



Roj: **SAN 3784/2018** - ECLI: **ES:AN:2018:3784**

Id Cendoj: **28079230082018100485**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **8**

Fecha: **24/09/2018**

Nº de Recurso: **78/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ANA ISABEL GOMEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN OCTAVA

Núm. de Recurso: 0000078 /2016

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 00753/2016

Demandante: TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.

Procurador: D. JUAN ANTONIO GARCÍA SAN MIGUEL Y ORUETA

Demandado: COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA

Codemandado: SERVICIOS AUDIOVISUALES OVERON, S.L.U., IBERDROLA ESPAÑA S.A.

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

SENTENCIA N^o:

Ilmo. Sr. Presidente:

D. FERNANDO LUIS RUIZ PIÑEIRO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. ERNESTO MANGAS GONZÁLEZ

D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

D. JOSÉ ALBERTO FERNÁNDEZ RODERA

D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA

Madrid, a veinticuatro de septiembre de dos mil dieciocho.

Visto el presente recurso contencioso administrativo n^o **78/16**, interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por el Procurador **D. JUAN ANTONIO GARCÍA SAN MIGUEL Y ORUETA**, en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de fecha 10 de diciembre de 2015, sobre determinación de operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal por el ejercicio 2012, en el que la Administración demandada ha estado dirigida y representada por el Abogado del Estado; habiéndose personado como codemandados, **SERVICIOS AUDIOVISUALES OVERON, S.L.U.**, representada por la Procuradora **D^a. María Granizo Palomeque**, **IBERDROLA ESPAÑA S.A.**, representada por el Procurador **D. José Luis Martín Jaureguibeitia**.



Ha sido Ponente la Ilma. Sra. **D^a. ANA ISABEL GÓMEZ GARCÍA**, Magistrada de la Sección.

AN TECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de TELEFÓNICA ESPAÑA, S.A.U., contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de fecha 10 de diciembre de 2015, sobre determinación de operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal por el ejercicio 2012.

SEGUNDO: Pr esentado el recurso, se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello al actor para que formalizara la demanda, el cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los tramites legales pertinentes, se dicte sentencia en la que, estimando el recurso, declare nula y contraria a Derecho la resolución de la CNMC de 10 de diciembre de 2015, impugnada en este recurso.

TERCERO: Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia desestimatoria de todas las pretensiones de la parte actora, con imposición de costas.

CUARTO: La codemandada SERVICIOS AUDIOVISUALES OVERON, S.L.U., contestó a la demanda oponiéndose a la misma, solicitando se dicte sentencia en la que se desestimando el recurso, se confirme en todos sus extremos la resolución recurrida, con imposición de las costas causadas a la actora.

QUINTO: La codemandada IBERDROLA ESPAÑA S.A., contestó a la demanda oponiéndose a la misma, solicitando se dicte sentencia desestimando el recurso, con imposición de costas a la parte recurrente.

SEXTO: Ha biendo sido solicitado el recibimiento a prueba del procedimiento se practicó la propuesta, con el resultado que obra en la causa y, evacuado trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 19 de septiembre del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El presente recurso se dirige contra la precitada resolución de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, de fecha 10 de diciembre de 2015, en cuyo "Resuelve" y se establece:

"Primero.- Los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del servicio universal para el ejercicio 2012 así como sus contribuciones son:

OPERADOR Base reparto FNSU 2012 FNSU 2012 %

TELEFÓNICA

TELEFÓNICA MOV

VODAFONE

ORANGE ESPAGNE 7.298.567.851

5.754.047.077

4.087.875.904

3.343.013.136 7.636.826

6.020.722

4.277.331

3.497.947 35'6%

28'1%

20'0%

16'3%

TOTAL 20.483.503.969 21.432.826 100%



Segundo.- Se requiere a TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., VODAFONE ESPAÑA, S.A. y ORANGE ESPAGNE, S.A.U. para que, en el plazo de un mes desde la presente notificación de la presente Resolución, procedan al ingreso de la cuantía a la que están obligados según el Resuelve Primero en un único [...]

Tercero.- Al ser TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. y Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. las operadoras prestadoras del servicio universal durante el ejercicio de 2012, procede aplicar lo dispuesto en el artículo 49.3 del Reglamento del Servicio Universal, en virtud del cual, se convierte en receptoras netas de las aportaciones que efectúen el resto de los operadores obligados a contribuir y recibirán, dentro del mes siguiente a la finalización del período de pago, transferencias por importe de 13.397.002 euros y de 398.998 euros respectivamente.

Cuarto.- Declarar exentos al resto de los operadores de contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal correspondiente al ejercicio 2012."

Son antecedentes fácticos a tener en cuenta para la resolución del presente recurso los siguientes:

1.- Mediante Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de fecha 13 de mayo de 2015, se aprobó el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U. (TTR) en el ejercicio 2012, cuantificado en un importe de 398.998 euros. En la referida Resolución, se reconoció asimismo la existencia de una carga injustificada para TTP como consecuencia de su obligación de prestación del servicio universal.

2.- Mediante Resolución del Consejo de la CNMC, de fecha 21 de mayo de 2015, se aprobó el coste neto del servicio universal incurrido por Telefónica de España, S.A.U. (Telefónica) en el ejercicio 2012, cuantificado en un importe de 21.033.828 euros. En la referida Resolución, se reconoció asimismo la existencia de una carga injustificada para Telefónica como consecuencia de su obligación de prestación del servicio universal.

3.- Con fecha 2 de junio de 2015, tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de Telefónica en el que solicita la puesta en marcha del mecanismo de financiación para compartir el coste neto aprobado por la Resolución de 21 de mayo de 2015.

4.- Con fecha 15 de junio de 2015, tuvo entrada en el Registro de la Comisión escrito de TTP en el que solicita la puesta en marcha del mecanismo de financiación para compartir el coste neto aprobado por la Resolución de 13 de mayo de 2015.

5.- Por escrito de la Directora de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual de la CNMC, de 13 de julio de 2015, se inicia el procedimiento administrativo (SU/DTSA/0001/15/FNSU 2012), incluyendo 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 2012. 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 2012 superaba la cuantía de 6.010.121,04 euros.

6.- Con fecha 3 de noviembre de 2015 se hizo público el Informe de los Servicios que especifica los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal (FNSU) en relación con el ejercicio 2012, para darle trámite de audiencia y otorgando un plazo de 15 días para alegaciones, a contar desde el día siguiente a la publicación en el BOE.

En la resolución se expone que 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; y que, teniendo en cuenta que el procedimiento tiene como objeto la puesta en marcha del mecanismo de reparto del CNSU correspondiente al ejercicio 2012, procede la aplicación de la LGTel de 2003, así como de su normativa de desarrollo, en concreto del RSU.

Se expone que, al igual que en ejercicios anteriores, la Comisión requirió a los operadores inscritos en el Registro de Operadores que durante el año 2012 hubiesen declarado por el pago de la TGO un importe superior a 6.010.121,04 euros, sobre los ingresos brutos de explotación obtenidos como consecuencia de la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, así como sobre los pagos mayoristas efectuados relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal. Los operadores que superaron ese umbral de ingresos fueron incluidos en la lista de potenciales contribuyentes al Fondo, publicada en el BOE de 20 de julio de 2015, en aplicación de lo establecido en el artículo 47.1 del RSU.

En la misma fecha se hizo público, asimismo, el procedimiento iniciado y el requerimiento de información sobre los ingresos brutos de explotación obtenidos en el año 2012, como consecuencia de la explotación de redes y/o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, desglosados por servicios minoristas y mayoristas,



que debía ser contestado por los operadores en un plazo de dos meses a partir de su publicación en el BOE. Respecto al importe de los pagos mayoristas efectuados, correspondientes al ejercicio 2012, se requirió a los operadores que indicasen los que provenían de interconexión fija, móvil u otros servicios de interconexión, debiéndose, en este último caso, especificar dichos conceptos. Además, debido a la modificación introducida en el artículo 49 del RSU mediante el Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, se requirió información adicional sobre los pagos mayoristas relacionados con la prestación de servicios incluidos en el ámbito del servicio universal realizados por los operadores.

Se afirma que, hasta la fecha, siempre se ha podido observar que los cuatro primeros operadores en términos de ingresos del mercado de comunicaciones electrónicas detentaban en su conjunto más del 80% de los ingresos declarados del mercado en cada ejercicio. En consecuencia, solo cuatro operadores. Telefónica, Telefónica Móviles, Vodafone y Orange, han contribuido al Fondo desde la apertura del mismo. Y, si bien, en la LGTel de 2014 se establece que deben contribuir al FNSU todos los operadores que superen los 100 millones de ingresos de explotación, dicha Ley no resulta de aplicación en el presente procedimiento. Que, de conformidad con lo preceptuado en la LGTel de 2003 y en el RSU, la Comisión considera oportuno hacer uso de su facultad de eximir a determinados operadores basándose en un umbral establecido por ella.

Se da respuesta a las distintas alegaciones, y concretamente a las de la entidad ahora recurrente, en el siguiente sentido:

"- Sobre el régimen jurídico aplicable.

Telefónica manifiesta 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. Opina 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. Asimismo, no comparte la argumentación con la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2014, porque esta sentencia fundamenta su decisión en la existencia de unas disposiciones transitorias de la LGTel 2003 que no se recogen en la LGTel 2014. (...)

Respuesta de esta Comisión:

(...) 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.

-Sobre la facultad de la CNMC de exonerar a determinados operadores.

Telefónica manifiesta que, con la entrada en vigor de la LGTel de 2014, se debe entender que dicha facultad de exención prevista en el RSU en virtud de la cual se otorgaba al organismo regulador una amplia capacidad discrecional, ha de entenderse limitada por el umbral objetivo que se incluye, a partir del cual se considera que un operador queda obligado a participar en la financiación del fondo del servicio universal, sin que quepa exención alguna.

Respuesta de esta Comisión:

Por los motivos ya expuestos, la ley aplicable al ejercicio 2012 es la LGTel de 2003, por lo que esta Comisión mantiene la potestad de eximir a ciertos operadores de la contribución del Fondo por razones de ingresos.

(...)"

Sobre los operadores obligados a contribuir al FNSU, se expone que la propuesta de la CNMC es que el coste neto aprobado para 2012 se reparta, de acuerdo con el criterio de proporcionalidad, entre Telefónica, Telefónica Móviles, Vodafone y Orange. La "base de reparto" de las contribuciones al FNSU se determina en relación a los ingresos brutos obtenidos en el ejercicio 2012 por cada uno de estos operadores, una vez comprobados por los Servicios de la Comisión y tras deducir los pagos mayoristas correspondientes.

Las reglas principales que se aplican al cálculo de la base de reparto son:

Se excluyen de los ingresos brutos los ingresos derivados de servicios audiovisuales declarados, así como los ingresos por venta y alquiler de equipos a clientes finales, por no tratarse de ingresos procedentes de servicios de comunicaciones electrónicas.

Los ingresos brutos se minoran por los pagos de interconexión fija y móvil.



Los ingresos también se minoran, por aplicación del RD 726/2011, por otros pagos mayoristas relacionados con la prestación de los servicios incluidos en el ámbito del servicio universal.

En consecuencia, a los efectos de calcular la base de reparto de las contribuciones al FNSU por el ejercicio 2012, se han minorado de los ingresos brutos los pagos por interconexión fija y móvil y se han identificado otros "pagos mayoristas" a minorar, aplicando para ello un criterio uniforme con el aplicado en el procedimiento para la financiación del CNSU de 2009. El criterio es dependiente de la relación de causalidad que tuvieran dichos pagos mayoristas con el servicio universal correspondiente a 2012.

SEGUNDO: La representación procesal de Telefónica, operador designado para la prestación del Servicio Universal, impugna la anterior resolución, alegando que a la fecha de incoación del procedimiento administrativo de reparto del CNSU, el 13 de julio de 2015, ya se encontraba vigente la Ley 9/2014, LGTel. Por ello, viene sosteniendo la actora que la Ley que resulta aplicable para la resolución del mismo no podía ser otra distinta a la Ley vigente en el momento de su incoación, es decir, la LGTel 2014, que establece un sistema de reparto del CNSU muy diferente al de la LGTel de 2003.

Que la CNMC pretende seguir exonerando a determinados operadores de tener que contribuir a la financiación del FNSU para el ejercicio 2012, a excepción de los cuatro operadores que vienen contribuyendo históricamente, lo que se sustenta en aplicación de lo dispuesto en la LGTel 2003 (y en su normativa de desarrollo), si bien dicha norma legal está derogada por la LGTel 2014.

Que la Vigente LGTel, modificando el criterio de la anterior LGTel, no otorga facultad alguna a la CNMC para que ésta pueda determinar el umbral, a partir del cual, determinados operadores deberán contribuir al FNSU, quedando otros operadores exonerados, sino que fija un umbral objetivo (superar los 100 millones de euros de ingresos brutos de explotación anuales) a partir del cual se considera que un operador queda obligado a contribuir a la financiación del FNSU. Además, determina que esta cifra solo podrá modificarse por medio de un Real Decreto en función de la evolución del mercado.

La Disposición Derogatoria Única de LGTel 2014 no sólo ha derogado expresamente la LGTel 2003 sino que, además, ha derogado cuantas otras disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo dispuesto en la vigente LGTel. Por lo que toda disposición relativa al reparto o contribución al FNSU distinto a lo establecido en la vigente LGTel ha quedado expresamente derogada con su entrada en vigor.

Se invocan como motivos de impugnación:

1.- Vulneración del artículo 62.1 b) de la LRJPAC, por haber sido dictada la resolución recurrida vulnerando la normativa que resulta de aplicación; la Ley aplicada estaba derogada a la fecha de incoación del procedimiento; la CNMC incurre en contradicción, respecto de la legislación aplicable, con anteriores resoluciones de la CMT.

2.- Vulneración del principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución. Conforme a la LGTel 2014, la CNMC ya no goza de la prerrogativa de exonerar a determinados operadores de contribuir a la financiación del FNSU, por la que, de haberse aplicado la ley vigente, tendrían que contribuir a la financiación del FNSU todos los operadores que hubiesen obtenido 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.

Tras reiterar las anteriores alegaciones, considera la actora que la STS de 22 de julio de 2014 no resulta de aplicación pues fue dictada analizando unos hechos muy diferentes a los que aquí nos ocupan.

Se concluye que la decisión de la CNMC no resulta admisible, pues supone prorrogar la aplicación de la LGTel 2003 a un tiempo posterior cuando ésta ya ha perdido toda su vigencia. Si la pretensión del legislador hubiera sido mantener aplicables estas disposiciones de la Ley del año 2003 durante un periodo transitorio, así lo habría regulado a través de sus disposiciones transitorias, lo que no ha sucedido.

Dado que el artículo 47.3 del RSU se opone a lo dispuesto en el artículo 27.3 de la LGTel 2014, debe de entenderse que el citado artículo 47.3 del RSU queda derogado y que la prerrogativa de la CNMC de exonerar a determinados operadores de contribuir a la financiación del FNSU ya no está vigente, resultando de aplicación únicamente el criterio objetivo fijado en la vigente LGTel consistente en que todo operador que supere los 100 millones de ingresos brutos de explotación está obligado a contribuir al FNSU.

TERCERO: El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, se opone al recurso razonando, en síntesis, que la resolución impugnada examina el régimen jurídico aplicable, estableciendo que es de aplicación la Ley General de Telecomunicaciones 32/2003. Acudiendo a las normas de derecho intertemporal insertas en la propia LGTel de 2014.

Señala que estas cuestiones ya han sido debatidas ante esta Sala en diversas ocasiones y resueltas tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo.



Con cita de las STS de 25 de febrero de 2009 y 22 de julio de 2014, así como de sentencias de esta Sala, se razona que ha de partirse de la consideración de que la cuestión se refiere al ejercicio 2012, fecha en que resultaba de aplicación indubitada la Ley 32/2003, por cuanto la Ley 9/2014 ni siquiera había sido promulgada, no pudiendo aplicarse retroactivamente a hechos nacidos con anterioridad a su entrada en vigor. Sólo así se da cumplimiento a los mencionados de contrario art. 2 del Código Civil y art. 9.3 de la Constitución Española en cuanto al principio de seguridad jurídica, porque se aplica la normativa en vigor en el momento de los hechos.

Considera el Abogado del Estado que no existe similitud de esta cuestión con la planteada en la Resolución de la CMT de 27 de septiembre de 2011, respecto del ejercicio 2008, que se aporta como Documento nº 3. Pues en dicha resolución no existe el debate que ahora se plantea, o el que ha afectado a otros ejercicios, respecto del derecho intertemporal de las leyes de telecomunicaciones.

En el mismo sentido, la codemandada SERVICIOS AUDIOVISUALES OVERON se opone a la demanda, manifestando su conformidad con los razonamientos contenidos en el escrito de contestación a la demanda formulado por la Abogacía del Estado.

La codemandada IBERDROLA ESPAÑA S.A., también se opone al recurso, compartiendo los razonamientos contenidos en la resolución recurrida y en la contestación a la demanda formulada por la Abogacía del Estado, que da por reproducidos

Considera que esta cuestión ya está resuelta por el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de julio de 2014.

CUARTO: Efectivamente, la cuestión controvertida en este procedimiento es estrictamente jurídica y se concreta en la determinación de la legislación aplicable al procedimiento para la determinación de los operadores obligados a contribuir al CNSU de 2012.

Y tal cuestión, respecto del mismo ejercicio 2012, ha sido resuelta por este tribunal en sentencia de 28/05/2018, al resolver el recurso P.O. 88/17, interpuesto por TELEFÓNICA MÓVILES ESPAÑA, S.A.U., por lo que no podemos sino dar por reproducidos los fundamentos de dicha sentencia, dada la identidad de los términos en que se plantea el debate.

Dijimos en aquella sentencia y reiteramos ahora:

"Pues bien, como perfectamente conoce la recurrente, por haber planteado esta cuestión en anteriores ocasiones, el criterio de este tribunal, confirmado por el Tribunal Supremo, es el que se plasma en la resolución de la CNMC impugnada en este recurso.

Huelga que reiteremos los fundamentos de la STS de 22 de julio de 2014, citada y transcrita por las partes demandadas, que desestimó el recurso de casación interpuesto contra nuestra sentencia de 24 de enero de 2011, en la que se resolvía, entre otras cuestiones, sobre las normas aplicables al ejercicio 2003, al haberse producido la entrada en vigor de la Ley 32/2003 en noviembre de ese año.

En sentencia de 31 de marzo de 2017 (PO 298/15), esta Sala rechazó el criterio de Telefónica en relación con la aplicación de la LGTel de 2003 a un ejercicio anterior a su entrada en vigor, remitiéndonos a lo dicho por el TS en sentencia de 25 de febrero de 2009, al confirmar en casación nuestras sentencias de 28 de noviembre de 2006. Declarando de aplicación la normativa legal y reglamentaria vigente en el año 2001, en los siguientes términos: "La Sala de instancia no infringe ninguna de las dos normas invocadas por el defensor de la Administración estatal pues ni una ni otra (de 2003 y de 2005) resultaban aplicables *ratione temporis* para zanjar un litigio sobre el coste del servicio universal correspondiente al año 2001."

Y, en sentencia de 16 de octubre de 2017, hemos desestimado el recurso contencioso administrativo nº 320/15, interpuesto por Telefónica de España contra resolución de la CNMC de fecha 30 de abril de 2015, sobre determinación de los operadores obligados a contribuir al Fondo Nacional del Servicio Universal para el ejercicio 2011. Ese recurso se planteaba en idénticos términos que el que ahora nos ocupa.

Tanto en el Acuerdo de inicio del procedimiento como en el Informe relativo al procedimiento de puesta en marcha del mecanismo de financiación para compartir el coste neto del servicio universal correspondiente al ejercicio 2012 se aborda la habilitación competencial de la CNMC, al amparo de los artículos 24 de la Ley 32/2003 y 27 de la Ley 9/2014, en consonancia con los artículos 47 y siguientes del Real Decreto 424/2005 (RSU).

En cuanto a la normativa aplicable, se decía en el Informe 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 2012, procede la aplicación de la LGTel de 2003, así como de su normativa de desarrollo, en concreto del RSU."

Como dijimos en la anterior sentencia "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 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."

Hemos de concluir, como en el recurso anterior, que la resolución impugnada es conforme a Derecho. Por lo que se impone la desestimación del presente recurso.

QUINTO: A tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA, procede la condena en costas a la parte actora.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que **desestimamos** el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador **D. JUAN ANTONIO GARCÍA SAN MIGUEL Y ORUETA**, en nombre y representación de **TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.**, contra la Resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), de fecha 10 de diciembre de 2015, a la que la demanda se contrae, la cual confirmamos.

Con expresa condena en costas a la parte actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, justificando el interés casacional objetivo que presenta.