



Roj: **STS 575/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:575**

Id Cendoj: **28079130032019100047**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **14/02/2019**

Nº de Recurso: **429/2018**

Nº de Resolución: **177/2019**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 177/2019

Fecha de sentencia: 14/02/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 429/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/01/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 8

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: MDC

Nota:

R. CASACION núm.: 429/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 177/2019

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente



D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 14 de febrero de 2019.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. 429/2018, interpuesto por las entidades Telefónica de España S.A.U. y Telefónica Móviles España S.A.U., representadas por la procuradora de los tribunales D^a. María del Carmen Ortiz Cornago, bajo la dirección letrada de D^a. Clara Estrada Merayo contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 16 de octubre de 2017, dictada en el recurso de dicho orden jurisdiccional seguido ante la misma bajo el núm. 320/2015, a instancia de Telefónica de España S.A.U., contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 30 de abril de 2015, que determina los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional de Servicio Universal para el ejercicio 2011; han sido partes recurridas el Abogado del Estado en la representación legal y asistencia letrada que legalmente ostenta de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, la entidad Canarias Submarine Link, S.L., representada por el procurador de los tribunales D. Carlos José Navarro Gutiérrez, y la entidad Xfera Móviles, S.A., representada por la procuradora de los tribunales D^a. Lucía Agulla Lanza.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo núm. 320/2015 seguido en la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 16 de octubre de 2017, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO: 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".

SEGUNDO.- La procuradora de los tribunales D. D^a. María del Carmen Ortiz Cornago, en nombre y representación de las entidades Telefónica de España S.A.U. y Telefónica Móviles España S.A.U., presentó con fecha 28 de diciembre de 2017 escrito de preparación del recurso de casación.

TERCERO.- Habiendo dictado el Tribunal de instancia auto de fecha 15 de enero de 2018, teniendo por debidamente preparado el recurso de casación, con emplazamiento a las partes para su comparecencia ante este Tribunal Supremo, la parte recurrente, en la indicada representación procesal y dirección letrada, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma mediante escrito presentado el 22 de enero de 2018.

CUARTO.- El Abogado del Estado, en la representación que le es propia y por ley ostenta, ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo en calidad de parte recurrida, formulando en su escrito de personación presentado el 16 de febrero de 2018, su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 de la LJCA.

QUINTO.- La procuradora de los tribunales D^a. Lucía Agulla Lanza, en nombre y representación de la entidad Xfera Móviles, S.A., ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo en calidad de parte recurrida, formulando en su escrito de personación presentado el 4 de marzo de 2018, su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 de la LJCA.

SEXTO.- El procurador de los tribunales D. Carlos José Navarro Gutiérrez, en nombre y representación de la entidad Canarias Submarine Link, S.L., ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo en calidad de parte recurrida, formulando en su escrito de personación presentado el 5 de marzo de 2018, su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 de la LJCA.

SÉPTIMO.- La Sección Primera de la Sala Tercera -Sección de admisión- de acuerdo al artículo 90.2 de la LJCA acordó, por auto de fecha a 15 de marzo de 2018:



1º) Admitir el recurso de casación nº 429/2018 preparado por la representación procesal de Telefónica de España S.A.U y Telefónica Móviles España S.A.U. contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Octava) de la Audiencia Nacional, de 16 de octubre de 2017 (procedimiento ordinario nº 320/2015).

2º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar cuál es la normativa aplicable a los procedimientos de determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo de Nacional de Servicio Universal para la financiación del coste neto del servicio universal de anualidades anteriores a la entrada en vigor de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en procedimientos incoados tras la entrada en vigor de la citada Ley. Esto es, se trata de dilucidar si en estos procedimientos resulta aplicable la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, vigente en el periodo para el que se determina el coste del servicio universal, o si resulta aplicable la citada LGT del año 2014, vigente en el momento en que se incoa el procedimiento de identificación de los operadores obligados a la financiación del servicio universal, con las consecuencias que de ello pueden derivarse en la concreción de los sujetos obligados a contribución, y desde la perspectiva del principio de irretroactividad.

3º) Se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

4º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos".

OCTAVO.- Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, por diligencia de ordenación de fecha 2 de abril de 2018 se comunicó a la parte recurrente la apertura del plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición del recurso de casación, trámite que evacuó mediante su escrito presentado en fecha 2 de abril de 2018 en el que, tras exponer los razonamientos que consideró oportunos, precisó el sentido de sus pretensiones y recoge los pronunciamientos que solicita de la siguiente forma:

"De conformidad con lo razonado en el presente escrito, considera esta parte que la jurisprudencia que se fije debe concluir que la ley aplicable a los procedimientos de determinación de los operadores obligados a contribuir al FNSU de anualidades anteriores a la entrada en vigor de la LGTel 2014 incoados tras la entrada en vigor de dicha ley, es aquella que se encuentra vigente en el momento en que se incoa dicho procedimiento; es decir, la LGTel 2014".

Y acaba solicitando:

"que, teniendo por presentado este escrito y por efectuadas las manifestaciones que en él se contienen, acuerde tener por interpuesto recurso de casación contra la Sentencia de 16 de octubre de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el Procedimiento Ordinario 320/2015, y, por los motivos expuestos, estime el presente recurso, fijando la jurisprudencia correspondiente a los términos solicitados en este escrito de interposición y, con arreglo a dicha doctrina, case y revoque la Sentencia recurrida".

NOVENO.- Por diligencia de ordenación de fecha 24 de mayo de 2018, se concedió el plazo de treinta días a las partes recurridas para que pudieran oponerse al recurso en el plazo de treinta días.

DÉCIMO. - El Abogado del Estado, parte recurrida, presentó escrito en fecha 3 de julio de 2018 en el que se oponía al recurso, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, en el siguiente sentido:

"La cuestión que ofrece interés casacional objetivo debe resolverse en el sentido de que la procedencia y cuantificación del coste neto del servicio universal de telecomunicaciones, así como la determinación de los operadores con obligación de compensación o compartir tal coste y la cuantía de sus obligaciones, debe hacerse según la normativa vigente en el momento en que nacen tales derechos y obligaciones. Sin perjuicio de que el procedimiento para establecer la procedencia del derecho, la determinación de los obligados y la cuantificación del derecho y obligaciones se haga según la normativa procedimental vigente en el momento de inicio del procedimiento de declaración.

Por lo que procede confirmar la sentencia recurrida".

Y acabó suplicando a la Sala se desestime el recurso de casación, con costas.



DECIMOPRIMERO.- Por diligencia de ordenación de 25 de julio de 2018, se tuvo por precluidos en el trámite de oposición al recurso a las recurridas, la entidad Canarias Submarine Link, S.L., y la entidad Xfera Móviles, S.A., al haber transcurrido el plazo concedido a las partes para dicho trámite sin que hubiesen presentado escrito alguno.

DECIMOSEGUNDO.- Terminada la sustanciación del recurso, se acordó por providencia de 27 de septiembre de 2018 que no había lugar a la celebración de vista pública, al considerarla innecesaria ateniendo a la índole del asunto, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 29 de enero de 2019, fecha en la que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión litigiosa y la sentencia de instancia.

A) El asunto.

El presente recurso de casación núm. 429/2018 lo interpone la representación procesal de las entidades Telefónica de España S.A.U. y Telefónica Móviles España S.A.U., contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 16 de octubre de 2017, en el recurso contencioso-administrativo núm. 320/2015, que lo desestima confirmando la resolución de fecha 30 de abril de 2015, dictada por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), que determina los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional de Servicio Universal (FNSU) para el ejercicio 2011.

B) La resolución administrativa impugnada.

La resolución de la CNMC, de 30 de abril de 2015, determina los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional de Servicio Universal para el ejercicio 2011, una vez aprobado por Resolución de 25 de marzo de 2014 el coste neto del servicio universal soportado por Telefónica como operador prestador del mismo y reconocida la existencia a su favor de una carga injustificada como consecuencia de dicha obligación.

Dice la resolución de la CNMC, en lo que ahora interesa:

"Asimismo, debe tenerse en cuenta, 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; asimismo en su Disposición Transitoria Primera mantiene la vigencia del RSU en lo que no se oponga a la citada Ley hasta que se apruebe la norma reglamentaria que los sustituya.

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. (...).

"TERCERO.- Respuesta a las alegaciones efectuadas al Informe de Audiencia de los Servicios.

(...)

" 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 acudir 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."

C) La sentencia de instancia.

La sentencia de 16 de octubre de 2017 desestima el recurso y confirma que en la determinación de los operadores obligados a contribuir al FNSU para el ejercicio 2011 resulta aplicable la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

Sobre este particular, y tras resumir los argumentos de la resolución impugnada, destaca la Sala de instancia que "esta cuestión no ha sido objeto de decisión por esta Sala ni por el Tribunal Supremo, pero sí ha sido resuelta otra semejante relativa a las normas de derecho intertemporal insertas en las Disposiciones transitorias de la Ley 32/2003". Así, continúa exponiéndose en la sentencia, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2014 se sostuvo 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) [ello] no impide, decimos, que puedan aplicarse de modo sucesivo las normas vigentes para cada uno de aquellos periodos temporales (...) 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 las demás obligaciones de servicio público, en cuanto no se opusieran a la ley 32/2003, va más en la línea mantenida por la sala de instancia (aplicación dual de ambos regímenes normativos) que en la propugnada por Telefónica de España S.A.U".

Pone de relieve la Sala de instancia que la cuestión planteada no es irrelevante puesto que la única modificación que introdujo la LGTel de 2014 respecto del sistema fijado en la LGTel de 2003 es la fijación de un umbral de ingresos cifrado en 100 millones de euros para contribuir al FNSU, mientras que con la ley de 2003 era la CNMC la que fijaba el umbral de volumen de negocios a partir del cual los operadores se encontraban obligados a contribuir. Se trata, pues, de un nuevo marco normativo que afecta a la esfera patrimonial de los operadores.

A continuación analiza la cuestión desde la perspectiva del principio de irretroactividad y el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, con cita y reproducción de la STC 270/2015 (FJ 7). Y de ahí concluye que en este caso "la aplicación de la LGT vigente en el ejercicio 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" pues la estimación del coste del servicio universal para 2011 se realizó con arreglo a la normativa vigente en el año en cuestión. Por tanto, "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 artículo 9.3 CE".

SEGUNDO.- La cuestión que presenta interés casacional.

El auto de admisión declara que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar cuál es la normativa aplicable a los procedimientos de determinación de los operadores obligados a contribuir al FNSU para la financiación del coste neto del servicio universal de anualidades anteriores a la entrada en vigor de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, en procedimientos incoados tras la entrada en vigor de la citada Ley. Esto es, se trata de dilucidar si en estos procedimientos resulta aplicable la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, vigente en el periodo para el que se determina el coste del servicio universal, o si resulta aplicable la citada LGTel del año 2014, vigente en el momento en que se incoa el procedimiento de identificación de los operadores obligados a la financiación del servicio universal, con las consecuencias que de ello pueden derivarse en la concreción de los sujetos obligados a contribución, y desde la perspectiva del principio de irretroactividad.

TERCERO.- El examen del recurso.

A) Planteamiento.

La controversia se centra en cuál sea la legislación aplicable para la determinación de los operadores obligados a contribuir a la financiación del servicio universal de telecomunicaciones en el año 2011. Si la LGTel de 2003 y sus disposiciones de desarrollo, o bien la LGTel de 2014, que entró en vigor el 10 de mayo de 2014. La diferencia material estriba en que en la nueva normativa se amplían los operadores obligados a la financiación y, en consecuencia, la obligación de aportación de la recurrente sería inferior.

La recurrente se funda en que el procedimiento para la determinación de los operadores obligados se inició el 19 de junio de 2014 por resolución de la CNMC, y concluyó por el acto recurrido en instancia de la CNMC de 30 de abril de 2015. Es decir después de la entrada en vigor de la nueva normativa.

El debate suscitado en la instancia se refiere a la identificación del régimen jurídico aplicable al procedimiento de determinación de los operadores obligados a contribuir a la financiación del FNSU para el ejercicio 2011; en particular, si debe aplicarse la LGTel de 2003 y su normativa de desarrollo [Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios (en adelante, RSU)], vigente en el momento en que se cuantifica el coste neto del servicio universal para ese periodo; o si, por el contrario, resulta de aplicación la LGTel de 2014, ya en vigor en el momento de incoarse el concreto procedimiento de identificación de los operadores obligados a la contribución del servicio universal.

B) Los antecedentes que deben considerarse.

1. La resolución impugnada.

En la citada resolución de 30 de abril de 2015, la CNMC pone de manifiesto, en primer lugar, que la norma aplicable al procedimiento, aun habiendo entrado en vigor la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel de 2014), es la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTel de 2003) y su normativa de desarrollo. Ello, según se sostiene en la resolución administrativa, porque la LGTel de 2014 no prevé su aplicación a un ámbito temporal anterior a su entrada en vigor ni prevé la ultraactividad de la LGTel de 2003. Partiendo de lo anterior, y en uso de la facultad que le otorga esta última norma para exonerar de la contribución del fondo a aquellos operadores cuyo volumen de negocio a escala nacional se sitúe por debajo del umbral establecido en previa resolución de 2008, la CNMC determina que son cuatro operadores los obligados a la financiación: Telefónica, Telefónica Móviles, Vodafone y Orange. No aplica, así, el criterio objetivo en la LGTel de 2014 según el cual están obligados a contribuir al FNSU todos los operadores que superen los 100 millones de ingresos de explotación.

2. La sentencia de esta Sala de 22 de julio de 2014 -recurso de casación núm. 2830/2011 -.

Esta sentencia es la invocada por la resolución impugnada, por las partes y por la Sala *a quo* y examina la incidencia del régimen transitorio de la LGTel de 2003; se trata de dilucidar si la doctrina que sienta resulta trasladable al presente recurso.



"QUINTO.- (...) 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 aquélla 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)."

3. La STC 270/2015, de 17 de diciembre .

La Sala *a quo* y las partes invocan el fundamento jurídico 7 de esta sentencia que, en lo que atañe a la irretroactividad y después de examinar los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, razona:

"7. (...) Procede ahora recordar que el límite expreso de la retroactividad *in peius* de las leyes que el art. 9.3 CE garantiza, se circunscribe a las leyes *ex post facto* sancionadoras o restrictivas de derechos individuales. Fuera de estos dos ámbitos, nada impide al legislador dotar a la ley del grado de retroactividad que considere oportuno, ya que de lo contrario se podrían producir situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico (STC 49/2015, de 5 de marzo, FJ 4). 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, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b), y 178/1989, 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 11), 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 227/1988 , de 29 de noviembre , FJ 9).".

4. La sentencia recurrida.

La sentencia de instancia, después de examinar y considerar el supuesto planteado, las alegaciones de las partes, y los precedentes mencionados, concluye en su fundamento de derecho quinto:

"(...) 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."

5. Sobre el procedimiento de determinación de los operadores obligados a contribuir al FNSU correspondiente a otros ejercicios.

Esta Sala ya se ha pronunciado desestimando los recursos de distintos operadores y confirmando las sentencias de la Audiencia Nacional. Así cabe citar, al menos, las sentencias de 12 de febrero de 2014 - recurso de casación núm. 1119/2011- para los ejercicios 2003, 2004 y 2005, 19 de octubre de 2015 -recurso de casación núm. 966/2013- para el ejercicio 2007 y 11 de febrero de 2016 -recurso de casación núm. 3803/2013 - para el ejercicio 2008.

Y que mencionamos únicamente en lo que tiene interés para la consolidación de la cuestión atinente a la determinación de los operadores obligados a contribuir al FNSU, al margen de la concreta cuestión suscitada en el ejercicio ahora impugnado.

C) La decisión del recurso.

1. Es cierto que la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el alcance y los efectos de las normas intertemporales de la LGTel de 2003 en relación al procedimiento de determinación del coste neto del servicio universal (CNSU) y los diferentes conceptos de *carga injustificada* y *desventaja competitiva* utilizados en la LGTel de 2003 y en la LGTel de 1998, respectivamente. Sin embargo, como remarca la Sala de instancia y acoge el auto de admisión, no hay pronunciamiento alguno sobre las normas intertemporales de la LGTel de 2014 en relación al procedimiento de determinación de los operadores obligados a contribuir al FNSU, siendo ésta una cuestión relevante porque esta última norma introduce un



criterio objetivo, antes inexistente, para la concreción de los operadores obligados y porque la CNMC ha mantenido el criterio de aplicación de la LGTel de 2003 en los procedimientos seguidos para las anualidades 2012, 2013 y para el periodo de 1 de enero al 10 de mayo de 2014.

2. La disposición derogatoria única de la LGTel de 2014, invocada por las recurrentes, dispone "Sin perjuicio de lo dispuesto en las disposiciones transitorias de esta Ley, quedan derogadas las siguientes disposiciones: a) La Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones; b) La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones; c) Igualmente, quedan derogadas cuantas otras disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en esta Ley" en relación con la disposición transitoria primera que, en lo concerniente a la normativa anterior a la entrada en vigor de esta Ley, dispone que "Las normas reglamentarias en materia de telecomunicaciones vigentes con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley o dictadas en desarrollo de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones continuarán vigentes en lo que no se opongan a esta Ley, hasta que se apruebe su normativa de desarrollo". Disposiciones, ambas, que la parte actora entiende infringidas al considerar que lo dispuesto en el artículo 47.3 RSU contradice frontalmente lo preceptuado por el artículo 27.2 LGTel.

3. Con arreglo al artículo 27. 2 LGTel de 2014 "El coste neto de la obligación de prestación del servicio universal será financiado por un mecanismo de reparto, en condiciones de transparencia y no discriminación, por aquellos operadores que obtengan por la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas unos ingresos brutos de explotación anuales superiores a 100 millones de euros (...)" lo que parece introducir una modificación sustancial respecto del régimen anterior, en el que la CNMC tenía la potestad de exonerar a determinados operadores de dicha obligación pues, a tenor de lo dispuesto en el artículo 24. 2 y 3 LGTel de 2003 y tal como concreta el artículo 47.3 RSU, "La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá exonerar a determinados operadores de la obligación de contribuir a la financiación del servicio universal cuando su volumen de negocios a escala nacional se sitúe por debajo de un umbral preestablecido por ella".

4. La Sala de instancia considera coherente la aplicación de la LGTel de 2003 por cuanto era la norma vigente en el ejercicio en cuestión; pues, determinado el coste del servicio universal con arreglo a la normativa vigente en aquel año, la aplicación por la Administración de la normativa vigente en el año 2011 y no de la que entra en vigor en 2014 no constituye un supuesto de retroactividad prohibida.

5. Por el contrario, las mercantiles recurrentes sostienen que la aplicación a un procedimiento administrativo iniciado con posterioridad a la entrada en vigor de la LGTel de 2014, de normas expresamente derogadas como la LGTel de 2003 y el artículo 47 del RSU de 2005 (modificado por Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo), cuando tales normas infringen lo dispuesto en la LGTel de 2014, vulnera los principios de irretroactividad, confianza legítima y seguridad jurídica. Añaden en este sentido que, contra lo interpretado por la Sala de instancia, la determinación de los operadores obligados a contribuir al FNSU no es una situación consolidada, pues se trata de un procedimiento autónomo que no genera ninguna obligación hasta que no se ha agotado. Entienden, desde esta perspectiva, que la aplicación de la LGTel de 2014 sería posible con arreglo a la STC 270/2015 pues, según dicha resolución, el principio de irretroactividad del artículo 9.3 CE no impide "que las leyes puedan afectar a derechos e intereses derivados de situaciones jurídicas que siguen produciendo efectos, pues no hay retroactividad prohibida cuando una norma regula pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor o cuyos efectos no se han consumado".

6. La obligación legal de pago -en cuanto al sujeto obligado- nace según la normativa vigente en el momento en que se produce el hecho que la determina. Y la concreción de los sujetos obligados y la cuantificación de su deuda requieren un procedimiento para su determinación, que se regirá por la normativa vigente en el momento de inicio de este procedimiento. Con carácter general cabe acudir a la disposición transitoria segunda de la Ley 30/1992 -hoy tercera de la Ley 39/2015 -.

Así, en este caso los obligados al pago y el importe de la obligación se regirán por la ley vigente en el momento de producirse los hechos que la determinan, es decir en 2011 -la LGTel de 2003-. Y el procedimiento para la determinación de unos y otra se regulará por la ley vigente al tiempo de su inicio, es decir en 2014 -la LGTel de 2014-.

Por consiguiente si en el momento de la entrada en vigor de la nueva Ley 9/2014 estaban exonerados de contribuir a la financiación del servicio universal determinados operadores, constituye un derecho adquirido, y no podrá serles de aplicación la nueva normativa.

7. Hay que fijar en qué momento se produce el derecho a ser compensado por la prestación del servicio universal y, consiguientemente, la obligación de contribuir -o su exoneración- a la financiación del servicio universal, independientemente del procedimiento que debe seguirse para la determinación y cuantificación del derecho a la compensación y la obligación de pago.



Como señala el Abogado del Estado existe correlación temporal entre el derecho a ser compensada con la obligación de compensación. Puesto que el coste neto de la obligación de servicio universal es financiado por un mecanismo de compensación, que es un mecanismo de reparto, de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 32/2003 . Y, de igual forma, por el artículo 27.2 de la nueva Ley 9/2014 , que establece que el coste neto será financiado por un mecanismo de reparto.

Siguiendo los criterios de la Directiva 2002/22, que en Anexo IV.B señala:

"La recuperación o financiación de los costes netos derivados de las obligaciones de servicio universal hace referencia a la necesidad de compensar a las empresas designadas que asumen tales obligaciones por los servicios que prestan en condiciones no conformes a las prácticas comerciales normales. Los Estados miembros velarán por que las transferencias de carácter financiero debidas a tal compensación se efectúen de manera objetiva, transparente, no discriminatoria y proporcionada. Lo anterior significa que las transferencias causen la menor distorsión posible tanto de la competencia como de la demanda por parte de los usuarios.

Con arreglo al apartado 3 del artículo 13, un mecanismo de reparto de los costes a través de un fondo ha de utilizar un sistema transparente y neutro de recaudación de contribuciones, que evite el peligro de la doble imposición de contribuciones sobre operaciones soportadas y repercutidas por las empresas".

8. De la misma forma que para la determinación y cuantificación del coste neto habrá de estarse a la normativa vigente al tiempo en que se genera el coste neto (en este sentido la citada sentencia de esta Sala de 22 de julio de 2014 -recurso de casación núm. 2830/2011 -) también ha de estarse a la normativa vigente al tiempo en que nace la obligación de compensación o reparto.

El artículo 49.1 del Real Decreto 424/2005 , establece:

"El criterio de distribución se basará, para cada operador, en la cantidad resultante de detracer de los ingresos brutos de explotación los pagos mayoristas relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal y será proporcional al volumen total de negocio en el mercado".

Y el artículo 47.3 del mismo:

"La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá exonerar a determinados operadores de la obligación de contribuir a la financiación del servicio universal cuando su volumen de negocios a escala nacional se sitúe por debajo de un umbral preestablecido por ella".

9. Luego si determinados operadores estaban exonerados de la obligación de compensación o reparto en el momento en que hubiera nacido tal obligación, y tal exoneración se limita por el transcrito artículo 27.2 de la Ley 9/2014 , resultaría que la nueva norma se aplica retroactivamente a los operadores que no tenían obligación de compensar o compartir en el tiempo en que hubiera nacido su obligación.

10. De todo lo anterior puede concluirse que la normativa material de aplicación para la determinación de los operadores obligados y exonerados de la obligación de compensación o reparto, será la vigente en el momento de nacimiento de la obligación de contribuir.

Así resulta, en definitiva, de lo que dice la sentencia de 22 de julio de 2014 y de la razonable y motivada decisión adoptada por la Sala *a quo* y sin que se aprecie vulneración del artículo 9.3 CE .

Siendo así que se discute la obligación correspondiente al año 2011, le será de aplicación la Ley 32/2003 y el RD 424/2005, y no la Ley 9/2014.

CUARTO.- La fijación de la doctrina jurisprudencial.

La cuestión que ofrece interés casacional objetivo debe resolverse, de conformidad con lo razonamientos anteriores, en el sentido de que la procedencia y cuantificación del coste neto del servicio universal de telecomunicaciones, así como la determinación de los operadores con obligación de compensación o compartir tal coste y la cuantía de sus obligaciones, debe hacerse según la normativa vigente en el momento en que nacen tales derechos y obligaciones. Sin perjuicio de que el procedimiento para establecer la procedencia del derecho, la determinación de los obligados y la cuantificación del derecho y obligaciones se haga según la normativa procedimental vigente en el momento de inicio del procedimiento de declaración.

QUINTO.- La desestimación del recurso y las costas.

En consecuencia, la aplicación de la doctrina jurisprudencial fijada al presente caso nos conduce a declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por las entidades Telefónica de España S.A.U. y Telefónica Móviles España S.A.U.



Y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas del recurso de casación y, en referencia a las costas de instancia, se mantiene el pronunciamiento de la sentencia impugnada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido , de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico cuarto:

Primero.- Declarar no haber lugar al recurso de casación núm. 429/2018 interpuesto por las entidades Telefónica de España S.A.U. y Telefónica Móviles España S.A.U., contra la sentencia de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 16 de octubre de 2017, dictada en el recurso núm. 320/2015 , contra resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de 30 de abril de 2015, que determina los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional de Servicio Universal para el ejercicio 2011.

Segundo.- No efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación, manteniéndose el pronunciamiento de la sentencia impugnada, en referencia a las costas de instancia.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Angel Ramon Arozamena Laso, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.