



Roj: **SAN 4170/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:4170**

Id Cendoj: **28079230082017100446**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **16/10/2017**

Nº de Recurso: **320/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 4170/2017,**
AAAN 1126/2017,
ATS 2735/2018,
STS 575/2019

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000320 / 2015

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04158/2015

Demandante: SRA. Mónica

Procurador: TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U.

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: ORANGE ESPAGNE, S.A., XFERA MOVILES S.A., UFINET TELECOM, S.A.U, IBERDROLA, S.A.

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D. JUAN CARLOS FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a dieciseis de octubre de dos mil diecisiete.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo n^o **320/15**, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido **TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.U.** representada por



la Procuradora **Sra. Mónica** contra resolución de fecha 30 de abril de 2015, dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia representada por el Sr. Abogado del Estado, en materia de determinación de los operadores obligados a contribuir a l Fondo Nacional del Servicio Universal para el ejercicio 2011. Han comparecido como codemandadas, **ORANGE ESPAGNE, S.A.** representada por el Procurador **Sr. Alonso Verdu** , **XFERA MOVILES S.A.** representada por la Procuradora **Sra. Agulla Lanza** , **UFINET TELECOM, S.A.U** anteriormente denominada **GAS NATURAL FENOSA TELECOMUNICACIONES, S.A.** representada por el Procurador de los Tribunales **Sr. Bufalá Balmaseda** , e **IBERDROLA, S.A.** representada por el Procurador de los Tribunales **Sr. Martín Jaureguibeitia** ; con una cuantía indeterminada y siendo Magistrado Ponente **Dª MERCEDES PEDRAZ CALVO** .

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 7 de julio de 2015, contra la resolución antes mencionada.

Por providencia se acordó su admisión a trámite con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 30 de noviembre de 2015 9 de mayo de 2013, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, y se declare nula la resolución impugnada.

TERCERO .- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 7 de marzo de 2016, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

La representación procesal de XFERA MOVILES SA igualmente contestó a la demanda para oponerse y solicitar su desestimación.

Por la codemandada IBERDROLA se presentó escrito en el cual, tras exponer cuantos fundamentos de hecho y de derecho consideró de aplicación, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO .- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la parte actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 11 de octubre de 2017, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Es objeto de impugnación en las presentes actuaciones resolución de la COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA de fecha 30 de abril de 2015 por la que se acuerda:

"PRIMERO.- Los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal por el ejercicio 2011 así como sus contribuciones son:

OP ERADOR FNSU

TE SAU 12.024.636

TM OVILES 9.515.838

VO DAFONE 6.489.634

OR ANGE ESPAÑA 3.908.319

TO TAL 31.938.427

SEGUNDO: Se requiere a Telefónica Móviles España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. y Orange Espagne, S.A.U. para que, en el plazo de un mes desde la notificación de la presente Resolución, procedan en un único pago al ingreso de la cuantía a la que están obligados según el Resuelve Primero. El pago deberá efectuarse mediante el ingreso en la cuenta con número IBAN NUM000 , abierta al efecto en La Caixa bajo la denominación FONDO COSTE NETO SERVICIO UNIVERSAL. Una vez efectuado el ingreso, cada uno de los operadores obligados deberá remitir a esta Comisión un ejemplar del recibo de ingreso para su archivo.



En el caso de que alguno de los citados operadores obligado a realizar aportaciones no las llevara a cabo en el plazo establecido, su deuda devengará un interés de demora igual al interés legal más dos puntos desde el día siguiente al de finalización del plazo de pago.

TERCERO.- Al ser Telefónica de España, S.A.U. la operadora prestadora del servicio universal durante el ejercicio de 2011, procede aplicar lo dispuesto en el artículo 49.3 del RSU, en virtud del cual se convierte en receptora neta de las aportaciones que efectúen el resto de los operadores obligados a contribuir al Fondo nacional de financiación del servicio universal.

CUARTO.- Declarar exentos al resto de operadores de contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal correspondiente al ejercicio 2011."

SEGUNDO.- Son antecedentes relevantes para resolver el presente recurso los siguientes:

- Por resolución de la CNMC de 25 de marzo de 2014, se aprobó el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, S.A.U. (en adelante, Telefónica) en el ejercicio 2011, cuantificado en un importe de 31.938.427 euros. En la referida Resolución, tramitada con número de expediente NUM001 , se reconoció asimismo la existencia de una carga injustificada para Telefónica como consecuencia de su obligación de prestación del servicio universal.
- El día 12 de mayo de 2014 tuvo entrada en el Registro de la CNMC escrito de Telefónica solicitando la puesta en marcha del mecanismo de financiación para compartir el coste neto aprobado por la Resolución citada.
- La Directora de Telecomunicaciones de la CNMC, dictó resolución de fecha 19 de junio de 2014, por la que se inicia el procedimiento administrativo (NUM002). En el mismo se efectúa un requerimiento de información sobre los ingresos brutos de explotación así como sobre los pagos mayoristas relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal por el ejercicio 2011. Se requirió a aquellos operadores de comunicaciones electrónicas cuya declaración anual por el pago de la Tasa General de Operadores (en adelante, TGO) en el año 2011 superaba la cuantía de 6.010.121,04 euros.
- El requerimiento se publica en el BOE de 28 de junio de 2014, otorgándose a los operadores el plazo de dos meses para remitir la información solicitada, habiéndose producido, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 42.5 a) de la LRJPAC, la suspensión del procedimiento hasta el 28 agosto de 2014, momento en el que finalizó el plazo otorgado a los interesados para presentar la documentación requerida.
- El día 15 de diciembre de 2014 se notificó a los interesados y se publicó en el BOE del día 27 siguiente, la ampliación del plazo de tramitación del procedimiento.
- Con fecha 17 de febrero de 2015 se hizo público el Informe de los Servicios que especifica los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal (en adelante, FNSU) en relación con el ejercicio 2011, para darle trámite de audiencia y otorgando un plazo de 15 días para alegaciones, a contar desde el día siguiente a la publicación en BOE, lo que tuvo lugar el día 20 de febrero de 2015.

TERCERO.- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue: a juicio de la actora, dado que el procedimiento se inicia mediante acuerdo notificado a la actora el día 23 de junio de 2014, y dado que en esa fecha se encontraba ya vigente la ley 9/2004 de 9 de mayo General de Telecomunicación, " resulta evidente que tanto la solicitud de Telefónica de España como la incoación del procedimiento administrativo tuvieron lugar encontrándose vigente la ley 9/2014 de 9 de mayo General de telecomunicaciones" .

Sobre este punto de partida se sustenta la alegación de que " la nueva Ley, modificando el criterio de la anterior regulación, decide no otorgar facultad alguna a la CNMC para determinar el umbral a partir del cual los operadores deberán contribuir al FNSU. Muy al contrario, fija la propia Ley un umbral objetivo (superar los 100 millones de ingresos) a partir del cual se considera que un operador queda obligado a participar en la financiación del FSU y determina que además esta cifra solo puede modificarse por medio de Real Decreto en función de la evolución del mercado. Con ello modifica claramente la Ley anterior que se remitía a un desarrollo reglamentario para determinar el umbral a partir del cual los operadores deben contribuir al fondo." .

Concluye así que se modifica por completo el anterior régimen porque la Ley es la que establece directamente el criterio de reparto del fondo sin remitirse a un desarrollo reglamentario. Y este criterio, siempre a su juicio, es claro y contundente: contribuirá a la financiación del CNSU todo aquel operador cuyos ingresos brutos de explotación anual generados por la explotación de redes o prestación de servicios superen los 100 millones de euros.

El Abogado del Estado al contestar a la demanda alega que la Ley 32/2003. de 3 de noviembre General de Telecomunicaciones no preveía expresamente su aplicación retroactiva, como tampoco lo ha hecho la actual



Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones. Y recuerda las sentencias dictadas por esta Sala en tal sentido, confirmadas por otras del Tribunal Supremo.

Son las sentencias de 22 de julio y 17 de enero de 2014, recursos de casación 2830/11 y 1437/11, la primera de las cuales es citada precisamente por la resolución recurrida.

La representación procesal de XFERA MOVILES SA en la contestación a la demanda expone igualmente que la única modificación introducida en la ley 9/2014 respecto al mecanismo de reparto del coste neto del servicio universal consiste en fijar un umbral de ingresos, de cien millones de euros, a partir del cual los operadores estarán obligados a asumir dicha financiación.

Recuerda que esta misma cuestión ya se suscitó, se debatió y se resolvió con motivo de la entrada en vigor de la anterior ley, la 32/2003 y como el Tribunal Supremo confirma la sentencia de esta Sala y Sección en la suya de 22 de julio de 2014.

Considera que la pretensión actora choca frontalmente con la interdicción de la retroactividad de la norma jurídica, y resalta la circunstancia de que la modificación operada por la ley 9/2014 respecto al régimen de la ley 32/2003 no es meramente procedimental, sino que trasciende dicha naturaleza constituyendo una verdadera modificación sustantiva en cuanto puede afectar a la esfera patrimonial de determinados operadores.

En su contestación a la demanda, la representación procesal de IBERDROLA S.A. alega sustancialmente que no está permitida en nuestro sistema jurídico la aplicación retroactiva de una norma a un periodo de tiempo anterior al de su entrada en vigor, ni su aplicación ultra activa en un periodo temporal posterior al de su entrada en vigor.

CUARTO- La parte actora alega que el acto administrativo impugnado es contrario a derecho por cuanto aplica una ley que no estaba en vigor y no la vigente, que modifica por completo el criterio de reparto de la contribución al Fondo del Servicio Universal.

La Sala debe, en consecuencia, analizar la cuestión relativa a la aplicabilidad en la decisión a adoptar por la CNMC de determinación de los operadores obligados a contribuir al fondo nacional del servicio universal por el ejercicio 2011 bien de la ley General de Telecomunicaciones de 2014, como pretende la parte actora, bien de la ley del año 2003 como hizo la Administración y consideran conforme a derecho el Abogado del Estado, XFERA MÓVILES SA e IBERDROLA.

Solo en el caso de estimarse esta alegación tendría sentido el estudio de las restantes que encuentran su fundamento en la sujeción a la ley del año 2014 del correspondiente procedimiento administrativo, por haberse iniciado después de la entrada en vigor de esta ley.

Como recoge la propia resolución impugnada, la ley 9/2014 de 9 de mayo General de Telecomunicaciones, entró en vigor el día 11 de mayo de 2014. El procedimiento NUM002 se inicia por resolución de 19 de junio de 2014, después de que TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU presentara un escrito solicitando la puesta en marcha del mecanismo de financiación para compartir el coste neto el día después, es decir, el 12 de mayo de 2014. La tesis actora se fundamenta precisamente en ese dato: cuando se inicia el procedimiento ya estaba en vigor la ley 9/2014, y deviene irrelevante que lo que se regule, sea la contribución al CNSU del año 2.011.

En su escrito solicitando la puesta en marcha del mecanismo de financiación para la constitución del fondo, la ahora actora cita el art. 47 del Real Decreto 726/2011 de 20 de mayo dictado en desarrollo de la ley 32/2003. En el acuerdo de inicio de expediente y requerimiento de información para el procedimiento de puesta en marcha solicitado, expresamente se hace referencia a la ley 32/2003:

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), en su artículo 48.4.c), indica que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones¹ ejercerá "las funciones que en relación con el servicio universal y su financiación le encomiende el título III de esta Ley". A este respecto, el artículo 24.3 de la LGTel le atribuye a este organismo la competencia para, una vez fijado el coste neto del servicio universal, determinar las aportaciones que correspondan a cada uno de los operadores con obligaciones de contribución a la financiación del servicio universal."

El Informe relativo al procedimiento de puesta en marcha del mecanismo de financiación para compartir el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, S.A.U. en el ejercicio 2011 se aborda en el apartado segundo, la habilitación competencial de la CNMC y expresamente se menciona que:

"Debe tenerse en cuenta, asimismo que el 11 de mayo de 2014 entró en vigor la nueva Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel de 2014), norma que viene a derogar, entre otras, la LGTel de 2003, pero que mantiene, en su artículo 27, la competencia de la CNMC en relación con esta materia."



En uso de la habilitación competencial referenciada procede determinar, como paso previo en el presente procedimiento, la normativa aplicable al mismo, para lo que se debe acudir a las normas de derecho intertemporal insertas en la propia LGTel de 2014. De conformidad con las mismas, la referida norma entró en vigor el 11 de mayo de 2014, si bien se reconoce, en su disposición transitoria primera, la vigencia de las normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones vigentes con anterioridad a su entrada en vigor en lo que no se opongan a la nueva Ley, hasta que se apruebe su normativa de desarrollo.

La LGTel de 2014 no prevé su aplicación a un ámbito temporal anterior a su entrada en vigor, de la misma manera que no contempla la posibilidad de ultra actividad de la LGTel de 2003, extendiendo su ámbito de aplicación a un periodo posterior a su vigencia. En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en relación con la irretroactividad de la LGTel de 2003 en su sentencia de 22 de julio de 2014 (recurso de casación número 2830/2011). Como consecuencia de lo expuesto, y teniendo en cuenta que el presente procedimiento tiene como objeto la puesta en marcha del mecanismo de reparto del coste neto del servicio universal correspondiente al ejercicio 2011, procede la aplicación de la LGTel de 2003, así como de su normativa de desarrollo, en concreto del RSU."

En el apartado cuarto, "sobre el FNSU y la gestión de las aportaciones" expresamente se menciona la aplicación de la LGT del 2003.

La resolución impugnada aborda la cuestión en los siguientes términos:

"Sobre el régimen jurídico aplicable

Tanto Telefónica como Telefónica Móviles manifiestan que la CNMC no tiene en cuenta criterios objetivos de la LGTel 2014 para determinar los operadores obligados a contribuir al FNSU y exonera de la obligación de contribuir a un número importante de operadores. Opinan que no es conforme a derecho tramitar y resolver un procedimiento administrativo, iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la LGTel 2014, con la norma derogada LGTel 2003. Así mismo no comparten la alusión a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2014, porque fundamenta su decisión en la existencia de unas disposiciones transitorias de la LGTel 2003 2014, que no se recogen en la LGTel.

Por el contrario, Vodafone se manifiesta conforme con el régimen jurídico aplicable, ya que considera que la aplicación de la LGTel 2014 al ejercicio 2011 supondría la aplicación de una Ley no promulgada en ese momento de manera retroactiva a una situación ya existente. La operadora opina que la LGTel 2014 es aplicable única y exclusivamente desde el momento de su entrada en vigor, esto es, desde el 10 de mayo de 2014. Además indica que, la Resolución de la CNMC de 8 de mayo de 2008 por la que se resuelven los recursos potestativos de reposición interpuestos por Orange y Vodafone contra la Resolución de fecha 29 de noviembre de 2007, sobre la estimación del coste' neto de prestación de servicio universal en los años 2003, 2004 y 2005 estableció que la regulación del servicio universal establecida por la LGTel 2003 era de aplicación a partir de la entrada en vigor de dicha norma, por lo que Vodafone y Orange estuvieron obligados a contribuir a partir del 5 de noviembre de 2003, fecha de entrada en vigor de la LGTel 2003. Por tanto, la determinación de los operadores obligados a compartir el FNSU 2011 es coherente con la doctrina de la CNMC de los ejercicios anteriores.

Respuesta de esta Comisión

Tal y como se expone en el Fundamento Jurídico Procedimental Segundo, aunque la LGTel 2014 ya está aprobada, no resulta de aplicación en el presente procedimiento. La LGTel de 2014 no prevé su aplicación a un ámbito temporal anterior a su entrada en vigor, de la misma manera que no contempla la posibilidad de ultra actividad de la LGTel de 2003, extendiendo su ámbito de aplicación a un periodo posterior a su vigencia. En el mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo en relación con la irretroactividad de la LGTel de 2003 en su sentencia de 22 de julio de 2014. En efecto, en la meritada sentencia analizan las normas de derecho intertemporal insertas en las correspondientes disposiciones transitorias de la LGTel de 2003, señalándose expresamente la vigencia de la normativa reglamentaria existente con anterioridad a su entrada en vigor, en lo que no se opusiera a la misma y hasta que se produjera su correspondiente desarrollo reglamentario. En contra de lo manifestado por Telefónica, la vigente LGTel de 2014 se encuentra redactada en términos similares en su disposición transitoria primera.

Asimismo, ni la LGTel de 2003 ni la LGTel de 2014 contienen disposición alguna que permita avalar su aplicación retroactiva, por lo que, en ausencia de una regulación específica sobre la transitoriedad de una norma debe acudirse a los principios generales recogidos tanto en el artículo 9.3 de la Constitución española (irretroactividad de las normas no favorables y seguridad: jurídica) como en el artículo 2.3 del Código Civil, en el que se establece expresamente la irretroactividad de las leyes, salvo que las mismas dispusieren lo contrario."

QUINTO- La actora considera en su recurso que la LGT si prevé una aplicación a un ámbito temporal anterior a su entrada en vigor, partiendo de la base de que ella misma solicitó la puesta en marcha de procedimiento



administrativo correspondiente el día siguiente a que tuviera lugar dicha entrada en vigor, y a que, por tanto, todo el procedimiento se desarrolló en un ámbito temporal en el cual la LGT de 2014 estaba en vigor y la LGT de 2003 no lo estaba.

Esta cuestión no ha sido objeto de decisión por esta Sala ni por el Tribunal Supremo, pero si ha sido resuelta otra semejante relativa a las normas de derecho intertemporal insertas en las Disposiciones Transitorias de la ley 32/2003. Efectivamente, como alega la parte actora, entonces había normas intertemporales en la nueva ley, pero precisamente el litigio se planteó por la circunstancia de que no resolvían el problema planteado.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2014, que confirma otra de esta Sala de 24 de enero de 2011, analizando el motivo de casación planteado por TELEFONICA DE ESPAÑA SAU se dice:

"Ciertamente ninguna de las disposiciones intertemporales de la Ley 32/2003 arroja luz sobre su aplicación transitoria para el año 2003 en este extremo, antes y después de que aquella entrara en vigor, hasta el punto de servir como elemento clave para zanjar la controversia. Tampoco es determinante la circunstancia, reiterada en las alegaciones de "Telefónica de España, S.A.U.", de que el cálculo del coste neto del servicio universal debiera hacerse tomando como referencia todo el ejercicio 2003, esto es, según la situación contable vigente a 31 de diciembre de aquel año. Que ello fuera así no excluye, a juicio de esta Sala coincidente con la de instancia, que, si en el curso de aquel ejercicio se han sucedido dos regímenes jurídicos diferenciados (el que gira sobre la noción de "carga injustificada" desde noviembre de 2003 y el que lo hacía sobre la noción de "desventaja competitiva" hasta ese mes), no impide, decimos, que puedan aplicarse de modo sucesivo las normas vigentes para cada uno de aquellos períodos temporales, como en definitiva viene a hacer el tribunal sentenciador al acoger la tesis subsidiaria que la propia "Telefónica de España, S.A.U." había propuesto en su demanda.

Ninguna de las normas supuestamente vulneradas por la Sala de instancia ha sido infringida por ésta:

A) No existe, desde luego, infracción del artículo 9 de la Constitución, que sólo se alega como argumento para sostener que la interpretación propuesta por "Telefónica de España, S.A.U." no implicaría aplicación retroactiva de la norma (afirmación sobre la retroactividad que el tribunal de instancia en ningún momento realiza).

B) No vulnera la Sala el artículo 24.1 de la Ley 32/2003, precepto que se limita a exigir que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determine si la obligación de prestar el servicio universal puede implicar una carga injustificada para los operadores obligados y, caso de que así sea, fije el coste neto de la prestación de dicho servicio. El precepto, en cuanto tal, no arroja ninguna luz sobre el concreto problema intertemporal objeto de este motivo.

C) Tampoco vulnera la Sala el apartado quinto de la Disposición transitoria primera de la Ley 32/2003, en relación con los artículos 22 y 30 del Real Decreto 1736/1998. A tenor de aquella disposición continuaban en vigor, hasta que se aprobara el reglamento que sustituyera al que entonces estaba vigente (lo que tuvo lugar en virtud del Real Decreto 424/2005) tanto lo previsto en el artículo 37.a) de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, como lo dispuesto en el reglamento precedente sobre el servicio universal (esto es, el aprobado por Real Decreto 1763/2008).

Pues bien, precisamente el reconocimiento de la ultraactividad del referido artículo 37.1 de la Ley 11/1998 y de su reglamento, en lo relativo al servicio universal y a las demás obligaciones de servicio público, en cuanto no se opusieran a la nueva Ley 32/2003, va más en la línea mantenida por la Sala de instancia (esto es, en la aplicación dual de ambos regímenes normativos a períodos anteriores y posteriores a la fecha de entrada en vigor de la Ley 32/2003) que en la propugnada por "Telefónica de España, S.A.U."

Afirma "Telefónica de España, S.A.U." para contrarrestar al argumento de la Sala de instancia sobre el significado de la pervivencia del artículo 37.a) de la Ley 11/1998, que este último sólo se refiere a las prestaciones del servicio universal y no a los requisitos para su compensabilidad a cargo del resto de operadores (objeto del artículo 39 de la Ley 11/1998) y que la "nueva" noción clave de la Ley 32/2003 (la concurrencia de una carga injustificada) era aplicable inmediatamente, para todo el año 2003. Su razonamiento, sin embargo, en nada se opone a la solución adoptada por el tribunal de instancia, que nos parece razonable y más adecuada a la innegable existencia de un régimen jurídico no coincidente entre el primer período de 2003 (el transcurrido bajo la vigencia de la Ley 11/1998) y el segundo período (desde noviembre de 2003, ya bajo la aplicación de la Ley 32/2003 pero con la persistencia, por ultraactividad, del reglamento y de algunas normas singulares de la Ley 11/1998)."

En la sentencia dictada por esta Sala el día 17 de enero de 2014, en relación con el CNSU de los años 2003, 2004 y 2005, se mantuvo el criterio, negando la pretendida aplicación del RSU en vigor desde el año 2011, en cuanto se opusiera a la ley 32/2003.



En todo caso es preciso recordar, porque no es irrelevante, que en esta cuestión la única modificación que introdujo la ley del año 2014 respecto del sistema implantado por la LGT del año 2003 es la fijación de un umbral de ingresos cifrado en cien millones de euros para contribuir al Fondo del SU, mientras que con la ley del 2003 era la CNMC la que fijaba el umbral de volumen de negocios a partir del cual los operadores estaban obligados a contribuir. Como ponen de relieve la Abogacía del Estado y la representación de XFERA MOVILES, se trata de una modificación normativa que afecta directamente a la esfera patrimonial de los operadores, no es un mero trámite procedimental, sino que se establece un nuevo marco que afecta, y el propio recurso de TELEFONICA DE ESPAÑA es buena prueba de ello, señalando expresamente que " *En conclusión, se modifica absolutamente el régimen anterior determinando la propia Ley el criterio de reparto del fondo y sin remitirse a un desarrollo reglamentario. El criterio de reparto en la nueva Ley es claro y contundente, contribuirá a la financiación del CNSU todo aquel operador cuyos ingresos brutos de explotación anual generados por la explotación de redes o prestación de servicios superen los 100 millones de euros.*"

Esta circunstancia es fundamental a la hora de considerar la doctrina constitucional sobre la retroactividad de las leyes, y a la vista de que la actora alega que se ha vulnerado por la CNMC el principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de la Constitución .

La STC 270/2015 (FD 7º) precisa el concepto de retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE :

« Como ya señalábamos desde nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3 , y 65/1987, de 21 de mayo, FJ 19), lo que se prohíbe en ese art 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores. La irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, STC 99/1987, de 11 de junio , FJ 6 b), y 17811989, de 2 de noviembre, FJ 9], de forma que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del art. 9.3 CE cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas [STC 99/1987 , FJ 6 b)], supuesto en el que la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. Por el contrario, en el caso de la retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, hay que reconocer al legislador un amplio margen de libertad, de suerte que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso.

En suma, conforme a la doctrina de este Tribunal, el art. 9.3 CE no contiene una prohibición absoluta de retroactividad que conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al art. 9.3 CE (STC 126/1987, de 16 de julio , FJ II), ni impide que las leyes puedan afectar a derechos e intereses derivados de situaciones jurídicas que siguen produciendo efectos, pues no hay retroactividad proscrita cuando una norma regula pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor o cuyos efectos no se han consumado, ya que el legislador puede variar ex nunc el régimen jurídico preexistente de los derechos individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución (STC 227/1968, de 29 de noviembre , Ft 9). "

En este caso, se está estableciendo en el año 2014, por las peculiaridades del sistema, quienes son y lo que tienen que contribuir al FNSU otros operadores distintos de la recurrente, para el año 2011. Los datos tomados en consideración a tal efecto parten de lo que la propia TELEFÓNICA señala en su escrito de 12 de mayo de 2014: se estimó el CNSU para el año 2011 en la suma de 31.938.427 euros. El procedimiento se dirige a establecer la lista de operadores obligados a contribuir, los datos referentes a dicho mecanismo y los principios aplicables al reparto de los costes, y, como resultado, las cantidades con las que contribuirá cada uno de los operadores que venga obligado a ello.

La aplicación de la LGT vigente en el ejercicio en cuestión es coherente con el hecho de que se trata de una situación agotada en el ejercicio en cuestión, consolidada, perfeccionada, patrimonializada en el año 2011: el coste neto del servicio universal en aquel año fue de 31.938.427 euros, determinados conforme a la normativa vigente en el año en cuestión, por lo que en la aplicación por la Administración de la normativa vigente en el año 2011 y no de la que entra en vigor en el año 2014 para determinar los operadores obligados a contribuir, no concurre un supuesto de retroactividad constitucionalmente prohibida, y, en consecuencia, no se produce una vulneración del art. 9.3 CE

Resulta en consecuencia a juicio de esta Sala, que el acto administrativo es conforme a derecho, pues en la determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal para el ejercicio 2011, era aplicable la Ley.

La desestimación de este motivo de recurso hace inútil el examen de las cuestiones procedimentales alegadas por la recurrente.



SEXTO-. Deben imponerse las costas de este recurso a la parte actora que ha visto totalmente desestimadas sus pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la Ley Jurisdiccional .

En atención a lo expuesto la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR** Y **DESESTIMAMOS** el recurso de contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA SAU** contra la resolución dictada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones el día 30 de abril de 2015 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Con condena a la parte actora al pago de las costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido al Juzgado de origen a los efectos legales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

S