y fallo, valorando en el momento procesal oportuno el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad y de cuestión prejudicial en los términos de los Otrosíes Quinto y Sexto de la demanda (...)"*.

**NOVENO.-** Tras todo lo anterior se señaló para votación y fallo la audiencia del día 16 de mayo de 201, continuándose la deliberación hasta el inmediato posterior día 31.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La actuación impugnada en el actual proceso contencioso-administrativo y las pretensiones de la demanda.

La recurrente en este proceso es REDTEL Asociación Española de Operadores de Telecomunicaciones (REDTEL) y dirige su actual impugnación jurisdiccional contra el Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española.

El "suplico" de su demanda, que ha sido transcrito en los antecedentes, deduce como pretensión principal la nulidad total de ese Real Decreto 1004/2010 y, subsidiariamente, interesa la nulidad de los artículos 4, 5, 6.5 y la disposición transitoria segunda (reglas 2ª y 3ª) de esa norma reglamentaria que es objeto de impugnación.

Para que puedan ser acogidas dichas pretensiones se pide a esta Sala en el Otrosí Digo Quinto de la demanda, también transcrito en los antecedentes, el planteamiento de cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

La petición se realiza en relación con los artículos 18, 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el art. 12. 1 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 de Autorización], y a fin de que se formulen dos interrogantes que, expuestos brevemente, se pueden resumir así:

(1) Si la aportación impuesta a los operadores de telecomunicaciones supone una discriminación por razón de la nacionalidad del artículo 18 TFUE, al excluirse de dicha aportación a operadores que limitan territorialmente sus servicios (a una Comunidad Autónoma) y ser la mayoría de estos nacionales de España.

(2) Si esa misma aportación supone una vulneración del art. 12.1 de la Directiva de autorización por (i) recaer sobre los operadores por el mero hecho de serlo, sin relación con costes administrativos y (ii) por imponerse de modo discriminatorio.

Así mismo se pide el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, en el Otrosí Digo Sexto de la demanda, igualmente transcrito en los antecedentes, que es referida a los artículos 5 y 6 de la Ley 8/2009 que, respectivamente, regulan las aportaciones a la financiación de la Corporación RTVE de los operadores de telecomunicaciones y las sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión, y con la finalidad de que se valore y decida la posible vulneración por dichos preceptos legales de los principios de capacidad económica e igualdad tributaria reconocidos en el art. 31.1 de la Constitución (CE).

**SEGUNDO.-** Los motivos de impugnación invocados en la demanda para apoyar sus pretensiones.



Expuestos ahora en su enunciado inicial, y sin perjuicio de lo que más adelante se dirá con ocasión de su análisis, son estos que continúan.

I.- Nulidad del RD 1004/2010 por infracción del procedimiento de elaboración de disposiciones generales, al no haber respetado lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, por estas razones:

- a) Ausencia de un nuevo dictamen del Consejo de Estado a pesar de la modificación "*sustancial*" de la base imponible en la versión final del RD 1004/2010.
- b) Ausencia de informe de la Comisión Permanente del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (CATSI).
- c) Falta de motivación de la urgencia que autoriza la reducción del plazo de quince días hábiles de audiencia al «CATSI».

II.- Nulidad del artículo 4 del RD 1004/2010, "*Aportación de los operadores de comunicaciones electrónicas que presten servicios audiovisuales o incluyan publicidad*", por lo siguiente:

- a) Nulidad por incumplimiento 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 (*Directiva de Autorización*).
- b) Nulidad por incumplimiento del artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea [versión consolidada publicada en el DOUE, serie C, nº 326, de 26 de octubre de 2012, p. 47].
- c) Nulidad por incumplimiento del principio de capacidad económica del artículo 31.1 de la Constitución Española.
- d) Nulidad por incumplimiento del principio de igualdad tributaria del artículo 31.1 de la Constitución Española.
- e) Nulidad parcial por incumplimiento del principio de reserva de ley tributaria del artículo 31.3 de la Constitución Española, y de la prohibición del desarrollo reglamentario "*ultra vires*", de los artículos 23.2 de la Ley del Gobierno y 7.1.e) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, por extensión del ámbito del hecho imponible.
- f) Nulidad parcial por incumplimiento del principio de reserva de ley tributaria del artículo 31.3 de la Constitución Española, de la prohibición del desarrollo reglamentario "*ultra vires*", de los artículos 23.2 de la Ley del Gobierno y 7.1.e) de la Ley General Tributaria, y de la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución Española, por extensión del ámbito de la base imponible.

III.- Nulidad del artículo 5 del RD 1004/2010 "*Aportación a realizar por los prestadores del servicio de televisión*".

Para lo que se aduce que esa obligación de aportación adolece de estos defectos invalidantes:

- a) Nulidad por incumplimiento del artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en relación con los artículos 49 y 56 del mismo.
- b) Nulidad por incumplimiento del principio de igualdad tributaria del artículo 31.1 de la Constitución Española.
- c) Nulidad parcial por la extensión del hecho imponible a aquellos operadores que presten el servicio de telecomunicación audiovisual televisiva por Internet (televisión IP), por ser contraria al principio de reserva de ley tributaria del artículo 31.3 de la Constitución Española, y a la prohibición del desarrollo reglamentario "*ultra vires*", de los artículos 23.2 de la Ley del Gobierno y 7 de la Ley General Tributaria.
- d) Nulidad parcial por la extensión del hecho imponible a aquellos operadores que, prestando el servicio de comunicación audiovisual televisiva de manera interactiva (bajo demanda o a petición del usuario), en el momento de entrada en vigor de la Ley 8/2009 no merecían la consideración de prestadores de servicios de televisión sino de prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas; por ser esta extensión (según la recurrente) contraria al principio de reserva de ley tributaria del artículo 31.3 de la Constitución Española, y a la prohibición del desarrollo reglamentario "*ultra vires*", de los artículos 23.2 de la Ley del Gobierno y 7.1.e) de la Ley General Tributaria.
- e) Nulidad del apartado 2, *in fine*, porque extiende el hecho imponible a aquellos casos en que la prestación de los servicios se realice «directamente o a través de una empresa del mismo grupo en los términos establecidos por el artículo 42 del Código de Comercio», vulnerando el principio de reserva de ley tributaria y la prohibición del desarrollo reglamentario "*ultra vires*" de la Ley.

IV.- Nulidad del artículo 6.5 del RD 1004/2010.



Porque vulnera el artículo 31.2 de la Ley General Tributaria, que exigiría realizar en todo caso las devoluciones procedentes, conforme a la Ley de financiación de la CRTVE, en el plazo de los seis meses siguientes al devengo de la aportación; esto es, la CMT debería realizar las devoluciones antes del 30 de junio siguiente y no como máximo antes de finalizar el año.

V.- Nulidad de la disposición transitoria segunda, reglas 2ª y 3ª, del RD 1004/2010.

Se aduce que esas regla contravienen el artículo 11 del Reglamento (CE) 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, y la jurisprudencia comunitaria que lo interpreta.

Para sostener esa nulidad de las reglas 2ª y 3ª de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1004/2010 se argumenta que someten a los operadores de telecomunicaciones y a las sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión a la obligación de abonar aportaciones devengadas antes de que la Comisión Europea aprobara el régimen de ayudas previsto a favor de la Corporación de **RTVE**; es decir, obligan a satisfacer, con carácter retroactivo, las correspondientes al ejercicio 2009 y a los dos primeros trimestres del ejercicio 2010.

Y se asegura que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [el fallo de la sentencia de 21 de octubre de 2003, *Belische Staat c. Eugène van Calster, Felix Cleeren y Openbaar Slachthuis NV* (asuntos acumulados C-261/01 y C-262/01), y los apartados 35 a 38 de la sentencia de 18 de diciembre de 2008, *Wienstrom* (asunto C-384/07)], desde el punto de vista del tercero al que se le impone una carga financiera antes de la decisión favorable de la Comisión, el único medio de remediar respecto a éste la ilegalidad de la ejecución de una medida de ayuda es proceder al reembolso de dicha carga.

**TERCERO.-** *El marco de ideas principales en el que deben enjuiciarse las cuestiones suscitadas en el actual proceso jurisdiccional.*

Está constituido por todo lo que seguidamente se expresa.

*I.- La configuración de la televisión de titularidad pública como un servicio público vinculado a importantes metas constitucionales, con un sistema de financiación adecuado a ellas y un aconsejable límite a su actuación publicitaria.*

Esa configuración la realiza la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, con la finalidad principal de desarrollar un intervencionismo público que contribuya a asegurar la mayor efectividad de los postulados constitucionales de pluralismo político y social ( artículos 1 y 20.3 CE ), derecho a la educación ( artículo 27 CE ) y acceso a la cultura ( artículo 44.1); y dicho texto legal establece también un esquema jurídico e institucional dirigido a asegurar que esa actuación pública estará presidida por los principios de neutralidad e independencia que resultan inexcusables para la correcta consecución de esa finalidad que ha quedado apuntada.

Una independencia que la citada Ley 17/2008 establece tanto en lo político como en lo financiero, y a la que se adiciona un designio de calidad en las actividades educativas y culturales que impone, como pauta aconsejable, limitar las emisiones publicitarias.

Así lo viene a explicar su Exposición de Motivos en estas declaraciones:

*«La Constitución en su artículo 20 garantiza valores de pluralismo, veracidad y accesibilidad con el fin de contribuir a la formación de una opinión pública informada y prevé la regulación por ley de la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado.*

*La actividad de los medios de comunicación de titularidad pública ha de regirse por un criterio de servicio público, lo que delimita su organización y financiación, los controles a los que quedan sujetos, así como los contenidos de sus emisiones y las garantías del derecho de acceso.*

*El fin de la presente Ley es, por una parte, dotar a la radio y a la televisión de titularidad estatal de un régimen jurídico que garantice su independencia, neutralidad y objetividad y que establezca estructuras organizativas y un modelo de financiación que les permita cumplir su tarea de servicio público con eficacia, calidad y reconocimiento público. Por otra, refuerza la intervención del Parlamento y prevé la supervisión de su actividad por una autoridad audiovisual independiente.*

*La Ley recoge las principales propuestas del informe elaborado por el Consejo para la reforma de los medios de comunicación de titularidad del Estado creado por el Real Decreto 744/2004, de 23 de abril. Asume la necesidad de una reforma, para elevar las exigencias de neutralidad, transparencia y calidad; superar una regulación insuficiente y anticuada; y establecer un mecanismo de financiación estable y sostenido para adecuarse a*



los principios comunitarios de proporcionalidad y transparencia en la gestión del servicio público de radio y televisión, evitando un proceso de financiación de déficit corrientes mediante el recurso al endeudamiento.

La reforma resulta inevitable en un contexto de desarrollo tecnológico, la aparición de nuevos operadores públicos autonómicos y privados, la difusión de estos servicios mediante el satélite y el cable, su coexistencia con los servicios de la Sociedad de la Información y la evolución hacia sistemas de transmisión digital.

La Ley desarrolla los siguientes principios básicos inspirados en las propuestas del informe del Consejo para la reforma de los medios de comunicación de titularidad del Estado.

En primer lugar, mantiene la titularidad pública de la radio y la televisión estatales.

En segundo lugar, refuerza y garantiza su independencia, mediante un estatuto y órganos de control adecuados. Esta última tarea se confía a las Cortes Generales y a un organismo supervisor que se configura como autoridad independiente que actúa con autonomía respecto de las Administraciones públicas.

En tercer lugar, confirma su carácter de servicio público, con el objetivo de conciliar la rentabilidad social que debe inspirar su actividad, con la necesidad de dirigirse a la más amplia audiencia en su programación, atendiendo asimismo a fines sociales, educativos e integradores.

En cuarto lugar, establece un sistema que garantice una gestión económica ordenada y viable, basada en una financiación mixta, con una subvención pública dentro de los límites marcados por las normas y los criterios de transparencia y proporcionalidad que establece la Unión Europea y unos ingresos derivados de su actividad comercial sujetos a principios de mercado. Asimismo, se establece la posibilidad de incorporar reglas adicionales sobre las limitaciones de emisiones publicitarias a las previstas para los operadores privados de televisión, a concretar en los contratos-programa.

La Ley define la función del servicio público estatal de televisión y radio, con una programación de calidad y el fomento de la producción española y europea, que incorpora la oferta de servicios conexos e interactivos. Encomienda dicha función a la Corporación **RTVE** y a sus sociedades filiales encargadas de la prestación directa del servicio público. (...).

II.- Los cambios en el modelo de financiación introducidos por la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española: (1) la renuncia a los ingresos publicitarios y a ofrecer contenidos de pago o acceso condicionado; y (2) la paralela imposición a los operadores privados de una aportación para la financiación de la televisión pública.

Esos cambios figuran en el texto normativo de la Ley. Así: el artículo 2.1 incluye como recursos para la financiación de la Corporación **RTVE** las aportaciones de los operadores de telecomunicaciones y de las sociedades concesionarias y prestadoras del servicio de televisión; los artículos 5 y 6 regulan esas dos diferentes aportaciones; el artículo 7.1, en cuanto a los ingresos que por su actividad podrá obtener la Corporación **RTVE**, establece esta salvedad: "siempre que los ingresos no procedan de actividades de publicidad (...) ni se trate de ingresos de acceso condicional que no estén autorizados conforme a la presente Ley"; y la Disposición transitoria primera se refiere a la aplicación temporal de esa renuncia establecida para la publicidad y los programas de acceso condicional.

Y la Exposición de Motivos de dicha Ley 8/2009 explica tales cambios a través de unas declaraciones que, en los términos literales que a continuación se expresan, están referidas a las cuestiones siguientes:

(a) El modelo anterior que resultaba de la Ley 17/2006.

«La Ley 17/2006 de 5 de junio, de la radio y televisión de titularidad estatal, supuso una importante reforma del sector audiovisual de titularidad estatal en la línea de lo establecido en el Protocolo 32 del Tratado de Constitución de la Comunidad Europea sobre el sistema de radiodifusión de los Estados miembros.

La reforma perseguía además la independencia del organismo público prestador del servicio de radio y televisión estatal con respecto a cualquier otra instancia u organismo de carácter administrativo, gubernamental o partidista. (...).

Pero la independencia política constituye sólo uno de los pilares de la reforma. El otro lo constituye la independencia económica, hacia la que la ley también dio pasos. Estableció para la nueva Corporación un modelo de financiación mixta -que combina los ingresos procedentes de los Presupuestos Generales del Estado, fijados cada tres años en un contrato-programa, con los derivados de su participación en el mercado publicitario- bajo el principio de equilibrio presupuestario. Pero la fórmula de combinación de ingresos públicos con comerciales no es libre. Primero, la nueva Directiva Europea 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre, que deberá ser incorporada a la legislación española antes de finalizar este año, mantiene el límite de doce minutos por hora de reloj para la emisión de publicidad. Segundo, el artículo 32.2 de la Ley 17/2006





establece que «el contrato-programa deberá incorporar restricciones adicionales a las establecidas con carácter general en la Ley 25/1994 de 12 de julio, para la emisión de publicidad televisiva». Y, además, esa previsión de restricciones adicionales se reitera en el mandato-marco para la CRTVE aprobado por las Cortes en diciembre de 2007.

A la espera de la firma del primer contrato-programa de la Corporación, fueron las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 2008 y para 2009 las que incluyeron sendas reducciones publicitarias de un minuto, situándose en la actualidad el tope máximo de emisión publicitaria para la Corporación en diez minutos por hora de reloj. Correlativamente, y en aras del mantenimiento del equilibrio presupuestario, fue preciso compensar el consecuente descenso de ingresos con fondos públicos.

La reducción de la publicidad en la Corporación **RTVE** tiene como objetivo garantizar la estabilidad en sus ingresos y, en consecuencia, favorecer el equilibrio presupuestario evitando riesgos para el mantenimiento de la prestación del servicio público encomendado. Este objetivo permite asimismo reforzar la independencia del servicio público frente a consideraciones de mercado que pudieran afectar a la prestación del servicio encomendado y facilita la determinación de la compensación a **RTVE** para poder cubrirlo».

(b) El cambio estructural que introduce la Ley 8/2009.

«El actual estado de cosas aconseja acelerar el proceso de cambio estructural del modelo de financiación de **RTVE**, renunciar definitiva e inmediatamente a los ingresos publicitarios y pasar a un sistema único de financiación basado en ingresos públicos, amortiguando situaciones de inestabilidad propias de los procesos de transición y consiguiendo que los efectos de la reducción publicitaria en **RTVE** se dejen sentir lo antes posible en el mercado televisivo. Y esa es la finalidad de la presente ley.

Evidentemente, esta medida debe aplicarse conjuntamente con otras destinadas a garantizar legalmente que la Corporación **RTVE** sea compensada suficientemente con los ingresos públicos que le permitan seguir prestando el servicio público encomendado en la ley y el mandato-marco, sin dejar de cumplir con el principio de equilibrio presupuestario.

La calidad de un servicio público depende también de la posibilidad de que tenga acceso al mismo el mayor número de ciudadanos y por ello se garantiza que el servicio público de radio, televisión y servicios conexos e interactivos se preste en condiciones de universalidad y gratuidad y, por tanto, la renuncia de la Corporación **RTVE** a ofrecer contenidos de pago o acceso condicionado».

(c) Las razones por las que se consideran beneficiados del nuevo modelo a las operadoras privadas y se les impone una aportación para la financiación de **RTVE**.

«No parece razonable que la garantía de la financiación sea a costa de aumentar las aportaciones del Estado. Parece lógico que quienes resulten beneficiados por esta decisión sean también quienes soporten, en parte, esa carga económica. La imposición de una aportación razonable a las operadoras privadas para la financiación de la televisión pública es, por otro lado, una fórmula utilizada por otros países de nuestro entorno.

Las nuevas figuras tributarias que establece la ley, se ajustan plenamente, como no podía ser menos, a los principios constitucionales sobre la 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.

En particular, 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. En el caso de los operadores de televisión, estos porcentajes se han determinado, siguiendo las recomendaciones del Consejo de Estado,



teniendo en cuenta el distinto impacto que la supresión de la publicidad tiene en las televisiones que operan en abierto, y las que emiten en oferta de acceso condicional o de pago por satélite o por cable.

Por lo demás, en la medida en que los ingresos de los operadores aumenten, bien por el fin del ciclo recesivo o bien por el aumento natural del consumo de contenidos audiovisuales tanto libre como codificado o de pago, aumentarían las cantidades recaudadas para financiar **RTVE**».

III.- *La voluntad legislativa que exterioriza el nuevo sistema de financiación que resulta de la Ley 8/2009 (cuyo desarrollo realiza el aquí impugnado Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española).*

La Ley 8/2009 no sólo se preocupa de señalar la importancia o necesidad de excluir de la televisión pública los ingresos derivados de la publicidad y los contenidos de pago para asegurar las máximas cotas de independencia, neutralidad y acceso mayoritario de la ciudadanía que deben ser perseguidas en el servicio público de televisión.

También constata las consecuencias económicas que se derivarán de todo lo anterior para los operadores privados de telecomunicaciones y televisión; unas consecuencias que consisten en el aumento para todos ellos, real o potencial, de ingresos por actuaciones publicitarias o por ofertas televisivas de contenidos de pago o acceso condicionado.

Y el legislador, además, toma en consideración esa específica manifestación de riqueza para los operadores privados que significa la posibilidad de superiores ingresos que comportará la supresión en la televisión pública de la publicidad y los contenidos de pago, haciéndolo en el siguiente doble sentido.

Por un lado, para anclar en tal riqueza el cumplimiento del principio de capacidad económica que resulta obligado en toda figura tributaria.

Por otro, para ponderar los distintos niveles de impacto que esos nuevos ingresos tendrán en los distintos grupos o modalidades de los operadores privados que actúan en los sectores de las telecomunicaciones y la televisión, y, desde esta premisa, diferenciar porcentajes distintos de cuantificación de la aportación que se les impone para la financiación de la Corporación **RTVE** en función de la específica actividad de cada uno de esos operadores privados; y salvaguardar con ello el principio de igualdad cuya observancia también resulta constitucionalmente obligada en las cargas tributarias.

**CUARTO.-** *La oposición del Abogado del Estado.*

Expuesta ahora de manera breve en sus aspectos esenciales, y sin perjuicio también de una referencia a ella más extensa cuando se analice cada uno de los motivos o submotivos de oposición, se puede resumir en lo siguiente.

Se niega legitimación a REDTEL para la impugnación que realiza del Real Decreto 1004/2010.

Se niega así mismo que la elaboración de dicha norma reglamentaria adolezca de los vicios que le imputa la parte actora.

Se combate que sean de apreciar las infracciones del Derecho de la Unión Europea que son invocadas en la demanda para sostener la procedencia del planteamiento de cuestiones prejudiciales.

Se discrepa también que puedan considerarse fundadas las vulneraciones de principios y normas constitucionales que son señaladas por la demanda para apoyar el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad que se interesa.

Y se rebaten igualmente las infracciones del Derecho de la Unión Europea, la Constitución y normas españolas de rango legal que son directamente atribuidas al Real Decreto 1004/2010 para reclamar su nulidad total o parcial.

**QUINTO.-** *El orden y método que se va a seguir en el estudio de los motivos de oposición.*

Se analizará primero la oposición del Abogado del Estado referida a la falta de legitimación de la demandante y, posteriormente, se estudiarán separadamente las distintas cuestiones suscitadas por REDTEL en su demanda para defender sus pretensiones.

Y cada uno de estos estudios separados estará referido, en función de la extensión o complejidad de lo planteado, bien a la totalidad de los submotivos incluidos dentro de un mismo motivo de impugnación, o bien a un único submotivo.

**SEXTO.-** *Sí es de apreciar legitimación activa en REDTEL.*

El punto de partida para decidir la discutida legitimación de REDTEL debe ser lo que establecen sus Estatutos.



El párrafo primero de su artículo 1, «Denominación y régimen legal» establece:

*«La Asociación se denomina REDTEL ASOCIACIÓN DE OPERADORES DE TELECOMUNICACIONES y se registrará por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación y, en su caso, por la legislación vigente, que la complemente o sustituya, por los presentes Estatutos y por los acuerdos válidamente adoptados por sus órganos de gobierno en cuanto no se opongan a la legislación vigente en cada momento».*

En el artículo 4, «Capacidad para ser asociado», se abre la posibilidad de pertenecer a la asociación

*«a todas las personas jurídicas que [...] operen en España y cuya actividad principal sea la explotación y gestión de infraestructuras propias de red de telecomunicaciones y la prestación de servicios de telecomunicaciones electrónicas a usuarios finales»,*

siempre y cuando, como exige el artículo 8, «Condición de asociado. Admisión», su facturación bruta anual

*«supere la cantidad de mil millones de euros en España y que, previa solicitud de la Junta Directiva, acrediten documental y suficientemente, a juicio de la misma, su habilitación legal para el ejercicio de dichas actividades, así como demuestren la dedicación a su ejercicio con carácter habitual en el ámbito territorial nacional».*

El artículo 5, «Fines generales», establece que

*«Son fines generales y constituyen actividades principales de la Asociación los siguientes:*

- 1) La defensa de los intereses comunes de sus asociados, promoviendo y apoyando el desarrollo de los servicios de comunicaciones electrónicas y de las telecomunicaciones.*
- 2) Ejercitar ante los juzgados, tribunales o cualesquiera otros entes u organismos públicos o privados, las acciones que procedan con arreglo a las leyes vigentes.*
- 3) Ejercitar el derecho de petición en los términos previstos en la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre.*
- 4) Adquirir y poseer bienes y derechos, así como contraer obligaciones con sujeción a las normas jurídicas aplicables.*
- 5) Asumir la representación y defensa de los intereses de la Asociación ante todo tipo de personas, organismos y entidades, públicas y privadas, bien sean de carácter local, autonómico, estatal, europeos o internacionales.*
- 6) Realizar estudios, informes, trabajos estadísticos y actividades de divulgación y sensibilización en el ámbito de la opinión pública en materias, principalmente, de telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas.*
- 7) Organizar actividades a favor de la defensa de los intereses de la Asociación.*
- 8) Establecer los servicios propios de interés común para los asociados, contratando por cuenta propia el personal necesario para el buen cumplimiento de las actividades y fines de la Asociación.*

*Los fines y actividades anteriormente reseñados no constituyen enumeración exhaustiva ni suponen limitaciones para la actuación de la Asociación, pudiendo ésta, en general, cumplir cualesquiera otros fines derivados de su condición representativa de los intereses de los asociados».*

Finalmente, el artículo sexto, «Participación en otras entidades asociativas», prevé que

*«La Asociación, si así lo aprueba la Asamblea General, podrá participar en federaciones y confederaciones con otras asociaciones o entidades profesionales, sin más limitaciones que las establecidas por la propia Asamblea General».*

Para el Abogado del Estado, la actora no está legitimada porque es una asociación acogida a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de Asociación que no puede defender intereses profesionales, puesto que la defensa de éstos les corresponde a las organizaciones empresariales, que no se rigen por aquélla sino que lo hacen por la Ley 19/1977, de 1 de abril, reguladora del derecho de asociación sindical. E insiste en su escrito de conclusiones en que la actora no ha acreditado que represente a nadie, máxime si se tiene en cuenta que uno de sus supuestos asociados, Telefónica de España, S.A., sigue sobre lo mismo el recurso 1/483/2010, de donde se infiere, a su juicio, que no puede actuar en representación de sus intereses, puesto que ésta los defiende por sí misma.

REDTEL, por su parte, considera en el escrito de conclusiones que cuenta con un interés legítimo para el ejercicio de la pretensión de anulación objeto del recurso contencioso-administrativo, en los términos exigidos por el artículo 19.1.b) de la Ley reguladora de esta jurisdicción, al defender en el proceso los intereses comunes de sus asociados, que son los principales operadores del sector de las comunicaciones electrónicas: «ONO, **ORANGE**, TELEFÓNICA y VODAFONE» (sic).



Recuerda además que, si bien es verdad que sus asociados tienen como actividades principales la telefonía y el acceso a Internet, son conocidas las plataformas de televisión que ofrecen todos ellos.

Afirma, en definitiva, que al igual que sus asociados tiene un interés legítimo para impugnar el RD 1004/2010, puesto que su anulación produciría un efecto positivo, cierto, actual y futuro, con clara y suficiente repercusión en su esfera jurídica, consistente en la « no obligación de los asociados de pagar las elevadas aportaciones económicas exigidas por el RD 1004/2010» (sic).

Reitera, de este modo, los argumentos que recogió en el apartado «Cuarto.- Legitimación activa» de los hechos contenidos en el cuerpo del escrito de demanda (página 13), donde resaltó que

*«estos operadores comparten un sólido compromiso con la economía española, promueven la inversión privada en redes y participan de una filosofía común: lograr que las infraestructuras de comunicación sigan siendo claves para suministrar, en las mejores condiciones, los servicios sobre los que se asienta la sociedad de la información. Asimismo, representan aproximadamente el 93% del mercado español de las comunicaciones electrónicas. No cabe duda, por tanto, de que el pago de la práctica totalidad de la aportación anual (estimada inicialmente por el Gobierno, en el folio 183 del expediente del Ministerio de la Presidencia en 230 millones de euros en 2010) va a recaer en los asociados de REDTEL».*

Tras todo lo anterior, debe decirse que el estudio de esta denuncia de falta de legitimación activa de REDTEL debe comenzar recordando lo dispuesto en el apartado 2 y en el primer inciso del apartado 3 del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2002, reguladora del Derecho de Asociación:

*«2. El derecho de asociación se regirá con carácter general por lo dispuesto en la presente Ley Orgánica, dentro de cuyo ámbito de aplicación se incluyen todas las asociaciones que no tengan fin de lucro y que no estén sometidas a un régimen asociativo específico.*

*3. Se regirán por su legislación específica los partidos políticos; los sindicatos y las organizaciones empresariales; las iglesias, confesiones y comunidades religiosas; las federaciones deportivas; las asociaciones de consumidores y usuarios; así como cualesquiera otras reguladas por leyes especiales».*

También debe recordarse, por interesar al presente caso, los siguientes preceptos de la Ley 19/1977, de 1 de abril, reguladora del derecho de asociación sindical:

*«Artículo primero.*

*Uno. [...] los empresarios podrán constituir en cada rama de actividad, a escala territorial o nacional, las asociaciones profesionales que estimen convenientes para la defensa de sus intereses respectivos.*

*[...].*

*Dos. A los efectos de esta Ley, se entiende por rama de actividad el ámbito de actuación económica, la profesión u otro concepto análogo que [...] los empresarios determinen en los estatutos.*

*Tres. Las asociaciones mencionadas en el apartado número uno establecerán sus propios estatutos, se gobernarán con plena autonomía y gozarán de protección legal para garantizar su independencia respecto de la Administración Pública, así como contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras.*

*Cuatro. Las normas estatutarias contendrán, al menos, la denominación de la asociación, ámbito territorial y profesional, órganos de representación, gobierno y administración, recursos económicos y sistema de admisión de miembros, y regularán su funcionamiento de acuerdo con principios democráticos.*

*Artículo segundo.*

*Uno. [...] los empresarios tendrán derecho a afiliarse a las referidas asociaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas.*

*Dos. [...] los empresarios gozarán de protección legal contra todo acto de discriminación [...].*

*Artículo tercero.*

*Las asociaciones constituidas al amparo de la presente Ley deberán depositar sus estatutos en la oficina pública establecida al efecto. Adquirirán personalidad jurídica y plena capacidad de obrar transcurridos veinte días desde el depósito de los estatutos, salvo que dentro de dicho plazo se inste de la autoridad judicial competente la declaración de no ser conformes a derecho. La autoridad judicial dictará la resolución definitiva que proceda.*

*Artículo cuarto.*

*Las asociaciones profesionales podrán constituir Federaciones y Confederaciones, con los requisitos y efectos previstos en el artículo 3, así como afiliarse a las de igual carácter que se hallen constituidas.*





#### Artículo quinto.

*Las organizaciones a que se refiere la presente Ley sólo podrán ser suspendidas o disueltas mediante resolución del órgano judicial basada en la realización de las actividades determinantes de la ilicitud o en otras causas previstas en las leyes o en los estatutos.*

#### Artículo sexto.

*Las organizaciones de [...] empresarios podrán participar en los Organismos de consulta y colaboración en los ámbitos sectorial y territorial».*

REDTEL no discute que carezca de la condición de asociación empresarial, en los términos exigidos por la Ley 19/1977; y del artículo 1 de sus estatutos deriva inequívocamente su sujeción a la Ley Orgánica 1/2002, que excluye a las asociaciones de régimen jurídico específico. Por lo cual, el examen de su legitimación activa ha de hacerse atendiendo a la jurisprudencia recaída respecto de las asociaciones en régimen general.

Pues bien, de acuerdo con la sentencia del Pleno de la Sala de 9 de julio de 2013 (recurso ordinario 357/2011), son procedentes las siguientes consideraciones:

1ª. Se precisa la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, en referencia obligada a un interés propio de la asociación, de suerte que la anulación de los concretos preceptos impugnados le reporte un efecto positivo o negativo o de futuro, pero cierto.

2ª. Se ha de justificar la interrelación entre el interés invocado y el objeto de la pretensión, siendo carga procesal que pesa sobre la demandante.

3ª. No basta para el reconocimiento de la legitimación con invocar de forma abstracta, genérica y/o potencial el interés por medio del cual se actúa, puesto que se requiere determinar de forma precisa y pormenorizada en qué puede verse afectada la actora, sin que sea suficiente, a tal efecto, la mera autoatribución estatutaria.

4ª. La legitimación se restringe a los preceptos que afecten a los intereses propios de la asociación.

Proyectadas al caso de autos inicialmente serían de advertir dificultades para reconocer legitimación activa a REDTEL, al no haber justificado en el escrito de demanda, como era su carga, un claro interés propio en la anulación del RD 1004/2010 que le reportase automáticamente a ella y no a sus asociados -para los que resulta obvio- un efecto positivo o de futuro, pero cierto.

En efecto, a la vista de la justificación que ofrece en el escrito de demanda, cabría sostener que REDTEL, al objeto de contar con la discutida legitimación activa, se "autoatribuye" dicho interés, con sustento en el artículo 4 y el primer apartado del artículo 5 de sus estatutos, porque tras extraer el contenido de éstos se limita a razonar (página 13 de dicha demanda) que

*«Sus asociados son los principales operadores del sector de las comunicaciones electrónicas: ONO, **ORANGE**, TELEFÓNICA y VODAFONE. Estos operadores comparten un sólido compromiso con la economía española, promueven la inversión privada en redes y participan de una filosofía común: lograr que las infraestructuras de comunicación sigan siendo claves para suministrar, en las mejores condiciones, los servicios sobre los que se asienta la sociedad de la información. Asimismo, representan aproximadamente el 93% del mercado español de las comunicaciones electrónicas. No cabe duda, por tanto, de que el pago de la práctica totalidad de la aportación anual (estimada inicialmente por el Gobierno, en el folio 183 del expediente del Ministerio de la Presidencia en 230 millones de euros en 2010) va a recaer en los asociados de REDTEL».*

No logra subsanarse este defecto en su escrito de conclusiones, cuando da respuesta a la falta de legitimación que le achaca el Abogado del Estado en la contestación a la demanda (páginas 1 y 2), porque se limita a considerar indudable que la estimación del recurso contencioso-administrativo le supondría un beneficio, pero a la hora de concretarlo lo entiende *«consistente en la no obligación de los asociados de pagar las elevadas aportaciones económicas exigidas por el RD 1004/2010»*, insistiendo en que sus estatutos contemplan como actividad principal de la asociación *« la defensa de los intereses comunes de sus asociados »* (página 4).

Pero de aquí no deriva un interés propio, distinto del de sus asociados, sin que esté de más destacar que REDTEL cesó en su actividad a finales del año 2013 (nota de prensa de la propia REDTEL, datada en Madrid el 26 de noviembre de 2013) y que todos sus asociados, salvo **ORANGE**, tienen interpuesto su propio recurso contencioso-administrativo contra el RD 1004/2010 (TELEFÓNICA: 1/483/2010; ONO: 1/475/2010, y VODAFONE: 1/417/2010).

Ahora bien, tratándose de la posible inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto por falta de legitimación activa, también debe considerarse en la decisión a adoptar la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional.



Debe recordarse a este respecto la doctrina general sobre legitimación activa que es reproducida en la sentencia 67/2010, de 18 de octubre (FJ 3):

*«En lo que aquí interesa, la decisión de inadmisión puede producirse por la falta de legitimación activa para accionar o para interponer un recurso, esto es, por la ausencia de derecho o interés legítimo en relación con la pretensión que se pretende articular. En tal orden de ideas, este Tribunal ha precisado, con relación al orden contencioso-administrativo, que el interés legítimo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida ( SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3 ; 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3 ; y 73/2006, de 13 de marzo , FJ 4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso ( STC 45/2004, de 23 de marzo , FJ 4).*

Por otra parte, se ha de recordar que la apreciación de cuándo concurre legitimación activa para recurrir, es, en principio, cuestión de legalidad ordinaria que compete a los órganos judiciales ex art. 117.3 CE (por todas, SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 2 ; y 358/2006, de 18 de diciembre, FJ 3), si bien estos últimos quedan compelidos a interpretar las normas procesales que la regulan no sólo de manera razonable y razonada sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio pro actione, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que, por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón se revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas en la apreciación del equilibrio entre los fines que se pretenden preservar y la consecuencia de cierre del proceso (por todas, SSTC 220/2001, de 31 de octubre, FJ 4 ; 3/2004, de 14 de enero, FJ 3 ; 73/2004, de 22 de abril, FJ 3 ; y 73/2006, de 13 de marzo , FJ 4). No obstante, es también doctrina reiterada de este Tribunal que lo anterior no implica, en modo alguno, una relativización o devaluación de los presupuestos y requisitos procesales establecidos por las leyes ( STC 93/1990, de 23 de mayo , FJ 2), y que el principio pro actione no debe entenderse como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la resolución del problema de fondo de entre todas las posibles que la regulan (por todas, SSTC 3/2001, de 15 de enero, FJ 5 ; y 78/2002, de 8 de abril, FJ 2). En caso contrario, como señalamos en la STC 45/2004, de 23 de marzo , FJ 5, esta exigencia llevaría al Tribunal Constitucional a conocer de cuestiones de legalidad procesal que corresponden a los Tribunales ordinarios, siendo posibles interpretaciones judiciales de la legalidad ordinaria distintas de otras que acaso hubieran respondido más plenamente a los valores incorporados a los derechos fundamentales u otros preceptos constitucionales, pues una cosa es la garantía de los derechos fundamentales, tal y como nos está encomendada, y otra, muy distinta, la de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de la interpretación de la legalidad».

Y debe también recordarse la doctrina específicamente referida a la legitimación activa de las asociaciones, plasmada en las sentencias 102/2009, de 27 de abril (FJ 3), 52/2007, de 12 de marzo (FJ 3) ó 73/2006, de 13 de marzo (FJ 4), entre otras.

En ésta última se lee:

*«Entre las aludidas causas de inadmisibilidad se encuentra, en lo que aquí interesa, la falta de legitimación activa para interponer un recurso contencioso-administrativo, esto es, la ausencia de un derecho o interés legítimo en relación con la actividad o inactividad administrativa que se pretende impugnar. En este orden de ideas, hemos precisado en nuestra jurisprudencia que el interés legítimo en lo contencioso-administrativo se caracteriza como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados) de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro pero cierto, debiendo entenderse tal relación referida a un interés en sentido propio, cualificado y específico, actual y real (no potencial o hipotético). Más sencillamente, se trata de la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida. Luego, para que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, siendo por ello inconstitucionales las decisiones jurisdiccionales de inadmisión de recursos en los que se pueda cabalmente apreciar tal interés ( SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3 ; y 173/2004, de 18 de octubre , FJ 3; y todas las allí citadas).*

Esta doctrina ha sido precisada, en relación con la legitimación activa de las asociaciones en el orden contencioso-administrativo, en distintos pronunciamientos de este Tribunal (STC 252/2000, de 30 de octubre ,



FJ 5, por todas), habiéndose exigido para apreciar la existencia de un interés legítimo de este tipo de personas jurídicas para impugnar un acto o una disposición administrativa que, además de las condiciones que se acaban de señalar, exista un interés profesional o económico que sea predicable de las entidades asociativas recurrentes, de forma tal que "cuando exista este interés profesional o económico existirá a su vez el vínculo o conexión entre la organización o asociación actora y la pretensión ejercitada, vínculo en el cual, como ya se ha explicado, se encarna el interés legítimo constitucionalmente protegido" (STC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 5).

La consecuencia jurídico-constitucional de estas consideraciones es clara: "pese a que determinar quién tiene interés legítimo para recurrir en vía contencioso-administrativa es una cuestión de legalidad ordinaria, los órganos jurisdiccionales quedan compelidos a interpretar las normas procesales ... no sólo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio *pro actione*, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican" (por todas, SSTC 220/2001, de 31 de octubre, FJ 4, y 73/2004, de 22 de abril, FJ 3).

La ponderación de esta doctrina constitucional determina que, aunque REDTEL no tenga un interés profesional, por no ser una asociación empresarial, en el sentido de la Ley 19/1977, de 1 de abril (como bien dice el Abogado del Estado), ha de convenirse que sí puede tener un interés económico propio que encarnaría su interés legítimo en la pretensión ejercitada a través del presente recurso contencioso-administrativo.

Y, de ser así, inadmitir el recurso por falta de legitimación activa podría significar un formalismo y un rigorismo excesivos, con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción.

Ha de reconocerse que sí es de constatar ese interés económico propio de la actora y distinto del de sus asociados, aunque resulte difuso.

Así ha de ser aceptado si se tiene en cuenta que, entre las finalidades de REDTEL, el artículo 5 de sus estatutos incluye la promoción y el apoyo al desarrollo de los servicios de comunicaciones electrónicas y de las telecomunicaciones, fines que pudieran verse afectados por las aportaciones reguladas en el RD 1004/2010; y si se tiene también en cuenta que la cláusula de cierre del citado artículo 5 le atribuye «*cualesquiera otros fines derivados de su condición representativa de los intereses de los asociados*».

Como igualmente debe resaltarse que todos los asociados ofrecen plataformas de televisión, aunque sus actividades principales sean la telefonía y el acceso a Internet.

Y también debe resaltarse lo que sigue.

Por un lado, que REDTEL, sin ser miembro del CATSI, formuló alegaciones al proyecto de reglamento, en el trámite de informe de esa comisión asesora del Gobierno, por escrito datado el 25 de junio de 2010, tras haber sido invitada a participar en la reunión de su Comisión Permanente, que fue celebrada el 24 de junio de 2010, siendo el punto 2 del orden del día era «Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española» (documento número 19 de los aportados con el escrito de interposición).

Siendo éste un dato que implica reconocerle de algún modo la condición de interesada [no ocurría lo mismo en el recurso 32/2013, resuelto por la reciente sentencia de 11 de abril de 2014, que consideró la falta de legitimación activa de la asociación recurrente].

Por otro lado, que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo viene reiterando que «el interés legítimo necesario para tener por existente el presupuesto procesal en que consiste la denominada legitimación activa, requiere la titularidad potencial de una ventaja o utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, en quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta» [véase, por ejemplo, la sentencia de 11 de marzo de 2014 (recurso 401/2012, FD 3º)].

Todo lo que acaba de exponerse hace aconsejable reconocer la legitimación activa de REDTEL en el actual proceso contencioso-administrativo, pues las circunstancias fácticas que han sido reseñadas difícilmente dispararía en la solución denegatoria de la legitimación activa de la recurrente la duda de no haberse seguido un formalismo o rigorismo excesivos.

**SÉPTIMO.-** No es justificada la nulidad que se reclama del Real Decreto 1004/2010 desde el argumento de que su procedimiento de elaboración no observó debidamente los trámites que legalmente resultan obligados [Motivo de impugnación I].



**A)** La denuncia de REDTEL de que se omitió un nuevo dictamen del Consejo de Estado a pesar de que hubo una modificación "sustancial" referida a la base imponible en la versión final del Real Decreto 1004/2010.

Para entender lo planteado en este submotivo de impugnación debe tenerse en cuenta todo lo siguiente:

1.- Lo establecido en los apartados 1 a 4 del artículo 5 de la Ley 7/2009 :

*"Artículo 5. Aportación a realizar por los operadores de telecomunicaciones de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma.*

*1. Los operadores de telecomunicaciones de ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma deberán efectuar una aportación anual, calculada sobre los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente, excluidos los obtenidos en el mercado de referencia al por mayor, con la finalidad de contribuir a la financiación de la Corporación **RTVE** en atención 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**.*

*2. La aportación se regirá por lo dispuesto en esta ley y, en lo no previsto en ella, por la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y por las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de las mismas.*

*3. Resultarán obligados al pago de la aportación los operadores de servicios de telecomunicaciones que figuren inscritos en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en alguno de los servicios o ámbitos siguientes, siempre que tengan un ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma y exceptuando aquellos que no presten ningún servicio audiovisual ni cualquier otro servicio que incluya ningún tipo de publicidad:*

*a) Servicio telefónico fijo.*

*b) Servicio telefónico móvil.*

*c) Proveedor de acceso a internet.*

*4. La aportación se fija en el 0,9% de los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente, excluidos los obtenidos en el mercado de referencia al por mayor. Esta aportación no podrá superar el 25% del total de ingresos previstos para cada año en la Corporación **RTVE**".*

2.- El texto del artículo 4 contenido en el Proyecto de Real Decreto que fue sometido a dictamen del Consejo de Estado.

El apartado 1 b) de este artículo 4 señalaba:

*«Están obligados a realizar la aportación anual a que se refiere el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, los operadores de comunicaciones electrónicas inscritos en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en quienes concurren las siguientes condiciones:*

*b) Que presten alguno o varios de los servicios siguientes:*

*- Servicio telefónico fijo;*

*- Servicio telefónico móvil;*

*- Proveedor de acceso a Internet».*

Y su apartado 2, in fine, decía:

*«Se consideran ingresos brutos de explotación los percibidos por las empresas en razón de las actividades a las que se hace referencia en el apartado 1 b) de este artículo».*

3.- En el texto definitivamente aprobado del Real Decreto 1004/2010 el apartado 1.b ) y el apartado 2 del artículo 4 tienen este contenido:

*«Artículo 4. Aportación de los operadores de comunicaciones electrónicas que presten servicios audiovisuales o que incluyan publicidad.*

*1. Están obligados a realizar la aportación anual a que se refiere el artículo 5 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, los operadores de comunicaciones electrónicas inscritos en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en quienes concurren las siguientes condiciones:*





b) Que presten alguno o varios de los servicios siguientes:

Servicio telefónico fijo.

Servicio telefónico móvil.

Proveedor de acceso a Internet.

c) que presten simultáneamente algún servicio audiovisual u otro que incluya algún tipo de publicidad (...).

2. La aportación anual del 0,9 por cien establecida en la Ley se calculará sobre los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente, excluidos los obtenidos en el mercado de referencia al por mayor.

La aportación resultante no podrá superar el 25 por ciento del total de ingresos previstos para cada año en la Corporación **RTVE**.

La aportación se devengará el 31 de diciembre de cada año. No obstante, si por causa imputable al operador éste perdiera la habilitación para actuar como tal en fecha anterior al 31 de diciembre, la aportación se devengaría en la fecha en que esta circunstancia se produjera.

Se consideran ingresos brutos de explotación los percibidos por las empresas por todos sus servicios minoristas no audiovisuales».

A partir de los datos que acaban de consignarse no es de compartir el vicio que se denuncia por lo que seguidamente se explica.

Los términos del artículo 5.4 de la Ley 8/2009, cuando regula la base de la aportación de los operadores de telecomunicaciones, indudablemente son omnicomprensivos puesto que su texto es éste:

«La aportación se fija en el 0,9% de los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente, excluidos los obtenidos en el mercado de referencia al por mayor».

Además son esencialmente coincidentes con los del artículo 4.2, *in fine*, del Real Decreto 1004/2010.

«Se consideran ingresos brutos de explotación los percibidos por las empresas por todos sus servicios minoristas no audiovisuales».

Así es porque la única diferencia entre ambos preceptos, que radica en la expresa exclusión de los servicios minoristas audiovisuales, no hace sino ratificar el carácter omnicomprensivo otorgado por ley a la base de la aportación, impidiendo que únicamente esa clase de ingresos brutos formen parte de la base, con el objeto de evitar una doble tributación, esto es, que pudieran resultar gravados por esta aportación y por la prevista para los prestadores del servicio de televisión.

Consiguientemente, el Gobierno no necesitaba recabar un nuevo dictamen del Consejo de Estado para corregir lo que era una ilegalidad en el borrador que fue sometido al dictamen de ese Alto órgano Consultivo; una ilegalidad que estaba constituida por el hecho de haber sido referida la base de la aportación de los operadores de telecomunicaciones a los ingresos brutos de explotación derivados de los servicios minoristas de telefonía fija y móvil, y de acceso a Internet (como contemplaba el artículo 4.2, *in fine* del proyecto de reglamento) y que pudo ser detectada tras el preceptivo informe de aquel órgano consultivo tramitado por el procedimiento de urgencia.

Debe, pues, concluirse, que, valorada dentro del contexto que acaba de exponerse la novedad introducida en el texto finalmente aprobado del párrafo final del artículo 4.2, no puede aceptarse que se haya producido la nulidad interesada por la entidad demandante por el hecho de no haber solicitado un nuevo dictamen al Consejo de Estado en relación con el mencionado artículo 4.2, *in fine*, del ahora RD 1004/2010.

Y debe añadirse que se expresa en términos coincidentes con los que acaban de exponerse el acuerdo de la CMT, de fecha 27 de octubre de 2011 (sesión 35/11), acompañado por REDTEL a su escrito de conclusiones, que afirma:

«La base liquidable de la aportación a realizar por los operadores de telecomunicaciones [...] se obtendrá descontando de los "ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente" a los que se refiere el artículo 5.4 de la Ley de Financiación CRTVE, (i) aquellos ingresos obtenidos por los operadores en el mercado de referencia al por mayor y, por otro lado, (ii) los ingresos derivados por la prestación de sus servicios audiovisuales, en tanto "Se consideran ingresos brutos de explotación los percibidos por las empresas por todos sus servicios minoristas no audiovisuales" [ artículo 4.2, *in fine*, del RD 1004/2010 ]. [...]

no cabe entender que el Reglamento de financiación de **RTVE** limita los ingresos brutos a cuantificar para determinar la base imponible, sino que aclara aquéllos ya determinados por la propia Ley que desarrolla.



*De los anteriores preceptos se desprende, asimismo, que la base imponible de la aportación anual de los operadores de telecomunicaciones no permite excluir ningún otro concepto que los antes señalados, por lo que, según los anteriores artículos, a los efectos del cálculo de esta aportación, se deberán computar todos los ingresos brutos de explotación obtenidos por los operadores de telecomunicaciones a razón de su actividad desarrollada y "facturados en el año correspondiente". [...].*

*Por ello, en el presente caso no se puede interpretar el reglamento en modo que restrinja la voluntad omnicomprendiva manifestada por el legislador en el texto de la Ley, máxime cuando el mismo legislador no habilitó para que el Reglamento pudiera incidir en la definición de la base imponible que había fijado.*

*En este mismo sentido se expresa el Consejo de Estado en su Dictamen número 1626/2010, de fecha 15 de julio de 2010, relativo al proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley de financiación de **RTVE**, cuando señala, en sus considerandos, que*

*"Precisamente el carácter ejecutivo del reglamento hace ocioso replantear cuestiones que quedaron decididas y establecidas en la Ley objeto de desarrollo y respecto de las cuales el reglamento carece de competencia para revisarlas. Tal ocurre en el presente caso respecto del juicio sobre la idoneidad o el acierto del sistema diseñado por la Ley 8/2009 para la financiación de **RTVE** o de la delimitación del ámbito de los operadores obligados a realizar aportaciones en cuanto que incluye a los operadores de comunicaciones electrónicas que presten servicios audiovisuales o que incluyan publicidad, además de los prestadores del servicio de televisión (...)"*

*Así [...] la Ley de financiación de **RTVE** no ofrece lugar a dudas cuando establece [que] la base imponible de la aportación se calculará sobre "los ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente, excluidos los obtenidos en el mercado de referencia al por mayor"» (páginas 7, 12 y 13).*

**B)** La también denunciada ausencia de informe de la Comisión Permanente del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información («CATSI»).

Equiparando la disposición adicional quinta de la Ley General de Telecomunicaciones el informe del «CATSI» a la audiencia prevista en el artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno, alega REDTEL que la convocatoria de la Comisión Permanente de aquélla, a la que correspondía la competencia para evacuar informes, se hizo mediante correo electrónico el día 22 de junio de 2010, sólo dos días antes de la reunión, que se celebró el 24 de junio de 2010, dándose en ella por informado el proyecto de reglamento, con el acuerdo de incorporar al acta de la sesión las observaciones que los asistentes aportaran por escrito, hasta el 30 de junio de 2010, sólo seis días después.

Si el informe del «CATSI» equivale al trámite de audiencia y éste debe realizarse en el plazo ordinario mínimo de quince días hábiles, la demandante no comprende por qué se convocó la Comisión Permanente con sólo dos días y no con quince días para preparar y aprobar el informe. Entiende por ello que nunca se pretendió recabar un informe del «CATSI», porque una cosa son las alegaciones de los asistentes y otra cosa evidentemente distinta el susodicho informe.

**C)** Falta de motivación de la urgencia que autoriza la reducción del plazo de quince días hábiles de audiencia al «CATSI».

Aduce la entidad demandante que, si bien la tramitación por el procedimiento de urgencia del proyecto de reglamento permite reducir el plazo de audiencia e incluso suprimir el trámite, ambas decisiones exigen explicitar las razones de interés público que justifiquen su procedencia, y falta en el presente caso explicación alguna sobre ellas.

Respondiendo conjuntamente a estas denuncias identificadas con las letras "B)" y "C)", es menester comenzar recordando lo que continúa.

Primero, que el artículo 105, apartado a), de la Constitución Española establece:

*"La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten".*

Segundo, que el artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno, en desarrollo del citado precepto constitucional, dispone:

*"Elaborado el texto de una disposición que afecte a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, se les dará audiencia durante un plazo razonable y no inferior a quince días hábiles, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley que los agrupen o los representen y cuyos fines guarden relación directa con el objeto de la disposición. [...].*

*Este trámite podrá ser abreviado hasta el mínimo de siete días hábiles cuando razones debidamente motivadas así lo justifiquen. Sólo podrá omitirse dicho trámite cuando graves razones de interés público, que asimismo deberán explicitarse, lo exijan".*

Tercero, que el apartado 2 de la disposición adicional quinta de la Ley General de Telecomunicaciones preceptúa que

*«(...) El informe del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información equivaldrá a la audiencia a la que se refiere el artículo 24.1.c) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno [...]».*

En cuanto a la convocatoria de la reunión de la Comisión Permanente del «CATSI», no asiste la razón a la actora porque se hizo con la antelación que demandaba el Real Decreto 1029/2002, de 4 de octubre, por el que se establece la composición y el régimen de funcionamiento del Consejo Asesor de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información, dado que su artículo 11 remite, a tal efecto, a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en cuyo artículo 24.1.a) exige la convocatoria de los miembros de los órganos colegiados con una antelación mínima de cuarenta y ocho horas, tal y como aquí sucedió.

En cuanto al plazo de audiencia previsto en el artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno, ha de entenderse que fue restringido al mínimo previsto, contándose siete días hábiles desde el 23 de junio de 2010, día siguiente al de la convocatoria de la reunión de la Comisión Permanente del «CATSI», hasta el 30 de junio de 2010, último día fijado para que los asistentes presentasen alegaciones por escrito. Como también ha de señalarse que asiste razón a REDTEL cuando denuncia: (i) que no constan las razones para justificar esta restricción del plazo ordinario de audiencia de quince días, y (ii) que no existió un verdadero informe de ese órgano consultivo porque, en puridad, no es lo mismo el acuerdo de su Comisión Permanente de «da[r] por informado el Proyecto de Real Decreto, acordando la incorporación al Acta de las observaciones de los asistentes que estos aporten por escrito, hasta el plazo fijado en dicha reunión, para que se unan al expediente», tal y como se refleja en el certificado del secretario del «CATSI» que obra en el expediente administrativo unido a los autos.

Así las cosas, ha de recordarse que aun cuando el trámite de audiencia a los ciudadanos constituye una garantía básica del procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten, a través de las organizaciones reconocidas por la ley, no se puede concebir como una llamada preceptiva a cualquier entidad que pudiera tener alguna relación más o menos mediata con la disposición de que se trate, porque supondría hacer extremadamente difícil o, incluso, inviable la elaboración de las disposiciones generales [es de citar la sentencia de pleno de 9 de julio de 2013 (recurso 357/2011, FJ 7º), y aquéllas a las que remite].

Debiéndose añadir a lo anterior que, siendo innegable que el Gobierno, que ostenta la potestad para redactar definitivamente la disposición reglamentaria impugnada, contó en este caso con el criterio o ilustración de las entidades, corporaciones, asociaciones y organismos representantes de los intereses de los afectados por el reglamento, como prueba el acta de la reunión de la Comisión Permanente del «CATSI», como también contó con las alegaciones que los asistentes a dicha reunión decidieron presentar por escrito, que es el fin perseguido por el artículo 24.1.c) de la Ley del Gobierno.

Por lo cual, sería desproporcionado derivar la nulidad del RD 1004/2010, como pretende REDTEL, de los defectos de tramitación arriba expuestos, porque el control de la procedencia de la nulidad o no de la disposición de que se trate, desde el parámetro que significa la necesidad del trámite de audiencia, ha de hacerse conforme al principio de proporcionalidad; y mediante una ponderación que tenga en cuenta, de un lado, las graves consecuencias que conlleva la nulidad de toda disposición y, de otro, si resultó frustrada la finalidad a que está dirigido el mencionado trámite de audiencia [en este sentido se viene a pronunciar la sentencia de 24 de octubre de 2012 (recurso 337/2011, FJ 2º)].

**OCTAVO.-** *Consideraciones previas que son convenientes en todos los submotivos que se incluyen en la impugnación referida al artículo 4 del Real Decreto 1004/2010.*

El examen de las denuncias de nulidad de ese precepto reglamentario requiere pronunciarse previamente sobre la naturaleza tributaria tanto de esta aportación del artículo 4 del RD 1004/2010 como de la prevista en el artículo 5 del RD 1004/2010.

El punto de partida debe ser la voluntad de la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, plasmada en su Exposición de Motivos, de establecer «nuevas figuras tributarias», que «se ajustan a los principios constitucionales sobre la tributación, en especial el de igualdad de trato de 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».



Como también lo dispuesto en los artículos 5.2 y 6.2 de dicha Ley 8/2009 que, ratificando esa naturaleza tributaria que les atribuye la Exposición de Motivos, disponen: « La aportación se registrará por lo dispuesto en esta ley y, en lo no previsto en ella, por la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y por las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de las mismas».

Avanzando en el análisis, debe concretarse con carácter meramente instrumental si pueden ser incardinadas en alguna de las tres categorías, «tasas, contribuciones especiales e impuestos », en las que, « cualquiera que sea su denominación», el artículo 2.2 de la Ley General Tributaria clasifica los tributos, sin olvidar lo establecido por su disposición adicional primera: « Las exacciones parafiscales participan de la naturaleza de los tributos rigiéndose por esta ley en defecto de normativa específica».

Pues bien, la configuración legal de las aportaciones aquí analizadas no encaja en el hecho imponible descrito en el artículo 2 de la Ley General Tributaria para las tasas [«a) Tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado»].

Y menos aún en el de las contribuciones especiales [«b) Contribuciones especiales son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el obligado tributario de un beneficio o un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos»].

Únicamente podría subsumirse en el de los impuestos [«c) Impuestos son los tributos exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente»].

Y si a lo dicho se añade que las aportaciones examinadas son ingresos públicos afectados, dado que sólo cabe destinarlas a la financiación de la «CRTVE», al punto de que no pueden superar un porcentaje determinado del total de los ingresos previstos para cada año en el presupuesto de esa corporación, y que su gestión, inspección y recaudación se encomienda a un órgano ajeno a la Administración tributaria, como lo es la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [CMT], se evidencia su carácter parafiscal, debiéndose, pues, concluir que son exacciones parafiscales con naturaleza de impuestos.

**NOVENO.-** Rechazo de la impugnación del artículo 4 del Real Decreto 1004/2010 apoyada en el incumplimiento del artículo 12 de la Directiva 2002/20 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas -"Directiva de Autorización"- [Motivo de impugnación II, Submotivo a)].

REDTEL considera que el artículo 4 del Real Decreto 1004/2010 vulnera el antes mencionado precepto de la «Directiva de Autorización» porque la aportación de los operadores de telecomunicaciones que regula se es impuesta: (i) por el mero hecho de serlo, constituyendo una barrera de acceso al mercado de las comunicaciones electrónicas, que disuade a los potenciales nuevos entrantes, restringiendo injustificadamente las libertades comunitarias de establecimiento y residencia; y (ii) de manera discriminatoria, dado que (1º) no se exige a todos los operadores, (2º) no se explica por qué recae sobre los servicios de telefonía y (3º) grava por igual a todos aquéllos a los que se les exige.

Es menester comenzar recordando el tenor literal del artículo 12 de la «Directiva de Autorización », titulado «Tasas administrativas»:

«1. Las tasas administrativas que se impongan a las empresas que presten un servicio o suministren una red al amparo de la autorización general o a quienes se haya otorgado un derecho de uso:

a) cubrirán en total solamente los gastos administrativos que ocasionen la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, de los derechos de uso y de las obligaciones específicas a que se hace referencia en el apartado 2 del artículo 6, pudiendo quedar incluidos gastos de cooperación internacional, armonización y normalización, análisis de mercado, respeto de las normas y otros controles de mercado, así como el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica de derecho derivado y de decisiones administrativas, como pueden ser decisiones sobre el acceso y la interconexión; y

b) se impondrán a las empresas de una manera objetiva, transparente y proporcional, que minimice los costes administrativos adicionales y las cargas que se deriven de ellos.

2. Cuando las autoridades nacionales de reglamentación impongan tasas administrativas, publicarán un resumen anual de sus gastos administrativos y del importe total de las tasas recaudadas. A la vista de la





*diferencia entre la suma total de las tasas y los gastos administrativos, deberán introducirse los reajustes adecuados».*

También debe destacarse que sobre el alcance de este precepto se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), respecto de figuras tributarias semejantes a las que aquí se examinan, en las sentencias de 27 de junio de 2013, *Vodafone Malta y Mobisle Communications* (asunto C-71/12 ) y *Comisión/ Francia* (asunto C-485/11 ).

Como así mismo debe resaltarse que, a la vista de estas sentencias del TJUE, mediante escrito presentado el 17 de julio de 2013, la Comisión Europea desistió del recurso que interpuso el 13 de septiembre de 2011 contra el Reino de España, asunto C-468-11 (DOUE de 19 de noviembre de 2011, serie C, número 340), en el que consideraba, por lo que aquí importa, que «el artículo 5 de la Ley de **RTVE** no es compatible con lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva de autorización», en tanto que, «[m]ediante el artículo 5 de la Ley de **RTVE** , las autoridades españolas han establecido una tasa (que denominan «aportación»), que grava los ingresos brutos de los operadores de comunicaciones electrónicas de determinado ámbito geográfico, sin respetar los principios y requisitos establecidos en el artículo 12 de la Directiva de autorización». Por auto de 24 de julio de 2013, el TJUE resolvió el archivo del asunto, publicado en el DOUE de 4 de octubre de 2013.

Y esta decisión de desistir de la Comisión parece estar justificada porque, en efecto, de esas sentencias del TJUE se extraen los siguientes parámetros de enjuiciamiento:

- Las tasas administrativas a las que se refiere el artículo 12 de la «Directiva de Autorización » tienen un carácter remunerativo, ya que, por una parte, sólo pueden imponerse por los servicios administrativos prestados por las autoridades nacionales de reglamentación -en particular, la autorización general o la concesión de un derecho de uso de radiofrecuencias o de números-, y, por otra parte, deben cubrir los costes administrativos ocasionados por dichos servicios. En otras palabras, estas «tasas administrativas tienen la naturaleza tributaria de tasas, no la de impuestos.

- Un gravamen cuyo hecho imponible no esté relacionado con el procedimiento de autorización general de acceso al mercado, sino con la prestación de servicios de telecomunicaciones a los usuarios finales, que en definitiva vaya a cargo de tales usuarios, no está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 12 de la «Directiva de Autorización ».

- Si el gravamen no se exige al operador de telecomunicaciones por el mero hecho de ser titular de una autorización general o de haber obtenido la concesión del derecho a utilizar radiofrecuencias o números, sino que está vinculado a la actividad del operador consistente en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a usuarios finales, no está incluido en el artículo 12 de la «Directiva de Autorización ».

- No cabe derivar de la sentencia de 8 de septiembre de 2005, *Mobistar y Belgacom Mobile* ( C-544/03 y C-545/03 ), que todo tributo exigido a un operador de telecomunicaciones titular de una autorización o de un derecho a utilizar radiofrecuencias o números entra en el campo de aplicación de la «Directiva de Autorización».

Siendo estos los parámetros de enjuiciamiento, la aportación prevista en el artículo 5 de la Ley 8/2009 para los operadores de telecomunicaciones, desarrollada en el artículo 4 del Real Decreto 1004/2010 , no vulnera el artículo 12 de la «Directiva de Autorización », por la simple y sencilla razón de que se encuentra fuera de su ámbito de aplicación.

No tiene la naturaleza tributaria de tasa, la tiene de impuesto. No recae sobre todos los operadores de telecomunicaciones inscritos en el Registro de Operadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, porque excluye a aquéllos cuyo ámbito geográfico de actuación no sea superior al de una Comunidad Autónoma. Y tampoco su exacción se anuda a la mera inscripción en el mencionado registro, porque resulta imprescindible prestar servicios telefónicos, fijos o móviles, o proveer de acceso a Internet y, simultáneamente, algún servicio audiovisual u otro que incluya publicidad, y si bien no está legalmente prevista la repercusión del importe de esta aportación en los usuarios finales, para calcularla se excluyen los ingresos brutos «obtenidos en el mercado de referencia al por mayor», lo que implica su contracción a los ingresos brutos facturados «en el mercado de referencia al por menor», en definitiva, a los ingresos obtenidos de los usuarios finales.

**DÉCIMO.-** *Rechazo de la impugnación del artículo 4 del Real Decreto 1004/2010 apoyada en el incumplimiento del artículo 18 del TFUE . [Motivo de impugnación II, Submotivo b)].*

Aunque la aportación no distingue entre los operadores de telecomunicaciones según su nacionalidad, para REDTEL discrimina indirectamente por tal causa, porque las empresas cuyo ámbito de actuación geográfico no supera el ámbito de una Comunidad Autónoma son creadas, por regla general, por empresarios locales con



nacionalidad española. Lo que les otorga una situación fiscal privilegiada con respecto al potencial empresario comunitario, cuya actividad comercial no se limitará normalmente a una zona concreta del territorio español.

La actora defiende que concurre discriminación indirecta por razón de la nacionalidad, aun reconociendo que « *no existe impedimento para que una empresa comunitaria opere a nivel regional*» (sic), porque « *es una realidad que las empresas cuyo ámbito de actuación geográfico está territorialmente restringido son creadas, por regla general, por empresarios locales que ostentan la nacionalidad española*» (sic), lo que resulta a todas luces inconsistente para evidenciar en Derecho la tesis que patrocina.

Admitiendo la actora que no existen obstáculos para que las empresas comunitarias de telecomunicaciones operen en el ámbito de una sola Comunidad Autónoma, la discriminación indirecta por razón de la nacionalidad que postula, con apoyo en una hipotética situación fáctica, dado que no está fehacientemente acreditada en los autos, no supera la consideración de un mero planteamiento doctrinal al que no cabe dar efecto procesal alguno.

REDTEL trae a colación para sustentar su postura la sentencia del TJUE de 26 de septiembre de 2000 , *Comisión/Austria* (asunto C-205-98), por considerarla bastante ilustrativa, caso en el que se enjuició una medida adoptada por Austria, consistente en incrementar el precio de los peajes del trayecto completo de la autopista de *Brenner* , sin aumentar el de los trayectos parciales de esta misma autopista, ocasionando una diferencia de trato no justificada entre los vehículos que efectuaban el trayecto completo, mayoritariamente no matriculados en Austria, y los que efectuaban trayectos parciales, mayoritariamente matriculados en Austria.

Mas olvida la demandante que en aquel supuesto estaba acreditada fehacientemente la sustancia fáctica de la discriminación indirecta por razón de la nacionalidad, a diferencia de lo que aquí acontece, como deriva inequívocamente de la lectura de los apartados 66 a 70, 76 y 88 de la mencionada sentencia:

*«66 Así, a partir del 1 de febrero de 1996, el importe de los peajes para los vehículos de más de tres ejes que realizan el trayecto completo aumentó, en relación con la situación existente antes del 1 de julio de 1995, en un 150 % para la circulación diurna y en un 283 % en los trayectos nocturnos. En cuanto a los vehículos poco ruidosos y poco contaminantes, el aumento es del 130 % por un trayecto de día y del 360 % por un trayecto de noche. En cambio, los vehículos de hasta tres ejes, cualquiera que sea el trayecto elegido, no se han visto afectados por los aumentos controvertidos, al igual que los vehículos de más de tres ejes que no efectúan el trayecto completo de la autopista de Brenner, a excepción de la modificación menor antes citada relativa al trayecto de Matrei/Steinach al puesto fronterizo de Brenner. Finalmente, habida cuenta del régimen especial de media tarifa aplicado al trayecto de ida y vuelta Schönberg-Matrei/Steinach, el precio de este trayecto se ha mantenido sin cambios.*

*67. Debe observarse, por lo demás, que, del estudio técnico titulado «Alpenquerender Straßengüterverkehr [Transporte transalpino de mercancías por carretera] 1994», realizado en Viena en 1995 a instancia del Ministerio Federal de Asuntos Económicos (en lo sucesivo, «Estudio técnico de 1995») y cuyos resultados no han sido discutidos por el Gobierno austriaco, se desprende que alrededor del 84% de los vehículos de más de tres ejes que, en un 99%, efectúan el trayecto completo de la autopista de Brenner no están matriculados en Austria.*

[...].

*69. Con objeto de determinar la existencia de un incumplimiento de la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad de los transportistas en la fijación del importe de los peajes [...], procede verificar si, contrariamente a las alegaciones del Gobierno austriaco, los vehículos no matriculados en Austria, afectados en su mayor parte por los aumentos controvertidos, se encuentran en una situación comparable a la de los vehículos matriculados en Austria que, en su mayoría, no se han visto afectados por los mencionados aumentos y que, según la Comisión, pagan un precio mucho menor por kilómetro recorrido.*

*70. En efecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una discriminación sólo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes (véase, especialmente, la sentencia de 14 de febrero de 1995, Schumacker, C-279/93 , Rec. p. I-225, apartado 30).*

[...].

*76. Ciertamente, consta que sólo un 1 % del total de los vehículos de más de tres ejes efectúan los trayectos parciales de la autopista de Brenner. Sin embargo, no es menos cierto que los vehículos de más de tres ejes que realizan los mencionados trayectos parciales están en su mayor parte matriculados en Austria. Pues bien, a efectos de determinar la existencia de una posible discriminación, lo determinante es el porcentaje respectivo de transportistas nacionales y no nacionales pertenecientes a los dos grupos que deben compararse, y no la importancia respectiva del número de miembros de los dos grupos de que se trata. Por consiguiente, la*



*desigualdad de trato residirá, en su caso, en el hecho de que la mayoría de los vehículos que forman parte del grupo favorecido está integrada por vehículos matriculados en Austria, mientras que la mayoría de los vehículos pertenecientes al grupo desfavorecido, que representan el 99 % del tráfico total de vehículos de más de tres ejes, está constituida por vehículos no matriculados en Austria.*

[...].

88. *Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede observar que las dos modificaciones de tarifas controvertidas tienen por objeto favorecer a los transportistas austriacos en relación con los transportistas nacionales de los demás Estados miembros por cuanto tales modificaciones afectan a los vehículos de más de tres ejes que efectúan el trayecto completo de la autopista de Brenner y que, en su mayor parte, no están matriculados en Austria, a diferencia de los vehículos de más de tres ejes que efectúan un transporte análogo utilizando determinados trayectos parciales y que, en su gran mayoría, están matriculados en Austria».*

**UNDÉCIMO.-** *Rechazo de la Impugnación del artículo 4 del Real Decreto 1004/2010 apoyada en el incumplimiento del principio de capacidad económica reconocido en el artículo 31.1 de la Constitución española [Motivo de impugnación II, Submotivo c)].*

El análisis de esta impugnación exige partir de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (TC) sobre el contenido y alcance de principio de capacidad económica, y proyectarla después sobre el régimen legal y reglamentario que resulta de la Ley 8/2009 y el Real Decreto 1004/2010.

I.- Esa doctrina del TC sobre el principio de capacidad económica puede resumirse en lo siguiente:

(1) El tributo es una prestación patrimonial coactiva que se satisface, directa o indirectamente, a los entes públicos, que, por imperativo del art. 31.1 C.E., sólo puede exigirse cuando existe capacidad económica.

(2) Es constitucionalmente admisible que el legislador establezca impuestos que, sin desconocer o 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.

(3) De acuerdo con la doctrina constitucional de la normalidad de los casos, basta con que dicha capacidad económica exista, como riqueza o renta real o potencial, en la generalidad de los casos o los supuestos normales contemplados por el legislador al crear el impuesto, para que el principio constitucional quede a salvo.

(4) En ningún caso podrá el legislador establecer un tributo tomando en consideración actos o hechos que no sean exponentes de riqueza real o potencial, o, lo que es lo mismo, en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea, no ya potencial, sino inexistente, virtual o ficticia.

(5) Por todo ello, la prestación tributaria no puede hacerse depender de situaciones que no sean expresivas de capacidad económica.

(6) El TC distingue el principio de capacidad económica como fundamento, y el principio de capacidad económica como medida.

En el primer sentido, el principio impide, en todo caso, que el legislador establezca tributos, sea cual fuere la posición que los mismos ocupen en el sistema tributario, su naturaleza real o personal, e incluso su fin fiscal o extrafiscal, cuya materia u objeto imponible no constituya una manifestación de riqueza real o potencial; esto es no le autoriza a gravar riquezas meramente virtuales o ficticias y, en consecuencia, inexpresivas de capacidad económica.

Por consiguiente, el principio de capacidad económica, como fundamento del tributo, es exigible en cada uno de los tributos que integran el sistema tributario.

Por el contrario, el mismo principio como medida de la imposición es exigible para el conjunto del sistema tributario.

En definitiva,

*"aun cuando el principio de capacidad económica implica que cualquier tributo debe gravar un presupuesto de hecho revelador de riqueza, la concreta exigencia de que la carga tributaria se module en la medida de dicha capacidad solo resulta predicable del sistema tributario en su conjunto",*

de manera que

*"solo cabe exigir que la carga tributaria de cada contribuyente varíe en función de la intensidad de la realización del hecho imponible en aquellos tributos que por su naturaleza y caracteres resulten determinantes en la concreción del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que establece el artículo 31.1 CE".*



Con ello quiere decirse que el rigor con el que puede exigirse el respeto al principio de capacidad económica no es igual en los impuestos subjetivos que en los objetivos, en los directos que en los indirectos, en los impuestos que en las tasas. Cada tributo desempeña una función distinta en el conjunto del sistema tributario y, por su diferente estructura y naturaleza, es necesario establecer un canon específico para cada tributo en relación con el respeto y cumplimiento del principio de capacidad económica.

II.- La proyección de la anterior doctrina a las previsiones normativas contenidas en la Ley 8/2009 y el Real Decreto 1004/2010 nos lleva a excluir la existencia de la denunciada infracción del principio de capacidad económica, entendido como fundamento de la aportación y referido a una manifestación tributaria que no participa de la naturaleza de la imposición subjetiva.

El sistema establecido en esas previsiones normativas toma en cuenta los ingresos de los sujetos pasivos y, muy especialmente, los que, de forma tanto directa como indirecta, podrán percibir por la supresión del régimen de publicidad retribuida y por la renuncia a contenidos de pago de la Corporación **RTVE** (según quedó explicado en el anterior fundamento de derecho tercero).

El cuestionamiento que hace la parte recurrente sobre la existencia de esos ingresos no alcanza, a juicio de esta Sala, a desvirtuar su potencial producción en la generalidad de los casos, y a este respecto ha de señalarse lo que continúa: que la inconstitucionalidad no puede fundamentarse en la contemplación de supuestos excepcionales o patológicos ( ATC 71/2008 ); y tampoco en que no exista una exacta correlación entre el importe de la aportación y el incremento real o potencial de ingresos derivados de las dos referidas renunciaciones por **RTVE** (a la publicidad y a contenidos de pago).

**DUODÉCIMO.-** Rechazo de la impugnación del artículo 4 del Real Decreto 1004/2010 apoyada en el incumplimiento del principio de igualdad en materia tributaria reconocido en el artículo 31.1 de la Constitución española [Motivo de impugnación II, Submotivo d)].

La aportación conculca, a juicio de REDTEL, el principio de igualdad tributaria por dos órdenes de argumentos.

En primer lugar, por excluir, sin ninguna justificación plausible:

- A los operadores que desarrollen su actividad en un ámbito territorial no superior al de una Comunidad Autónoma, olvidando que la distribución constitucional de competencias no impide someterles a tributación, y que todos los operadores, con independencia de su ámbito geográfico de actuación, compiten en el mercado nacional;
- A los operadores que prestan otros servicios de comunicaciones electrónicas distintos de los de telefonía, fija o móvil, o de acceso a Internet, como sucede con el servicio portador de la difusión de señal de televisión por ondas hertzianas o terrestres;
- A las productoras de canales de televisión de pago, difundidos dentro de paquetes conformados por operadores de comunicación audiovisual televisiva; y
- A los prestadores de servicios de la sociedad de la información -como los de portales de Internet-, a los operadores de radio, a las empresas editoras de prensa y a los proveedores de contenidos.

En segundo lugar, por tratar del mismo modo situaciones que son distintas:

- Al recaer sobre los servicios de telefonía, fija o móvil, que nada tienen que ver con la televisión ni constituyen un medio para difundir su señal, y
- Al afectar a los servicios de telecomunicaciones destinados al segmento de negocios y «no [únicamente] al segmento residencial, a los consumidores, cuando sólo el mercado residencial es en principio el destinatario razonable de las emisiones de televisión de última generación, cuyo beneficio da lugar, según el Gobierno, a la carga de la aportación» (sic).

El Abogado del Estado entiende, en síntesis, que no se vulnera el principio de igualdad, toda vez que el gravamen es diferente en función de las distintas situaciones de partida.

Para examinar el primer orden de argumentos de la actora ha de recordarse que, conforme a la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional ( ATC 245/2009 , FJ 4):

*«lo que el art. 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, FJ 3 ; y 33/2006, de 13 de febrero, FJ 3)» ( STC 295/2006, FJ 5), lo que exige confirmar si el término de comparación aportado para ilustrar la desigualdad denunciada es homogéneo ( ATC 245/2009, FJ 4), 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, FJ 7 y 112/2006, de 5 de abril, FJ 5].*

Y para analizar el segundo orden de argumentos ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, el artículo 14 de la Constitución Española «no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, no existiendo un derecho subjetivo al trato normativo desigual» (STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 13), por más que aquí haya sido denunciada la lesión del principio de igualdad tributaria del artículo 31.1 de la Constitución Española.

En todo caso, no cabe olvidar lo manifestado por el Tribunal Constitucional, en relación con el control de la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución Española en la actuación del legislador, dado que «REDTEL» concluye que la aportación discutida es radicalmente contraria al principio de igualdad tributaria, «por lo que sólo puede ser calificada como arbitraria (artículo 9.3 de la Constitución)» (página 48 de la demanda).

Sobre la proscripción de la arbitrariedad en la actuación de legislador, el Alto Tribunal ha dicho:

*«Al examinar una norma legal impugnada desde el punto de vista de la arbitrariedad, nuestro análisis ha de centrarse en verificar si tal precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien si, aun no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente realizar un análisis a fondo de todas las motivaciones posibles de la norma y de todas sus eventuales consecuencias [entre muchas, SSTC 47/2005, de 3 de marzo, FJ 7; 13/2007, de 18 de enero, FJ 4; 49/2008, de 9 de abril, FJ 5; 90/2009, de 20 de abril, FJ 6; y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12 b)]. No obstante lo anterior, es preciso tener en cuenta que si el poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del Ordenamiento no es suficiente la mera discrepancia política para tachar a la norma de arbitraria, confundiendo lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o distorsión en los efectos legales (por todas, SSTC 239/1992, de 17 de diciembre, FJ 5; 47/2005, de 3 de marzo, FJ 7; 13/2007, de 18 de enero, FJ 4; 45/2007, de 1 de marzo, FJ 4; 49/2008, de 9 de abril, FJ 5; y 19/2011, de 3 de marzo, FJ 12)» (STC 19/2012, FJ 10).*

Entrando en la razonabilidad y la proporcionalidad de las exclusiones de la aportación discutida, lo primero que se debe concretar es, precisamente, quiénes son los obligados a satisfacerla.

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

El exacto alcance de estas tres condiciones debe ser determinado.

1ª) Determinación del ámbito geográfico de actuación de una operadora de servicios de telecomunicaciones.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su sesión número 31/10, celebrada el 14 de octubre de 2010, aprobó la «Resolución por la que se fijan los criterios para la determinación del ámbito geográfico de actuación de los operadores de comunicaciones electrónicas a los efectos de lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (RO 2010/1734)», en cuyo fundamento de derecho segundo, «Criterios para la determinación del ámbito geográfico de actuación de los operadores de comunicaciones electrónicas», se lee:

*«El artículo 4.a) del Real Decreto de Financiación CRTVE establece [...] una presunción iuris tantum de estatalidad o supra-autonomía en el ámbito de actuación de los operadores de comunicaciones electrónicas, salvo que esta Comisión dicte, a solicitud del interesado, una resolución constatando lo contrario.*

*Dicho artículo encomienda así a esta Comisión la labor de constatar el ámbito de actuación de los operadores de comunicaciones electrónicas que así lo soliciten, dejando para ello un margen de actuación. Es dentro de este margen de actuación en el que se determinarán los criterios cuyo cumplimiento habrán de acreditar los operadores que soliciten de esta Comisión una resolución declarando, a los solos efectos de lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto de Financiación CRTVE, que tienen un ámbito de actuación no superior al de una Comunidad Autónoma.*

*[...] el criterio más justo y razonable para determinar el ámbito geográfico de un operador de telecomunicaciones electrónicas consiste en atender al lugar en el que se originan los ingresos brutos de explotación.*

*De esta manera, el ámbito geográfico de un operador de comunicaciones electrónicas no será superior al de una Comunidad Autónoma cuando un determinado porcentaje de sus ingresos brutos de explotación procedan de una sola Comunidad Autónoma.*

*Esta Comisión fija el citado porcentaje en el 75% de sus ingresos brutos de explotación, al ser un porcentaje razonable y suficientemente representativo, y que permite asumir que un operador está focalizado en un determinado ámbito geográfico, a la vez que impide que aquellas actividades residuales en otros ámbitos geográficos se vean penalizadas.*

*A los efectos de lo anterior, se ha de entender que los ingresos brutos de explotación proceden de una Comunidad Autónoma cuando provengan de clientes domiciliados en dicha Comunidad.*

*De esta manera, y a los solos efectos de lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto de Financiación CRTVE, cuando el 75% o más de los ingresos brutos de explotación de un operador de comunicaciones electrónicas procedan de los clientes domiciliados en una sola Comunidad Autónoma se entenderá que su ámbito de actuación no es superior al de una Comunidad Autónoma».*

2ª) Determinación de los servicios de telefonía, fija o móvil, y/o acceso a Internet.

El artículo 4 del RD 1004/2010 guarda silencio sobre el particular y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, tampoco define específicamente estos servicios.

No obstante lo cual, se trata de tres de los principales servicios de telecomunicaciones en los hogares -el cuarto es la televisión de pago-, conforme puede leerse en los siguientes informes de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones: «Informe Económico Sectorial 2012» (página 17), «Informe Económico Sectorial 2011» (página 20) e «Informe Anual 2010» (página 32).

Conviene recordar, además, que el artículo 1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (actualmente derogada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo), dispone:

*«1. El objeto de esta ley es la regulación de las telecomunicaciones, que comprenden la explotación de las redes y la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y los recursos asociados, de conformidad con el artículo 149.1.21ª de la Constitución .*

*2. Quedan excluidos del ámbito de esta ley el régimen aplicable a los contenidos de carácter audiovisual transmitidos a través de las redes, así como el régimen básico de los medios de comunicación social de naturaleza audiovisual a que se refiere el artículo 149.1.27.ª de la Constitución .*

*Asimismo, se excluye del ámbito de esta ley la regulación de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas, de las actividades que consistan en el ejercicio del control editorial sobre dichos contenidos y los servicios de la Sociedad de la Información, regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, que no consistan, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales a través de redes de comunicaciones electrónicas».*

3ª) Determinación de los servicios audiovisuales o de cualesquiera otros que incluyan algún tipo de publicidad.

El artículo 4.1.c) del Real Decreto 1004/2010 establece:

*«Se considerarán servicios audiovisuales los servicios de comunicación audiovisual tal y como se encuentran definidos en el artículo 2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual ».*

Ese precepto legal, en su apartado 2, preceptúa:

*«Servicios de comunicación audiovisual.*

*Son servicios de comunicación audiovisual aquellos cuya responsabilidad editorial corresponde a un prestador del servicio y cuya principal finalidad es proporcionar, a través de redes de comunicaciones electrónicas, programas y contenidos con objeto de informar, entretener o educar al público en general, así como emitir comunicaciones comerciales.*

*Son modalidades del servicio de comunicación audiovisual:*

*a) El servicio de comunicación audiovisual televisiva, que se presta para el visionado simultáneo de programas sobre la base de un horario de programación.*

*b) El servicio de comunicación audiovisual televisiva a petición, que se presta para el visionado de programas y contenidos en el momento elegido por el espectador y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación.*



- c) *El servicio de comunicación audiovisual televisiva en movilidad o «televisión en movilidad», que se presta para el visionado de programas y contenidos en un dispositivo móvil.*
- d) *El servicio de comunicación audiovisual radiofónica, que se presta para la audición simultánea de programas y contenidos sobre la base de un horario de programación.*
- e) *Los servicios de comunicación audiovisual radiofónica a petición, que se presta para la audición de programas y contenidos en el momento elegido por el oyente y a su propia petición sobre la base de un catálogo de programas seleccionado por el prestador del servicio de comunicación.*
- f) *El servicio de comunicación audiovisual radiofónica en movilidad o «radio en movilidad», que se presta para la audición de programas y contenidos en un dispositivo móvil».*

Guarda silencio el precepto reglamentario, sin embargo, sobre lo que debe considerarse por servicios que incluyan algún tipo de publicidad.

Parece razonable, por tanto, acudir a la definición de publicidad del artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad :

*«Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones».*

Pese a la amplitud de la expresión «servicio que incluya algún tipo de publicidad», la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en su sesión 6/13, celebrada el 14 de febrero de 2013, resolvió declarar que

*«desde el 1 de enero de 2013 VODAFONE ESPAÑA, S.A.U., no reúne los requisitos previstos en la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española para ser sujeto pasivo obligado al pago de la aportación de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, al no prestar servicio audiovisual alguno ni cualquier otro servicio que incluya algún tipo de publicidad».*

Efectuadas todas las precisiones que anteceden, no parece que quepa afirmar la carencia de justificación objetiva y razonable o la desproporción de las exclusiones de la aportación discutida, lo que descarta la lesión del principio constitucional de igualdad tributaria.

Técnicamente se podrá discutir la oportunidad y el acierto de la exclusión de la obligación de realizar la aportación a los operadores de telecomunicaciones cuyo ámbito geográfico de actuación no supere el de una Comunidad Autónoma, pero no se trata de enjuiciar la corrección técnica de la decisión, sino de decidir si cabe calificar como irracional o desproporcionado entender que, operando la «CRTVE» en todo el territorio español, sólo se consideren particularmente beneficiadas de la supresión del régimen de publicidad retribuida y de la renuncia a los contenidos de pago, las operadoras de telecomunicaciones cuyo ámbito geográfico de actuación supere el territorio de una Comunidad Autónoma.

Parece evidente que la exclusión decidida no es irracional, abriendo además a las Comunidades Autónomas la posibilidad de establecer una aportación semejante sobre los operadores de telecomunicaciones de ámbito autonómico con el objeto de financiar, en su caso, la correspondiente televisión autonómica.

Pero esto último no significa, como se ha visto, que la racionalidad de la exclusión se sustente en el respeto por el Estado de las competencias atribuidas constitucionalmente a las Comunidades Autónomas, lo que convierte en irrelevantes cuantas consideraciones realiza REDTEL frente a tal fundamento, que ciertamente fue esgrimido por el Gobierno, pero que no lo ha sido por el Abogado del Estado en este pleito.

Es verdad que resulta más discutible su proporcionalidad, así lo corrobora la lectura de la conclusión sexta del informe pericial aportado por la actora (página 19):

*«El nuevo sistema para la financiación de **RTVE** puede generar otro impacto negativo que no se considera en el Real Decreto 1004/2010. En concreto, puede generar una situación de desventaja competitiva para los operadores de televisión y telecomunicaciones de ámbito nacional frente a compañías de dimensión regional o local, a las que no se les exige el pago de una aportación. A este respecto, la información disponible muestra que, en función del negocio considerado, las cuotas de algunos operadores regionales como Euskaltel, R Cable o Telecable a escala nacional son similares o incluso se sitúan por encima de las de operadores nacionales como Jazztel, **Orange** o BT. A escala regional, estos operadores ocupan posiciones de liderazgo en sus respectivos mercados y en algunos casos han incrementado su cuota entre 2008 y 2009 en detrimento de Telefónica».*

Pero esta situación fáctica no reviste la suficiente entidad para postular con alcance general que la exclusión de los operadores autonómicos resulta desproporcionada. En otras palabras, que algunos operadores



regionales tengan cuotas de negocio superiores a la de algunos operadores nacionales, no convierte en desproporcionado exigirles sólo a estos últimos las aportaciones, porque su mercado potencial es superior.

Tampoco el resto de las exclusiones de la aportación a las que se refiere «REDTEL» pueden ser consideradas irracionales o desproporcionadas.

La corrección técnica de esas otras exclusiones puede fácilmente cuestionarse, pero la decisión de legislador de hacer recaer la aportación sobre los operadores de telecomunicaciones que prestan los principales servicios minoristas de telecomunicación que reciben los hogares -telefonía, fija y móvil, y acceso a Internet- siempre que además presten servicios audiovisuales o de cualesquiera otros que incluyan algún tipo de publicidad, no puede ser calificada como irracional o desproporcionada, si el objetivo es gravar los ingresos obtenidos en fase minorista de los usuarios finales de los servicios de telecomunicaciones, en sintonía con «otros países de nuestro entorno», como dice la Exposición de Motivos de la Ley 8/2009, aludiendo en particular a Francia.

En fin, para descartar las denunciadas lesiones del principio de igualdad tributaria por tratar del mismo modo situaciones que son distintas, basta recordar que el artículo 14 de la Constitución Española «no consagra un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, no existiendo un derecho subjetivo al trato normativo desigual» ( STC 198/2012, de 6 de noviembre , FJ 13), que perfectamente puede entenderse aplicable *mutatis mutandi*.

**DECIMOTERCERO.-** Rechazo de la impugnación del artículo 4 del Real Decreto 1004/2010 apoyada en la imputación de extender el ámbito del hecho imponible con incumplimiento del principio de reserva de ley tributaria del artículo 31.3 de la Constitución .; y de la prohibición de desarrollo reglamentario "ultra vires" de los artículos 23.2 de la Ley del Gobierno y 7.1.e) de la Ley General Tributari [Motivo de impugnación II, Submotivo e)].

REDTEL sostiene que el artículo 4.1, *in fine* , del RD 1004/2010 extiende el hecho imponible de la aportación a aquellos casos en que los servicios contemplados en sus letras b) y c) se realicen « a través de una empresa del mismo grupo en los términos establecidos por el artículo 42 del Código de Comercio », excediendo el tenor del artículo 5.3 de la Ley de financiación de la CRTVE y, por ende, vulnerando el principio constitucional de reserva de ley en materia tributaria y la prohibición de desarrollo reglamentario "ultra vires".

Considera que para evitar una eventual actuación fraudulenta, mediante la segregación de las actividades en sociedad distintas con la finalidad de no realizar el hecho imponible de la aportación discutida, la previsión reglamentaria era innecesaria, bastaba con acudir al artículo 13 de la Ley General Tributaria , no cabiendo presumir *iuris et de iure* que toda intervención mediante filiales implica un fraude de ley, lo que solo podría establecer una norma con rango de ley, tal y como exige el artículo 8.a) de la Ley General Tributaria .

El Abogado del Estado sostiene, por su parte, que el precepto reglamentario no extiende el hecho imponible, limitándose a « levantar el velo antes de que se produzca la situación de intentar evitar la concurrencia del hecho imponible fraccionando las actividades territorialmente o separándolas por su objeto» (sic), siendo al fin el grupo empresarial quien presta los servicios gravados.

Ambas partes, demandante y demandada, coinciden en cuanto a la finalidad perseguida por el precepto reglamentario y discrepan sobre la necesidad del mismo.

Siendo estos los términos del debate, la posible vulneración del principio constitucional de reserva de ley en materia tributaria y de la prohibición de desarrollo reglamentario "ultra vires" no aparece más que en sentido meramente formal porque, si se llega al mismo resultado aplicando el artículo 13 de la Ley General Tributaria [«Las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez»], el precepto reglamentario no puede ocasionar tales vulneraciones en sentido material.

En otras palabras, no hay una verdadera extensión del hecho imponible, sino una simple plasmación del resultado exegético que se obtendría de la interpretación de los requisitos previstos, en el artículo 5 de la Ley de financiación de la CRTVE, para los grupos societarios del artículo 42 del Código de Comercio .

**DECIMOCUARTO.-** Rechazo de la impugnación del artículo 4 del Real Decreto 1004/2010 apoyada en la imputación de extender el ámbito de la base imponible con incumplimiento del principio de reserva de ley tributaria del artículo 31.3 de la Constitución ; de la prohibición de desarrollo reglamentario "ultra vires" de los artículos 23.2 de la Ley del Gobierno y 7.1.e) de la Ley General Tributaria ; y de la interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 de la Constitución [Motivo de impugnación II, Submotivo f)].

REDTEL aduce que el artículo 4.2, *in fine*, del Real Decreto 1004/2010 extiende la base imponible más allá de lo que permite el artículo 5.4 de la Ley de financiación de la Corporación de **RTVE**, al referirse a « los





*ingresos brutos de explotación percibidos por las empresas en todos sus servicios minoristas no audiovisuales»,* porque en una interpretación razonable del precepto legal ha de entenderse que está formada por los ingresos brutos de explotación obtenidos por los operadores en los mercados minoristas de telefonía fija, móvil y de acceso a Internet, junto a los obtenidos, en su caso, por publicidad, pero no por cualesquiera ingresos brutos de explotación minoristas, a excepción de los audiovisuales.

Mantiene la infracción de la proscripción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos porque el Gobierno, en el procedimiento de tramitación del reglamento, ha mantenido versiones muy distintas, sin que exista un solo estudio o informe que motive la extensión de la base imponible a cualquier ingreso minorista; y porque no hay razón para justificar que la base imponible contemplada para la aportación de los operadores de telecomunicaciones en este artículo 4.2, *in fine*, del Real Decreto 1004/2010 se extienda a todos los ingresos minoristas no audiovisuales, cuando el artículo 5.2 de ese mismo Real Decreto 1004/2010, para la aportación de los operadores de televisión, la limita a los ingresos brutos de explotación de las actividades relacionadas con el hecho imponible.

El Abogado del Estado razona que la norma reglamentaria discutida se limita a excluir los servicios minoristas audiovisuales para evitar una doble tributación, dado que los mismos están sujetos a las aportaciones de los operadores de televisión, tal y como corroboran las sucesivas redacciones del proyecto (folios 213, 214 y 233 a 235 del expediente) y la llamada de atención sobre la posible duplicidad del gravamen realizada por la Subsecretaría del Ministerio de Economía y Hacienda (folios 270 y 271).

Es patente que la exclusión de los servicios audiovisuales pretende evitar la doble tributación, lo que falta es decidir si la expresión que utiliza el artículo 5.4 de la Ley 8/2009, cuando establece la base sobre la que calcular la aportación, esto es, « *ingresos brutos de explotación facturados en el año correspondiente, excluidos los obtenidos en el mercado de referencia al por mayor*», resulta equivalente a « *[ingresos] percibidos por las empresas por todos sus servicios minoristas*».

Como se dijo al examinar la denunciada infracción del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales, los términos del artículo 5.4 de la Ley 8/2009, dedicado a la base de la aportación, son esencialmente coincidentes con los del precepto reglamentario discutido, porque la única diferencia entre ambos radica en la expresa exclusión de los servicios minoristas audiovisuales, para evitar que los mismos ingresos pudieran resultar gravados por esta aportación y por la prevista para los prestadores del servicio de televisión.

Por tanto, no es de compartir que el artículo 4.2, *in fine*, del Real Decreto 1004/2010 vulnere el principio de reserva de ley en materia tributaria, incurriendo en "*ultra vires*", como tampoco el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos ya que se ha limitado a reiterar el mandato literal del precepto legal que desarrolla.

**DECIMOQUINTO.-** *Rechazo de la impugnación del artículo 5 del Real Decreto 1004/2010 apoyada en el incumplimiento del artículo 18 del TFUE [Motivo de impugnación III, Submotivo a)].*

REDTEL reconoce que el motivo coincide en su planteamiento y consideraciones con el desarrollado para la aportación de los operadores de telecomunicaciones, razonando que si bien la aportación no distingue entre los operadores de televisión según su nacionalidad; de hecho, discrimina por tal causa. Porque es razonable considerar que un operador de televisión que limita su actuación a un determinado ámbito autonómico será, por regla general, un operador nacional, en tanto que un operador extranjero que se establezca en España normalmente tratará de prestar sus servicios más allá del ámbito de una sola Comunidad Autónoma, lo que coloca en mejor situación fiscal a los empresarios españoles que a los potenciales empresarios comunitarios.

El Abogado del Estado, tal y como hace la actora, se remite a lo expuesto en relación con la aportación de los operadores de telecomunicaciones.

Procede reiterar lo que ha sido razonado y resuelto en el anterior fundamento jurídico décimo.

**DECIMOSEXTO.-** *Rechazo de la Impugnación del artículo 5 del Real Decreto 1004/2010 apoyada en el incumplimiento del principio de igualdad económica reconocido en el artículo 31.1 de la Constitución española [Motivo de impugnación III, Submotivo b)].*

Como REDTEL afirma que el motivo se funda en las mismas razones aducidas en relación con la aportación de los operadores de telecomunicaciones, y el Abogado del Estado se remite a lo expuesto en relación con la aportación de dichos operadores de telecomunicaciones, procede también aquí reiterar los que fue razonado y resuelto en el anterior fundamento jurídico duodécimo.



**DECIMOSÉPTIMO.-** *Rechazo de la impugnación del artículo 5 del Real Decreto 1004/2010 apoyada en la imputación de extenderse el hecho imponible a aquellos operadores que presten el servicio de telecomunicación audiovisual televisiva por Internet -televisión IP- [Motivo de impugnación III, Submotivo c)].*

REDTEL alega que el artículo 6.3 de la Ley de financiación de la Corporación de **RTVE** sólo imponía la aportación a los operadores televisivos que difunden su señal por ondas terrestres, por cable o por satélite, mientras que el artículo 5.1 del RD 1004/2010 ha extendido la obligación a todos los operadores de televisión sin distinción alguna.

Y afirma que esto último supone incluir, en el estado actual de la tecnología, a los que difunden su señal directamente por las redes de Internet, lo que carece de cobertura legal.

Aduce en apoyo de este reproche que el primer borrador (folios 151 y siguientes del expediente) incluía un pie de página en el que se lee:

*«la Ley no menciona el servicio de televisión IP (internet), pero parece que debe introducirse en el Reglamento esta posibilidad tecnológica. Cuestión distinta es que, en la práctica, tanto los operadores de cable como de internet, son en realidad empresas de telecomunicaciones que prestan servicios audiovisuales» (sic).*

Y señala que con esto último huelgan mayores comentarios en favor de su impugnación.

El Abogado del Estado contesta que la actora se equivoca cuando mantiene que prestar el servicio de televisión por Internet es distinto de hacerlo por ondas terrestres, satélite o cable, porque la difusión por Internet se hace necesariamente por ondas, satélite o cable; y que, por otra parte, nada tiene que ver que la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, trate separadamente la televisión por Internet de otras formas de difusión del servicio de televisión.

La decisión de lo suscitado en este submotivo de impugnación debe partir de las siguientes premisas.

La primera es que el artículo 6.3 de la Ley de financiación de la Corporación de **RTVE** dispone:

*«Resultarán obligados al pago de la aportación los operadores de televisión que sean concesionarios o prestadores del servicio de televisión tanto en forma de acceso abierto como de acceso condicional de alguna de las modalidades siguientes, siempre que el servicio tenga un ámbito geográfico estatal o superior al de una Comunidad Autónoma:*

- a) Sociedades concesionarias del servicio de televisión privada por ondas terrestres, en sistema analógico o digital.*
- b) Sociedades prestadoras del servicio de televisión por satélite.*
- c) Sociedades prestadoras del servicio de televisión por cable».*

La segunda es que el artículo 5.1 del RD 1004/2010 preceptúa:

*«Están obligados a realizar las aportaciones establecidas en el artículo 6 de la Ley 8/2009, de 28 de agosto , de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, los prestadores privados del servicio de comunicación audiovisual televisiva tanto en abierto como en condicional de pago, siempre que el servicio tenga un ámbito geográfico estatal o superior al de una comunidad autónoma.*

*A estos efectos, se entenderán prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva, aquellos definidos como tales en el artículo 2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual ».*

Desde las anteriores premisas no es de compartir la extensión que se reprocha a ese artículo 5.1 del Real Decreto 1004/2010 en la regulación que efectúa sobre quiénes son los prestadores del servicio de televisión que están obligados a realizar las aportaciones del artículo 6 de la Ley 8/2009 .

Así ha de ser considerado porque, teniendo como fin el Real Decreto desarrollar dicha Ley 8/2009, su posible exceso será de advertir cuando su contenido normativo adicional respecto de ese texto legal resulte contradictorio con él pero no cuando silencie algunas de sus prescripciones, ya que en este caso, en lo que hace a la materia silenciada, ha de estarse directamente a lo que de manera expresa dispone la Ley.

**DECIMOCTAVO.-** *Rechazo de la Impugnación del artículo 5 del Real Decreto 1004/2010 apoyada en la imputación de extenderse el hecho imponible a aquellos operadores que, prestando el servicio de comunicación audiovisual televisiva de manera interactiva (bajo demanda o a petición del usuario), no prestaban servicios de televisión, sino servicios de comunicaciones electrónicas [Motivo de impugnación III, Submotivo d)].*

REDTEL sostiene este submotivo de impugnación con los siguientes asertos.



Que el artículo 6.3 de la Ley 8/2009 de financiación de la Corporación de **RTVE** sólo imponía la aportación a los operadores televisivos que fueran concesionarios o prestadores del servicio de televisión, tanto en forma de acceso abierto como de acceso condicional.

Que, frente a lo anterior, el artículo 5.1 del Real Decreto 1004/2010 extiende la obligación a todos los prestadores privados del servicio de comunicación audiovisual televisiva, tanto en abierto como en condicional de pago, y atribuye tal consideración a los definidos en el artículo 2 de la Ley General de Comunicación Audiovisual .

Que en la fecha de aprobación de la Ley 8/2009, de financiación de la Corporación de **RTVE**, los servicios de difusión interactivos, como los de vídeo bajo demanda, a la carta y, en general, cualquier servicio de *pay per view*, no estaban sujetos, porque eran servicios de comunicaciones electrónicas y no servicios de televisión.

Y que, consecuentemente, tampoco debían integrar la base imponible de la aportación los ingresos obtenidos por tales servicios.

Como evidente manifestación del cambio aporta la resolución de la CMT de 21 de octubre de 2010 que cancela la inscripción como operadores de comunicaciones electrónicas de los prestadores del servicio bajo demanda y casi bajo demanda, inscribiéndoles como operadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva.

El Abogado del Estado asegura que la demandante alude a lo que acontecía en los regímenes jurídicos anteriores a la Ley de financiación de la Corporación de **RTVE**, que exigían « *una concesión para emitir fuera cual fuera el soporte, y como vía de elusión se configuró, no como televisión, algunos servicios de difusión particularizada. Casos de las catacumbas que no tiene que ver nada con la realidad de la Ley 8/2009 que considera la prestación de televisión, abierta o condicionada, y se reciba como sea* » (sic).

Lo que en este submotivo de impugnación ha de decidirse es, en definitiva, si puede considerarse correcta la remisión que hace el último párrafo del artículo 5.1 del Real Decreto 1004/2010 a las definiciones contenidas en el artículo 2 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual , a los efectos de qué ha de entenderse por "prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva".

La respuesta tiene que ser que tampoco es de advertir en esta cuestión un exceso de la norma reglamentaria por estas dos razones.

La primera es que la Ley 8/2009, cuando en su artículo 6 define quienes son los sujetos obligados, habla genéricamente del servicio de televisión sin más precisiones, lo que significa remitirse a lo que la normativa específicamente referida a dicha materia disponga sobre lo que haya de merecer tal consideración.

Y la segunda es que, regulada esa materia en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en vigor cuando se publicó el Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, esta norma reglamentaria venía obligada ajustarse a dicha regulación legal en virtud del principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 ).

**DECIMONOVENO.-** *Rechazo de la Impugnación del artículo 5 del Real Decreto 1004/2010 apoyada en la imputación de apoyada en la imputación de extenderse el hecho imponible a aquellos casos en que la prestación de los servicios se realice «directamente o a través de una empresa del mismo grupo en los términos establecidos por el artículo 42 del Código de Comercio » [Motivo de impugnación III, Submotivo e)].*

Como la demandante se remite a lo defendido en relación con la aportación de los operadores de telecomunicaciones, procede reenviar a lo analizado y resuelto sobre del submotivo e) del motivo II de impugnación en el anterior fundamento de derecho decimotercero.

**VIGÉSIMO.-** *Rechazo de la Impugnación del artículo 6.5 del Real Decreto 1004/2010 [Motivo de impugnación IV].*

REDTEL mantiene que el precepto es nulo por vulnerar el artículo 31.2 de la Ley General Tributaria porque, conforme a este último, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) debería realizar en todo caso las devoluciones que resultaran procedentes en los seis meses siguientes al devengo de la aportación, esto es, antes del 30 de junio siguiente, y no como máximo antes de finalizar el año.

El Abogado del Estado contesta que otorgar un plazo desde abril a final de año para proceder a la devolución no significa que si se exceden los seis meses allí dispuestos no deban satisfacerse intereses de demora, recordando además que la Ley General Tributaria deja a salvo de sus dictados las normas sectoriales reguladoras de los plazos.

Tiene razón el Abogado del Estado cuando dice que el artículo 31.2 de la Ley General Tributaria sólo impone la obligación de abonar intereses de demora, en todo caso, cuando no se haya ordenado el pago de la devolución en el plazo de seis meses, y que este precepto legal remite, expresa y prioritariamente, a las normas



reguladoras de cada tributo para determinar cuál sea el plazo para proceder a las devoluciones derivadas de su gestión.

Lo que significa que las normas reguladoras de un tributo pueden prever un plazo superior a seis meses para proceder a las devoluciones derivadas de su gestión, sin que eso suponga el incumplimiento del mandato del artículo 31.2 de la Ley General Tributaria ; y no obstante, claro está, la obligación de satisfacer intereses de demora, una vez que hayan transcurrido los seis primeros meses.

Ha de significarse que, en este caso, el último párrafo de la disposición adicional sexta de la Ley de financiación de la Corporación de **RTVE** remite *in toto* al desarrollo reglamentario:

*«los aspectos de la gestión y de la liquidación de estas aportaciones, de los pagos a cuenta y de la forma de compensación en ejercicios posteriores del remanente que resulte en los casos en que la cuantía de los pagos a cuenta supere el importe de la aportación anual».*

Y que, en uso de esa genérica habilitación a la potestad reglamentaria, el discutido artículo 6.5 del Real Decreto 1004/2010 prevé un plazo superior a seis meses para proceder a la devolución que corresponda a cada operador, en función de lo autoliquidado, cuando las cantidades liquidadas por el total de los operadores excedan de los límites porcentuales establecidos legalmente sobre los ingresos totales previstos para cada año en la Corporación de **RTVE**.

Pues bien, esto no puede reputarse contrario al artículo 31.2 de la Ley General Tributaria , sin perjuicio de que, como se ha dicho, surja la obligación de abonar intereses de demora a los operadores, una vez transcurran los seis primeros meses del plazo del que dispone la Comisión del mercado de las Telecomunicaciones (CMT) para efectuar esa devolución.

**VIGESIMOPRIMERO.-** *Rechazo de la Impugnación de la disposición transitoria segunda, reglas 2ª y 3ª, del Real Decreto 1004/2010 [Motivo de impugnación V].*

REDTEL defiende la nulidad de las reglas 2ª y 3ª de la disposición transitoria segunda del Real Decreto 1004/2010 , cuyo contenido es éste:

*«2ª. En el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la entrada en vigor de la orden de aprobación de los modelos de ingresos a cuenta y autoliquidación, los obligados al pago de las aportación regulada en el artículo 6 de la Ley 8/2009, presentarán la autoliquidación correspondiente al ejercicio 2009, según las modalidades de cálculo de la aportación previstas en la disposición transitoria tercera de la referida ley .*

*3ª. En el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la entrada en vigor de la orden de aprobación de los modelos de ingresos a cuenta y autoliquidación, los obligados al pago de las aportaciones reguladas en los artículos 5 y 6 de la Ley 8/2009 ingresarán los pagos a cuenta vencidos y no satisfechos correspondientes al ejercicio 2010».*

Aduce para ello que esas reglas contravienen el artículo 11 del Reglamento 659/1999/CE porque obligan a los operadores de telecomunicaciones y de televisión a abonar aportaciones con carácter retroactivo, dado que, al tratarse de las aportaciones correspondientes al ejercicio 2009 y a los dos primeros trimestres del ejercicio 2010, su devengo tuvo lugar antes de que la Comisión Europea aprobara el régimen de ayudas previsto a favor de la Corporación de **RTVE**.

Asegura que, siguiendo la jurisprudencia del TJUE -sentencias de 21 de octubre de 2003, *Belische Staat c. Eugène van Calster, Felix Cleeren y Openbaar Slachthuis NV* (asuntos acumulados C-261/01 y C-262/01 ), y 18 de diciembre de 2008, *Wienstrom* (asunto C-384/07 )-, en lo que hace al tercero al que se le impone una carga financiera antes de la previa decisión favorable de la Comisión la ilegalidad de la ejecución de una medida de ayuda únicamente se remedia reembolsándole esa carga.

El Abogado del Estado contesta que la actora se equivoca, porque el artículo 11 del Reglamento 659/1999 se limita a decir que no se pueden otorgar ayudas de Estado hasta que hayan sido declaradas compatibles con el mercado común, y lo que dice la sentencia del TJUE de 21 de octubre de 2003 es que la financiación de una ayuda ilegal también es ilegal, no cabiendo convalidarla retroactivamente.

Y nada tiene que ver esto con el caso de autos, porque la ayuda no se otorgó hasta que lo autorizó la Comisión y, por ello, es una ayuda legal y se puede financiar retroactivamente.

Es menester comenzar recordando el tenor literal del artículo 11 del Reglamento 659/1999/CE :

*«1. La Comisión, tras ofrecer al Estado miembro interesado la oportunidad de presentar sus observaciones, podrá requerir a dicho Estado miembro, mediante decisión, que suspenda toda concesión de ayuda ilegal en tanto en*





cuanto aquélla no se pronuncie sobre la compatibilidad de la ayuda con el mercado común (denominada en lo sucesivo « requerimiento de suspensión »).

2. La Comisión, tras ofrecer al Estado miembro interesado la oportunidad de presentar sus observaciones, podrá requerir a dicho Estado miembro, mediante decisión, que recupere provisionalmente toda ayuda ilegal en tanto en cuanto la Comisión no se pronuncie sobre la compatibilidad de la ayuda con el mercado común (denominada en lo sucesivo « requerimiento de recuperación ») si concurren las circunstancias siguientes:

- que de acuerdo con una práctica establecida no existan dudas sobre el carácter de ayuda de la medida de que se trate;
- que sea urgente actuar;
- que exista un grave riesgo de causar un perjuicio considerable e irreparable a un competidor.

Esta recuperación se efectuará con arreglo al procedimiento establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 14. Después de que efectivamente se haya recuperado la ayuda, la Comisión adoptará una decisión dentro de los plazos que sean de aplicación a las ayudas notificadas.

La Comisión podrá autorizar al Estado miembro a acompañar el reembolso de la ayuda del pago de una ayuda de salvamento a la empresa de que se trate.

Las disposiciones del presente apartado únicamente se aplicarán a las ayudas ilegales ejecutadas tras la entrada en vigor del presente Reglamento».

Procede ahora hacer lo propio con las sentencias del TJUE mencionadas por la actora en lo concerniente a lo que aquí interesa:

1ª.- Sentencia de 21 de octubre de 2003, *Belische Staat c. Eugène van Calster, Felix Cleeren y Openbaar Slachthuis NV* (asuntos acumulados C-261/01 y C-262/01):

«3. La Ley, de 24 de marzo de 1987, sobre la sanidad animal (*Belgische Staatsblad* de 17 de abril de 1987, p. 5788; en lo sucesivo, «Ley de 1987»), estableció un régimen para financiar las prestaciones relacionadas con la lucha contra las enfermedades de los animales y con la mejora de la higiene, la sanidad y la calidad de los animales y de los productos de origen animal (en lo sucesivo, «régimen de 1987»). Conforme a su artículo 2, tiene por objetivo «luchar contra las enfermedades de los animales con el fin de favorecer la salud pública y la prosperidad económica de los ganaderos».

4. El artículo 32, apartado 2, de la Ley de 1987 dispone lo siguiente: «En el seno del Ministerio de Agricultura se creará [el Fondo de 1987] [...]. Este Fondo tiene por finalidad participar en la financiación de las indemnizaciones, las subvenciones y demás prestaciones relativas a la lucha contra las enfermedades de los animales y a la mejora de la higiene, la sanidad y la calidad de los animales y de los productos de origen animal. El Fondo se financiará mediante: 1) Cotizaciones obligatorias a cargo de las personas físicas o jurídicas que produzcan, transformen, transporten, elaboren, vendan o comercialicen animales; [...].

[...].

Cuando la cotización obligatoria recaiga sobre quienes transforman, transportan, elaboran, venden o comercializan animales o productos de origen animal, se repercutirá en cada transacción hasta la fase del productor».

5. La Ley de 1987 prevé que el importe de estas cotizaciones obligatorias y los procedimientos de recaudación deben establecerse mediante Real Decreto. El Real Decreto, de 11 de diciembre de 1987, relativo a las cotizaciones obligatorias al Fondo para la sanidad y la producción de animales (*Belgische Staatsblad* de 23 de diciembre de 1987, p. 19137; en lo sucesivo, «Real Decreto de 1987»), impuso a los mataderos y exportadores, a partir del 1 de enero de 1988, una cotización de 105 BEF por bovino, ternero o cerdo sacrificado o exportado vivo.

Tanto la Ley como el Real Decreto de 1987 fueron objeto de sucesivas modificaciones. Ninguno de estos textos se notificó a la Comisión con arreglo al artículo 93, apartado 3, del Tratado.

6. En virtud de la Ley de 23 de marzo de 1998, relativa a la creación de un Fondo presupuestario para la sanidad y la calidad de los animales y de los productos de origen animal (*Belgische Staatsblad* de 30 de abril de 1998, p. 13469; en lo sucesivo, «Ley de 1998»), se suprimen con carácter retroactivo el régimen y el Fondo de 1987 y se sustituyen por un nuevo régimen (en lo sucesivo, «régimen de 1998»), que incluye un nuevo sistema de cotizaciones obligatorias aplicable retroactivamente desde el 1 de enero de 1988, y por un nuevo Fondo, el Fondo presupuestario para la sanidad y la calidad de los animales y de los productos de origen animal (en lo sucesivo, «Fondo de 1998»). El régimen de 1998 difiere esencialmente del de 1987 en la medida en que no prevé cotización



alguna por los animales importados y en que las relativas a los animales exportados dejan de devengarse a partir del 1 de enero de 1997.

7. Con arreglo al artículo 5 de la Ley de 1998, el Fondo de 1998 se financiará, en particular, mediante las cotizaciones impuestas por real decreto a las personas físicas o jurídicas que produzcan, transformen, transporten, elaboren, vendan o comercialicen animales o productos de origen animal.

[...].

10. El artículo 17, párrafo segundo, de la Ley de 1998 prevé la compensación de pleno Derecho entre los créditos relativos a las cotizaciones abonadas con arreglo al régimen de 1987 y las cotizaciones devengadas conforme al régimen de 1998.

11. Con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 93, apartado 2, del Tratado, la Comisión declaró, en su Decisión 91/538/CEE, de 7 de mayo de 1991, relativa al fondo para la sanidad y la producción de animales en Bélgica (DO L 294, p. 43; en lo sucesivo, «Decisión de 1991»), que el régimen de 1987 era incompatible con el mercado común de conformidad con el artículo 92 del Tratado CE (actualmente artículo 87 CE, tras su modificación) y que, por tal motivo, debía suprimirse, en la medida en que las cotizaciones obligatorias en la fase de sacrificio gravaban también los animales y productos importados de los demás Estados miembros.

12. Mediante escritos de 7 de diciembre de 1995 y de 20 de mayo de 1996, el Reino de Bélgica notificó, conforme al artículo 93, apartado 3, del Tratado, un proyecto de medidas legislativas para la derogación del régimen de 1987 y su sustitución por un nuevo régimen.

13. Dicho proyecto preveía, en particular, la resolución del problema de la tributación por animales importados que había llevado a la Comisión, en su Decisión de 1991, a declarar incompatible con el mercado común el régimen de 1987.

14. En su Decisión de 1996, la Comisión declaró compatible con el mercado común el proyecto de la Ley de 1998.

[...].

28. Las cuestiones planteadas en ambos asuntos principales se formulan en términos idénticos y en el mismo orden, si bien la resolución de remisión en el asunto C-262/01 contiene una segunda cuestión que no se incluye en el asunto C-261/02.

El Hof van Beroep te Antwerpen ha planteado en el asunto C-262/01 las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Es conforme con el Derecho comunitario, especialmente con el artículo 93, apartado 3, del Tratado CE [...], en las circunstancias antes expuestas, un régimen de ayuda que, tras haberle sido notificado, la Comisión consideró compatible con el mercado común el 30 de julio de 1996 y en virtud del cual el Estado miembro impone con efecto retroactivo, en aras del interés general, cotizaciones o exacciones:

- para financiar un Fondo para la sanidad y la producción de animales;

- a las personas físicas y jurídicas descritas en los artículos 14, 15 y 16 de la Ley [...] de 23 de marzo de 1998, modificada por el Arbitragehof en su sentencia de 9 de febrero de 2000 en los asuntos 1414, 1450, 1452, 1453 y 1454;

- por las operaciones definidas en dichos artículos que se hayan realizado en el período comprendido entre 1988 y el 21 de mayo de 1996, en el que todavía no se habían aprobado dichas ayudas?».

[...].

44. Para responder a la primera cuestión, ha de determinarse previamente si la obligación de notificación de una ayuda de Estado prevista en el artículo 93, apartado 3, del Tratado y las consecuencias que se derivan del eventual incumplimiento de dicha obligación son igualmente aplicables al modo de financiación de tal ayuda. En efecto, esta cuestión se plantea en relación con una medida de ayuda que prevé un régimen de cotizaciones que forma parte integrante de aquélla y que se destina específica y exclusivamente a su financiación.

45. En virtud del artículo 93 del Tratado, sólo la Comisión es competente, bajo el control del Tribunal de Justicia, para apreciar la compatibilidad con el mercado común de una ayuda de Estado.

[...].

46. El Tribunal de Justicia ya ha declarado que el artículo 92 del Tratado no permite a la Comisión aislar la ayuda propiamente dicha de su modo de financiación e ignorar este último si, asociado a la ayuda propiamente dicha, hace que el conjunto sea incompatible con el mercado común (sentencia de 25 de junio de 1970, Francia/Comisión, 47/69, Rec. p. 487, apartado 4).



[...].

51. Por consiguiente, con el fin de garantizar el efecto útil de la obligación de notificación, así como un examen adecuado y completo de una ayuda de Estado por parte de la Comisión, el Estado miembro debe, para cumplir con tal obligación, notificar no sólo el proyecto de ayuda propiamente dicho, sino también su modo de financiación, si éste forma parte integrante de la medida proyectada.

52. Habida cuenta de que la obligación de notificación abarca también el modo de financiación de la ayuda, las consecuencias que se derivan de la inobservancia, por las autoridades nacionales, del artículo 93, apartado 3, última frase, del Tratado deben aplicarse también a este aspecto de la medida de ayuda.

[...].

54. Se deduce de lo anterior que, cuando se aplique una medida de ayuda, de la que forme parte integrante un modo de financiación, sin que se haya observado la obligación de notificación, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, en principio, a ordenar el reembolso de los tributos o cotizaciones específicamente recaudados para la financiación de dicha ayuda.

[...].

56. La Ley de 1998 se notificó a la Comisión, que la declaró compatible con el mercado común mediante su Decisión de 1996. Por tal motivo, en la medida en que se refieren al período que se inicia en la fecha exacta de adopción de dicha Decisión, es decir, el 9 de agosto de 1996, tanto la ayuda propiamente dicha como las cotizaciones impuestas para su financiación son legales.

57. Sin embargo, la Ley de 1998 impone cotizaciones con efecto retroactivo a partir del 1 de enero de 1988. Por tanto, una parte de las cotizaciones previstas por la Ley de 1998 se impone para un período anterior a la adopción de la Decisión de 1996.

58. En consecuencia, la Ley de 1998, en la medida en que impone cotizaciones con efecto retroactivo para el período comprendido entre el 1 de enero de 1988 y el 8 de agosto de 1996, es ilegal, ya que, a este respecto, no se ha respetado la obligación de notificación previa a la ejecución del régimen de ayuda. Por consiguiente, la percepción de dichas cotizaciones infringe lo dispuesto en el artículo 93, apartado 3, última frase, del Tratado.

59. Además, la Ley de 1998 derogó la Ley de 1987, que no había sido notificada a la Comisión, y reemplazó el régimen de ayuda y de cotizaciones que preveía esta última por un nuevo régimen, esencialmente idéntico, con efecto retroactivo desde el 1 de enero de 1988, fecha de entrada en vigor de la Ley de 1987. Como ha subrayado el Abogado General en el punto 14 de sus conclusiones, el legislador belga pretendía subsanar de este modo las consecuencias que se derivaban del incumplimiento de la obligación de notificación previa de la medida de ayuda prevista en la Ley de 1987.

60. No puede considerarse que esta técnica legislativa sea compatible con la obligación de notificación impuesta por el artículo 93, apartado 3, del Tratado. En efecto, de ser admitida, los Estados miembros podrían ejecutar inmediatamente un proyecto de ayuda de Estado no notificado y evitar las consecuencias de su falta de notificación mediante la derogación de la medida de ayuda y su reintroducción simultánea con efecto retroactivo.

[...].

62. Debe señalarse también que la ilegalidad total o parcial de una medida de ayuda derivada del incumplimiento de la obligación de notificación previa a la ejecución no se disipa por el hecho de que en una decisión definitiva de la Comisión tal medida se considere compatible con el mercado común.

63. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, so pena de vulnerar el efecto directo del artículo 93, apartado 3, última frase, del Tratado y de ignorar los intereses de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la función de proteger, dicha decisión definitiva de la Comisión no tiene la consecuencia de regularizar, a posteriori, los actos de ejecución que fueran inválidos por haber sido adoptados incumpliendo la prohibición prevista en tal artículo. Cualquier otra interpretación conduciría a fomentar la inobservancia, por parte del Estado miembro interesado, de dicha disposición y la privaría de su eficacia (véase la sentencia *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires y Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, antes citada, apartado 16).

64. Por otro lado, procede recordar que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales proteger los derechos de los justiciables frente a un posible incumplimiento, por parte de las autoridades nacionales, de la prohibición de ejecución de las ayudas que se establece en el artículo 93, apartado 3, última frase, del Tratado y tiene efecto directo. Tal incumplimiento, invocado por los justiciables que puedan alegarlo y declarado por los órganos jurisdiccionales nacionales, debe conducir a que éstos extraigan de este hecho todas las consecuencias, conforme a su Derecho nacional, tanto en lo que atañe a la validez de los actos de ejecución de las medidas de



ayuda de que se trate, como a la recuperación de las ayudas económicas concedidas (véanse las sentencias, antes citadas, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires* y *Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, apartado 12, y *Lornoy y otros*, apartado 30).

65. Habida cuenta de lo que antecede, procede responder a la primera cuestión planteada en los asuntos C-261/01 y C-262/01 que el artículo 93, apartado 3, del Tratado CE debe interpretarse en el sentido de se opone, en circunstancias como las de los asuntos principales, a que se perciban cotizaciones para la financiación específica de un régimen de ayuda que se haya declarado compatible con el mercado común en una decisión de la Comisión, cuando tales cotizaciones se impongan con carácter retroactivo para un período anterior a la fecha de adopción de dicha decisión.

[...].

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA,

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Hof van Beroep te Antwerpen mediante resoluciones de 28 de junio de 2001, declara:

1) El artículo 93, apartado 3, del Tratado CE (actualmente artículo 88 CE, apartado 3) debe interpretarse en el sentido de se opone, en circunstancias como las de los asuntos principales, a que se perciban cotizaciones para la financiación específica de un régimen de ayuda que se haya declarado compatible con el mercado común en una decisión de la Comisión, cuando tales cotizaciones se impongan con carácter retroactivo para un período anterior a la fecha de adopción de dicha decisión.

2) La Decisión de la Comisión, de 9 de agosto de 1996, relativa a la medida de ayuda n° N 366/96, no aprueba el efecto retroactivo de la Ley, de 23 de marzo de 1998, relativa a la creación de un Fondo presupuestario para la sanidad y la calidad de los animales y de los productos de origen animal».

2ª.- Sentencia de 18 de diciembre de 2008, *Wienstrom* (asunto C-384/07):

«5. Con el fin de fomentar la producción de electricidad por las centrales de cogeneración, bajo determinadas condiciones se concede un reembolso de los costes necesarios para el mantenimiento de la explotación. Para los años 2003 y 2004, el importe de esta ayuda estaba limitado por la antigua ÖG a 1,5 cents por Kwh de electricidad procedente de cogeneración. Desde 2005, este importe se determina aplicando las disposiciones pertinentes de la antigua ÖG por la autoridad demandada, que puede modificarlo al finalizar su examen.

6. A lo largo de los años considerados en el asunto principal, la medida estaba financiada a través de un recargo uniforme aplicable a la cantidad de electricidad suministrada a los consumidores finales, independientemente del consumo efectivo, por éstos, de energía procedente de cogeneración. Este recargo se transfería a *Energie-Control GmbH*, organismo público encargado de pagar las ayudas a las centrales de cogeneración.

7. El artículo 30 d de la nueva ÖG ha introducido una modificación retroactiva de la medida.

8. El mismo prevé que, para el período comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2006, los distribuidores de electricidad que importen electricidad denominada «ecológica» o procedente de cogeneración y la vendan a los consumidores finales nacionales, así como los consumidores finales que importen el mismo tipo de electricidad para su propio consumo, tienen derecho a solicitar el reembolso del importe de la ayuda, respecto a la electricidad procedente de pequeñas centrales hidroeléctricas, o respecto a cualquier otro tipo de electricidad ecológica, o el reembolso del recargo de cogeneración respecto a la energía procedente de cogeneración.

9. Tras un intercambio de correspondencia durante el año 2003 con las autoridades austriacas, la Comisión de las Comunidades Europeas registró las medidas relativas a las centrales de cogeneración como ayudas no notificadas, con el número NN 162/B/2003. La República de Austria notificó a la Comisión las modificaciones previstas en la nueva ÖG. Esta notificación fue registrada con el número N 317/B/2006.

10. Mediante Decisión C (2006) 2964 final, de 4 de julio de 2006, (DO C 221, p. 9; en lo sucesivo, Decisión de la Comisión), la Comisión decidió no presentar objeciones. La Comisión consideró que las ayudas, acordes con las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente (DO 2001, C 37, p. 3), eran compatibles con el mercado común en virtud del artículo 87 CE, apartado 3, letra c). Estimó que la modificación introducida por la nueva ÖG constituía un instrumento apropiado para neutralizar los posibles efectos discriminatorios sobre la electricidad importada.

[...].





24. [...] el órgano jurisdiccional de remisión pregunta, sustancialmente, si la prohibición de ejecución de ayudas de Estado prevista en el artículo 88 CE , apartado 3, última frase, impone al juez nacional, en circunstancias como las del litigio principal, desestimar la demanda de un beneficiario de ayudas de Estado en relación con el importe debido por un período anterior a una decisión de la Comisión que admite la compatibilidad de tales ayudas con el mercado común.

25. En este sentido, debe señalarse que una decisión favorable de la Comisión pone fin a la prohibición de ejecución anticipada.

26. Cuando un proyecto de ayuda ha sido notificado regularmente a la Comisión y no ha sido ejecutado antes de esta decisión, puede ejecutarse a partir de ésta, incluyendo, si se da el caso, los períodos anteriores amparados por la medida declarada compatible.

27. Cuando la ayuda se ha concedido al beneficiario ignorando el artículo 88 CE , apartado 3, última frase, el juez nacional, a solicitud de otro actor, puede ser llevado a pronunciarse, incluso después de que la Comisión haya adoptado una decisión favorable, sobre la validez de los actos de ejecución y sobre la recuperación de las ayudas financieras concedidas.

28. Resulta de la sentencia de 12 de febrero de 2008, CELF y Ministro de Cultura y de la Comunicación ( C-199/06 , Rec. p. I-469, apartado 46; en lo sucesivo, «sentencia CELF»), que, en tal caso, el Derecho comunitario impone al juez nacional ordenar las medidas necesarias para remediar en la práctica los efectos de la ilegalidad, pero, incluso en ausencia de circunstancias excepcionales, no le impone una obligación de recuperación íntegra de la ayuda ilegal.

29. En el mismo caso, por aplicación del Derecho comunitario, el juez nacional está obligado a exigir al beneficiario de la ayuda el pago de intereses por el tiempo que duró la ilegalidad. En el marco de su Derecho nacional puede, en su caso, ordenar además la recuperación de la ayuda ilegal, sin perjuicio del derecho del Estado miembro a ejecutar ésta de nuevo con posterioridad. Puede igualmente verse obligado a estimar demandas de indemnización de daños y perjuicios causados por la naturaleza ilegal de la ayuda (sentencia CELF, apartados 52 y 53).

30. Por tanto, en la hipótesis de una ejecución ilegal de una ayuda seguida de una decisión favorable de la Comisión, el Derecho comunitario no se opone a que el beneficiario, por una parte, pueda reclamar el pago de la ayuda debida en el futuro, y, por otra parte, pueda conservar la disposición de la ayuda otorgada antes de la decisión favorable, sin perjuicio de las consecuencias que resulten de la ilegalidad de la ayuda pagada prematuramente, en las condiciones precisadas por la sentencia CELF.

[...].

35. Este análisis no se contradice con la sentencia Van Calster y otros, citada anteriormente, sobre cuyo alcance se pregunta el tribunal de remisión.

36. Esta sentencia no se refiere a la situación de los beneficiarios de la ayuda, sino a la de los operadores sometidos retroactivamente a cotizaciones destinadas específicamente a financiar un régimen de ayudas y, en consecuencia, consideradas como parte integrante de éste. En los asuntos principales que dieron lugar a dicha sentencia, las cotizaciones habían sido recaudadas en virtud de un régimen de ayudas precedente declarado incompatible, con anterioridad a una decisión favorable de la Comisión referida a un nuevo régimen de ayudas que reemplazaba al primero y que preveía la imputación retroactiva de las cotizaciones así como la compensación de estas últimas con las efectivamente percibidas en ejecución del régimen de ayudas anterior.

37. En su sentencia, el Tribunal de Justicia resolvió que el artículo 93, apartado 3, del Tratado CE (actualmente artículo 88 CE , apartado 3) se oponía, en circunstancias como las de los asuntos principales, a la percepción de cotizaciones impuestas con carácter retroactivo respecto a un período anterior a la fecha de la decisión favorable de la Comisión.

38. De este modo, el Tribunal de Justicia sólo consideró que, desde el punto de vista del tercero al que se impone una carga financiera antes de una decisión favorable de la Comisión, el único medio de remediar respecto a éste la ilegalidad de la ejecución de una medida de ayuda es proceder al reembolso de dicha carga.

39. Por tanto, procede responder a las cuestiones formuladas que la prohibición de ejecución de ayudas de Estado prevista en el artículo 88 CE , apartado 3, última frase, no impone al juez nacional, en circunstancias como las del litigio principal, desestimar una demanda de un beneficiario de ayudas de Estado en relación con el importe debido por un período anterior a una decisión de la Comisión que declara la compatibilidad de dichas ayudas con el mercado común».



La lectura de los apartados extractados y reproducidos de las sentencias del TJUE desvela que son distintos los hechos acaecidos en aquellos casos y en el que aquí se examina, lo que sería suficiente para rechazar su alegato.

En efecto, la coincidencia se produciría eventualmente en la falta de notificación a la Comisión Europea de la ayuda de Estado a la Corporación de **RTVE**, pero no respecto de las aportaciones de terceros para financiarla, dado que, al haberse publicado el Real Decreto 1004/2010 en el Boletín Oficial del Estado de 28 de agosto de 2010, éstas se realizaron materialmente con posterioridad a la Decisión de la Comisión 2011/1/UE de 20 de julio de 2010, que realizó este pronunciamiento:

«LA COMISIÓN EUROPEA (...) HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

#### Artículo 1

*La financiación del organismo público de radiodifusión Corporación de Radio y Televisión Española (RVTE), modificada por España mediante la Ley 8/2009 relativa a la financiación de **RTVE**, es compatible con el mercado interior a tenor de artículo 106, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .*

#### Artículo 2

*El destinatario de la presente Decisión será el Reino de España».*

Pero es que además el Tribunal General de la Unión Europea ha rechazado tajantemente que las tres medidas fiscales introducidas o modificadas por la Ley 8/2009 formasen parte de la ayuda estatal a la Corporación de **RTVE**, dado que no basta con que el destino de medida fiscal esté vinculado a la medida de ayuda, por requerirse además la influencia directa de la medida fiscal en la cuantía de la ayuda, y este último requisito no concurre en este caso [sentencias de 11 de julio de 2014, *Telefónica de España y Telefónica Móviles España/ Comisión* (asunto T-151/11 ), apartados 92 a 143, y *DTS Distribuidora de Televisión Digital/Comisión* (asunto T-533/10 ), apartados 36 a 112].

**VIGESIMOSEGUNDO.**- *Decisión de la Sala y costas.*

Lo que se ha venido razonando hace procedente desestimar el recurso contencioso-administrativo y no se aprecian razones para hacer una expresa imposición de costas procesales.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **1.**- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por REDTEL, Asociación Española de Operadores de Telecomunicaciones (REDTEL), frente al Real Decreto 1004/2010, de 5 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, al ser esta disposición impugnada conforme a Derecho en lo que se ha discutido en el actual proceso. **2.**- No hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Nicolas Maurandi Guillen D. Emilio Frias Ponce D. Jose Diaz Delgado D. Angel Aguallo Aviles D. Jose Antonio Montero Fernandez D. Francisco Jose Navarro Sanchis D. Juan Gonzalo Martinez Mico D. Rafael Fernandez Montalvo

## VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado Excmo. Sr. Don Rafael Fernandez Montalvo, en relación con la Sentencia recaída en el recurso de casación núm. 401/2010; y al que se adhieren los Excmos. Sres. Don Jose Diaz Delgado y Don Francisco Jose Navarro Sanchis.

Compartimos el criterio mayoritario en relación con la ausencia de defectos formales en la tramitación del Real Decreto impugnado que pudieran determinar su nulidad, así como en la no contradicción de la normativa impugnada con el Derecho europeo. Sin embargo, con la mayor consideración y respeto, expresamos nuestro parecer sobre la necesidad de haber planteado cuestión de inconstitucionalidad de Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, al suscitarse dudas sobre su adecuación al principio de capacidad económica establecido en el artículo 31.1 CE .

El planteamiento teórico del principio que se hace en el recurso, proyectado sobre determinadas previsiones legales relativas a los sujetos pasivos, determina, a nuestro entender, la necesidad de que se hubiera dado la



oportunidad de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre si existía una manifestación de riqueza derivada de la nueva financiación de **RTVE**, al menos potencial, susceptible de ser gravada respecto de todos los que resultan obligados a satisfacer la aportación financiadora.

Las dudas que nos suscita la nueva regulación se refieren a los operadores de comunicación electrónica y a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva de acceso condicionado.

La aportación del 0,9% de los primeros no parece seguro que responda a una mayor capacidad económica, pues cabe pensar que los supuestos beneficios derivados de la publicidad que deje de contratar **RTVE** serían para los anunciantes en Internet, que no son verdaderos operadores de servicios de comunicaciones electrónicas sino prestadores de servicios de la sociedad de la información.

La aportación del 1,5% de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisiva de acceso condicional se justifica en el impacto económico favorable como consecuencia de la renuncia por **RTVE** a la oferta de contenidos de pago o acceso condicional y de la supresión del régimen de publicidad retribuida como fuente de financiación de **RTVE**.

Pero las dudas sobre la mayor capacidad de estos obligados a satisfacer la prestación derivan, de una parte de que los ingresos televisivos de pago provienen, en su mayoría, de las cuotas que satisfacen los abonados por estar suscritos a estos servicios, y, por tanto, cabe considerar que la eliminación de la publicidad en **RTVE** difícilmente tiene repercusión positiva en la actividad de estos operadores. Incluso, es posible sostener la existencia de un efecto negativo, puesto que los canales en abierto y sin publicidad de **RTVE** pueden detraer clientela a los operadores de televisión de pago. De otra, lo que se presenta como una renuncia ofrece dudas de que merezca tal consideración, si se entiende que las peculiaridades del servicio que presta **RTVE** y que justifican su especial régimen de financiación, excluyen la posibilidad de una oferta de contenidos de pago.

Por consiguiente, a nuestro entender, procedía plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, conforme al artículo 35 de su Ley Orgánica, ya que una norma con rango legal, la Ley 8/2009, que era aplicable al caso y de cuya validez dependía el fallo, podía ser contraria al principio de capacidad económica reconocido en el artículo 31.1 CE.

Rafael Fernandez Montalvo Jose Diaz Delgado Francisco Jose Navarro Sanchis

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Nicolas Maurandi Guillen, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.