Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MACIEJ SZPUNAR
presentadas el 28 de mayo de 2020[1]

Asunto C-49/19

Comisión Europea
contra

República Portuguesa

«Incumplimiento de Estado — Directiva 2002/22/CE — Comunicaciones electrónicas — Financiación de las obligaciones de servicio universal — Mecanismo de reparto — Principios de transparencia, distorsión mínima del mercado, no discriminación y proporcionalidad»

I. Introducción

1. La Directiva 2002/22/CE[2] pretende «crear un marco regulador armonizado que garantice la prestación de un servicio universal, es decir, la prestación de un determinado conjunto mínimo de servicios a todos los usuarios finales a un precio asequible»,[3] y refleja la importancia del acceso de todas las personas a ciertos servicios esenciales en materia de telecomunicaciones. Por lo tanto, las obligaciones de servicio universal establecidas por esta Directiva tienen por objeto paliar algunos efectos negativos que la liberalización del mercado de las telecomunicaciones puede acarrear en ciertas zonas geográficas o para determinadas personas en la Unión Europea que, de lo contrario, se verían privadas de acceso a servicios esenciales.[4]

2. Para garantizar la prestación de estos servicios esenciales, los Estados miembros pueden encargar a una o a varias empresas la prestación del servicio universal. Sin embargo, en determinadas circunstancias las empresas encargadas de la prestación de dichas obligaciones de servicio universal solo pueden cumplirlas con pérdidas o a un coste neto no conforme a las prácticas comerciales normales.[5] En tal situación, los Estados miembros establecen un mecanismo de financiación de dichos costes derivados de las obligaciones de servicio universal. El artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2002/22 les ofrece dos soluciones: el uso de fondos públicos para compensar al prestador del servicio universal por la carga que soporta o la introducción de un mecanismo de reparto de los costes netos vinculados al servicio universal, al que contribuyen los diferentes operadores de telecomunicaciones. La República Portuguesa optó por esta segunda solución.

1 Lengua original: francés.

2 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal) (DO 2002, L 108, p. 51).

3 Sentencia de 19 de junio de 2008, Comisión/Francia (C-220/07, no publicada, EU:C:2008:354), apartado 28.

4 Slautsky, E., «Financement du service universel des communications électroniques et autonomie nationale: quelques enseignements récents de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union», *Cahiers de droit européen*, 2016, vol. 52, n.º 3, p. 886.

5 Considerando 18 de la Directiva 2002/22. Véase, asimismo, E. Slautsky, *op. cit.*

3. No obstante, el mecanismo de reparto previsto por la República Portuguesa presenta una particularidad. En efecto, este mecanismo contempla, entre otros, el establecimiento de una contribución extraordinaria destinada a compensar los costes derivados del servicio universal soportados antes de la creación del mecanismo de reparto. La Comisión Europea pone en entredicho la compatibilidad de esta particularidad con el artículo 13, apartado 3, y con el anexo IV, parte B, de la Directiva 2002/22, ya que considera que la contribución extraordinaria en cuestión no cumple las exigencias a las que debe responder un mecanismo de reparto, tal como se establecen en estas disposiciones, a saber, los principios de transparencia, proporcionalidad, distorsión mínima del mercado y no discriminación.

4. De este modo, mediante el presente recurso por incumplimiento la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 13, apartado 3, y del anexo IV, parte B, de la Directiva 2002/22, al establecer una contribución extraordinaria para el reparto de los costes netos de las obligaciones de servicio universal a partir del año 2007, con arreglo a la Lei n.º 35/2012 do Fundo de Compensação do Serviço Universal (Ley n.º 35/2012 relativa al Fondo de Compensación del Servicio Universal), de 23 de agosto de 2012,[6] en su versión aplicable al presente asunto (en lo sucesivo, «Ley n.º 35/2012»).

5. Por ello el presente asunto brinda al Tribunal de Justicia la ocasión de precisar el alcance de las exigencias a las que debe responder un mecanismo de reparto de los costes netos de las obligaciones de servicio universal.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

6. Los considerandos 18 a 21 y 23 de la Directiva 2002/22 tienen el siguiente tenor:

«(18) Si fuera necesario, los Estados miembros deben establecer mecanismos que permitan la financiación del coste neto derivado de las obligaciones de servicio universal en los casos en que quede demostrado que dichas obligaciones solo pueden cumplirse con pérdidas o a un coste neto no conforme a las prácticas comerciales normales. Es importante garantizar que el coste neto derivado de las obligaciones de servicio universal sea objeto de un cálculo adecuado y que cualquier financiación al respecto se efectúe causando la menor distorsión posible al mercado y a las empresas, y resulte compatible con lo dispuesto en los artículos [107 TFUE y 108 TFUE].

(19) Todo cálculo del coste neto del servicio universal ha de tener debidamente en cuenta los gastos y los ingresos, así como los beneficios intangibles resultantes de la prestación del servicio universal, pero no debe obstaculizar el objetivo general de garantizar que las estructuras tarifarias reflejen los costes. Todos los costes netos de las obligaciones de servicio universal deben calcularse sobre la base de procedimientos transparentes.

(20) Tener en cuenta los beneficios intangibles significa que, para determinar los costes globales, del coste neto directo derivado de las obligaciones de servicio universal debe deducirse un cálculo estimado en términos monetarios de los beneficios indirectos que una empresa obtiene en virtud de su condición de proveedor de servicio universal.

6 *Diário da República*, 1.ª serie, n.º 163, de 23 de agosto de 2012.

(21) Cuando una obligación de servicio universal represente una carga injusta para una empresa, conviene permitir que los Estados miembros establezcan mecanismos de recuperación eficaz de los costes netos. La recuperación con cargo a fondos públicos de los Estados miembros constituye uno de los métodos de recuperación de los costes netos que se derivan de las obligaciones de servicio universal. También parece razonable que la recuperación de los costes netos establecidos se haga de manera transparente mediante la contribución de todos los usuarios a través de exacciones recaudadas a las empresas. Los Estados miembros deben poder financiar los costes netos de distintos elementos del servicio universal por diferentes mecanismos o financiar los costes netos de alguno o de todos los elementos por cualquiera de los mecanismos, o combinar ambas posibilidades. En caso de recuperación de costes mediante exacciones aplicadas a las empresas, los Estados miembros deben velar por que el método de reparto de las exacciones se base en criterios objetivos y no discriminatorios, y respete el principio de proporcionalidad. Este principio no impide que los Estados miembros establezcan una exención para las nuevas empresas que no tengan aún una presencia significativa en el mercado. Los mecanismos de financiación que se adopten deben velar por que los participantes en el mercado contribuyan exclusivamente a financiar las obligaciones de servicio universal, y no otras actividades no vinculadas directamente con el cumplimiento de dichas obligaciones. En todos los casos, los mecanismos de recuperación deben respetar los principios del Derecho comunitario. En particular, cuando se trate de mecanismos de reparto a través de un fondo, deben respetarse asimismo los principios de no discriminación y proporcionalidad. Todo mecanismo de financiación debe evitar que los usuarios de un Estado miembro contribuyan a la recuperación de los costes de servicio universal en otros Estados miembros, por ejemplo cuando efectúen llamadas de un Estado miembro a otro.

[…]

(23) El coste neto derivado de las obligaciones de servicio universal podrá repartirse entre todas o determinadas categorías específicas de empresas. Los Estados miembros deben velar por que el mecanismo de reparto respete los principios de transparencia, distorsión mínima del mercado, no discriminación y proporcionalidad. La distorsión mínima del mercado implica que las contribuciones deben recaudarse de modo que se reduzca al mínimo posible la repercusión de las cargas financieras en los usuarios finales, por ejemplo repartiendo las contribuciones sobre una base lo más amplia posible.»

7. El artículo 12 de la Directiva 2002/22, titulado «Cálculo de costes de las obligaciones del servicio universal», dispone lo siguiente:

«1. Cuando las autoridades nacionales de reglamentación consideren que la prestación del servicio universal establecida en los artículos 3 a 10 pueda constituir una carga injusta para las empresas designadas para suministrar dicho servicio, calcularán el coste neto de esa prestación.

A tal efecto, las autoridades nacionales de reglamentación:

a) calcularán el coste neto derivado de la obligación de servicio universal, teniendo en cuenta los beneficios, si los hubiere, que revierten en el mercado a una empresa designada para prestar un servicio universal, de conformidad con lo establecido en la Parte A del Anexo IV; o bien

b) harán uso de los costes netos de la prestación de servicio universal establecidos por un mecanismo de designación con arreglo al apartado 2 del artículo 8.

2. Las cuentas y demás información en que se base el cálculo del coste neto derivado de las obligaciones de servicio universal a que se refiere la letra a) del apartado 1 serán objeto de auditoría o verificación por la autoridad nacional de reglamentación o por un organismo independiente de las partes interesadas y aprobado por la autoridad nacional de reglamentación. Los resultados del cálculo de costes y las conclusiones de la auditoría se pondrán a disposición del público.»

8. El artículo 13 de la Directiva 2002/22, titulado «Financiación de las obligaciones de servicio universal», está redactado en los siguientes términos:

«1. Cuando, sobre la base del cálculo de costes netos indicado en el artículo 12, las autoridades nacionales de reglamentación consideren que una empresa está sometida a una carga injusta, los Estados miembros, a petición de una empresa designada, decidirán:

a) introducir un mecanismo de compensación, con cargo a los fondos públicos y en condiciones de transparencia, a favor de dicha empresa por los costes netos que se determine; o también

b) repartir el coste neto de las obligaciones de servicio universal entre los proveedores de servicios y redes de comunicaciones electrónicas.

2. Cuando el coste neto se comparta con arreglo a la letra b) del apartado 1, los Estados miembros establecerán un mecanismo de reparto administrado por la autoridad nacional de reglamentación o por un órgano independiente de los beneficiarios, bajo la supervisión de la autoridad nacional de reglamentación. Solo podrá financiarse el coste neto correspondiente a las obligaciones establecidas en los artículos 3 a 10, calculado de conformidad con el artículo 12.

3. Los mecanismos de reparto de los costes deberán respetar los principios de transparencia, distorsión mínima del mercado, no discriminación y proporcionalidad, de conformidad con los principios enunciados en la Parte B del Anexo IV. Los Estados miembros podrán optar por no exigir contribución alguna a las empresas cuyo volumen de negocios a escala nacional se sitúe por debajo de un umbral preestablecido.

4. Las cuotas destinadas a compartir los costes de las obligaciones de servicio universal deberán desglosarse y determinarse por separado para cada empresa. Dichas cuotas no podrán imponerse ni cobrarse a empresas que no presten servicios en el territorio del Estado miembro que haya establecido el mecanismo de reparto.»

9. El artículo 14 de la Directiva 2002/22, titulado «Transparencia», prevé:

«1. Cuando se establezca uno de los mecanismos para compartir el coste neto de las obligaciones de servicio universal contemplados en el artículo 13, las autoridades nacionales de reglamentación velarán por que los principios aplicados al reparto de los costes y los datos referentes al mecanismo aplicado se pongan a disposición del público.

2. Con sujeción a las normas comunitarias y nacionales en materia de secreto comercial, las autoridades nacionales de reglamentación velarán por que se publique un informe anual en el que se indicará el coste calculado de las obligaciones de servicio universal y se detallarán las aportaciones efectuadas por todas las empresas interesadas, así como los beneficios que puedan haber revertido en el mercado a la empresa o empresas designadas para prestar un servicio universal, en los casos en que exista un fondo en funcionamiento.»

10. Con arreglo a lo dispuesto en el anexo IV, parte B, de la Directiva 2002/22:

«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.

Incumbirá al órgano independiente que administre el fondo la responsabilidad de la recaudación de las contribuciones de las empresas a las que se exija la participación en el coste neto de las obligaciones de servicio universal en el Estado miembro de que se trate, así como la supervisión de la transferencia de las sumas debidas o de los pagos administrativos a las empresas con derecho a obtener cantidades procedentes del fondo.»

B. Derecho portugués

11. La Lei n.º 5/2004 das Comunicações Eletrónicas (Ley n.º 5/2004 sobre Comunicaciones Electrónicas), de 10 de febrero de 2004,[7] en su versión modificada en último lugar por el Decreto-Lei n.º 92/2017 (Decreto-ley n.º 92/2017), de 31 de junio de 2017[8] (en lo sucesivo, «Ley n.º 5/2004»), derogó el Decreto-ley n.º 458/99 de 5 de noviembre de 1999[9] y transpuso al ordenamiento jurídico portugués la Directiva 2002/22.

12. El artículo 97 de la Ley n.º 5/2004 prevé:

«1. Una vez constatada la existencia de costes netos del servicio universal que la autoridad nacional de reglamentación considere excesivos, corresponde al Gobierno, a solicitud de los prestadores respectivos, establecer una compensación adecuada a través de uno o de los dos mecanismos siguientes:

a) una compensación con cargo a los fondos públicos;

b) un reparto del coste entre las demás empresas que suministran en el territorio nacional redes y servicios de comunicaciones electrónicas accesibles al público.

2. Siempre que se aplique el mecanismo previsto en la letra b), del apartado anterior deberá establecerse un fondo de compensación al que contribuirán las empresas que suministran redes y servicios de comunicaciones electrónicas accesibles al público y que será administrado por la autoridad nacional de reglamentación o por otro organismo independiente designado por el Gobierno y sujeto a la supervisión de la autoridad nacional de reglamentación.

7 *Diário da República*, 1.ª serie, n.º 34, de 10 de febrero de 2004.

8 *Diário da República*, 1.ª serie, n.º 146, de 31 de julio de 2017.

9 *Diário da República*, 1.ª serie, n.º 258, de 5 de noviembre de 1999.

3. Los criterios de reparto del coste neto del servicio universal entre las empresas que tengan la obligación de contribuir serán definidos por el Gobierno, respetando los principios de transparencia, distorsión mínima del mercado, no discriminación y proporcionalidad.

[…]»

13. La Ley n.º 35/2012 estableció un fondo de compensación del servicio universal de comunicaciones electrónicas con el fin de financiar los costes netos derivados del cumplimiento de las obligaciones de servicio universal y de garantizar el reparto de esos costes entre las empresas obligadas a contribuir a él.

14. El artículo 1 de esta Ley, que identifica su objeto, prevé la creación del fondo de compensación del servicio universal de comunicaciones electrónicas contemplado en el artículo 97, apartado 2, de la Ley n.º 5/2004 y la fijación del criterio de reparto de los costes netos de este servicio entre las empresas que tengan la obligación de contribuir.

15. Según el artículo 2, apartado 1, de la Ley n.º 35/2012, «el fondo de compensación respetará en su funcionamiento los principios de transparencia, no discriminación, proporcionalidad y distorsión mínima del mercado».

16. El artículo 6 de dicha Ley establece:

«El fondo de compensación se destina a financiar los costes netos del servicio universal determinados en el marco de los procedimientos de licitación a los que se refiere el artículo 99, apartado 3, de la Ley n.º 5/2004 […], en su versión modificada y consolidada por la Ley n.º 51/2011 de 13 de septiembre de 2011, y considerados excesivos por la Autoridade Nacional de Comunicações [Autoridad Nacional de Comunicaciones (Anacom), Portugal] con arreglo a las disposiciones del artículo 95, apartado 1, letra b), y del artículo 97 de dicha Ley, así como a financiar los costes netos del servicio universal a que se refiere el capítulo V.»

17. El artículo 17 de dicha Ley, titulado «Financiación de los costes netos para el período anterior a la designación mediante licitación», dispone lo siguiente:

«1. El fondo de compensación establecido por la presente Ley deberá permitir asimismo la compensación de los costes netos del servicio universal soportados hasta que el prestador o prestadores que se designen con arreglo al artículo 99, apartado 3, de la Ley n.º 5/2004 […], en su versión modificada y consolidada por la Ley n.º 51/2011 de 13 de septiembre de 2011, comiencen a prestar el servicio universal, siempre que, acumulativamente:

a) se constate la existencia de costes netos a raíz de una auditoría y la [Anacom] considere excesivos tales costes con arreglo a lo dispuesto por el artículo 95, apartado 1, letra a), por el artículo 95, apartado 2, y por los artículos 96 y 97 de la Ley n.º 5/2004 […], en su versión modificada y consolidada por la Ley n.º 51/2011 de 13 de septiembre de 2011;

b) el prestador del servicio universal solicite al Gobierno la compensación de los costes a los que se refiere el apartado anterior.

2. El importe de los costes netos que se han de compensar por el período anterior a la designación mediante licitación se corresponderá con el importe que apruebe la [Anacom], en los términos previstos en el apartado anterior, letra a)».

18. El artículo 18, apartado 1, de dicha Ley prevé que «las empresas que suministren en el territorio nacional redes de comunicaciones públicas y/o servicios de comunicaciones electrónicas accesibles al público estarán obligadas a efectuar una contribución extraordinaria al fondo de compensación en relación con cada uno de los ejercicios 2013, 2014 y 2015. Esta contribución extraordinaria se destinará exclusivamente a la financiación de los costes netos a los que se refiere el artículo anterior, aprobados por la [Anacom] durante esos años».

19. Con arreglo al artículo 18, apartado 5, de la Ley n.º 35/2012, la «contribución extraordinaria a que se refiere el apartado 1 representará el 3 % del volumen de negocio anual aceptado de cada entidad, dentro de los límites establecidos en los puntos siguientes».

20. En virtud de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 6, de dicha Ley, el «importe de la contribución extraordinaria que deberá pagar cada empresa no podrá en ningún caso superar el valor que resultaría del reparto de los costes netos previsto en el artículo 17, apartado 2, entre las empresas que tengan la obligación de contribuir, de manera proporcional a su volumen de negocio aceptado».

21. De conformidad con el artículo 20 de la citada Ley, el importe de la contribución extraordinaria correspondiente a cada ejercicio podrá pagarse durante un período de cinco años.

III. Antecedentes del litigio

A. Hechos que dieron origen al litigio

22. Mediante el Decreto-Lei n.º 31/2003 (Decreto-ley n.º 31/2003), de 17 de febrero de 2003, que modificó las bases de la concesión del servicio público de telecomunicaciones en Portugal, la sociedad PT Comunicações (en lo sucesivo, «PTC») fue designada prestadora del servicio universal hasta 2025.

23. En su condición de prestadora del servicio universal, PTC presentó en varias ocasiones estimaciones de los costes netos del servicio universal y solicitudes de indemnización por los márgenes negativos para los ejercicios 1996 a 1999, 2000, y posteriormente 2001, 2002 y 2003. Sin embargo, la Anacom denegó las diferentes solicitudes de indemnización.

24. A raíz de la adopción de la Ley n.º 5/2004 y de una solicitud de PTC formulada en julio de 2007, la Anacom adoptó, el 9 de junio de 2011 y tras un procedimiento de consulta pública y de audiencias previas de los interesados, dos resoluciones que precisaban, por una parte, el concepto de «carga excesiva» en el sentido del artículo 97 de la Ley n.º 5/2004 y, por otra parte, la metodología que debía utilizarse para calcular los costes netos del servicio universal.

25. Sobre esta base, la Anacom consideró que la prestación del servicio universal por parte de PTC hasta 2006 no constituía una carga excesiva. Asimismo decidió aplicar, para el período posterior al 1 de enero de 2007 y hasta que el prestador o prestadores del servicio universal designados mediante licitación comenzasen a prestar dicho servicio, el método de cálculo de los costes netos del servicio universal aprobado.

26. Entonces se aprobó la Ley n.º 35/2012, que permitía la creación del fondo de compensación del servicio universal de comunicaciones electrónicas y requería la aplicación de una contribución extraordinaria para permitir que se compensasen los costes netos soportados por PTC antes de la designación mediante licitación.

27. En virtud de las resoluciones de la Anacom y de la Ley n.º 35/2012, y después de que PTC presentase las estimaciones correspondientes, los costes netos del servicio universal por el período comprendido entre 2007 y 2009 fueron objeto de auditoría y el importe final fue aprobado por la Anacom el 19 de septiembre de 2013. Los costes netos por 2010 y 2011 fueron aprobados el 20 de noviembre de 2014, mientras que, a lo largo del año 2015, la Anacom adoptó una decisión final relativa a los resultados de la auditoría de los costes netos por los años 2012 y 2013.

28. Posteriormente, la Anacom identificó en otras tres decisiones las entidades que tenían la obligación de contribuir al fondo de compensación del servicio universal de comunicaciones electrónicas y fijó el importe de las contribuciones extraordinarias relativas a los costes netos del servicio universal que debían compensarse por los períodos comprendidos entre 2007 y 2009, entre 2010 y 2011, y entre 2012 y 2013.

29. Así, las contribuciones extraordinarias de los años 2013, 2014 y 2015 se destinaron a compensar el importe final de los costes netos, respectivamente, de los ejercicios 2007, 2008 y 2009, de los ejercicios 2010 y 2011, y de los ejercicios 2012 y 2013.

30. Al mismo tiempo, la República Portuguesa convocó tres licitaciones para seleccionar al operador u operadores que se designarían como prestadores del servicio universal, siendo elegidos nuevos operadores como prestadores del servicio universal por lo que se refiere a la conexión a una red pública de comunicaciones desde una ubicación fija y a la prestación de servicios telefónicos accesibles al público. Por su parte, PTC fue seleccionada para la prestación del servicio universal de oferta de teléfonos públicos de pago en el territorio nacional.[10] Los contratos con dichos operadores entraron en vigor a más tardar el 1 de junio de 2014, fecha en la que el anterior contrato de concesión del servicio universal celebrado con PTC dejó de surtir efectos.

B. Procedimiento administrativo previo

31. El 13 de diciembre de 2012 la Comisión envió, a través del sistema EU Pilot, una carta a la República Portuguesa en la que solicitaba aclaraciones sobre la compatibilidad del fondo de compensación del servicio universal previsto por la Ley n.º 35/2012 con el artículo 13 y el anexo IV, parte B, de la Directiva 2002/22, en particular en lo relativo a la compensación de los costes netos soportados por el prestador del servicio universal, PTC, en el pasado y durante un período anterior a su nueva designación mediante licitación en calidad de prestador del servicio universal.

32. El 21 de febrero de 2013, las autoridades portuguesas respondieron a esta solicitud. Proporcionaron información adicional en una reunión celebrada con los servicios de la Comisión el 23 de octubre de 2014 y posteriormente a través de una carta de 5 de diciembre de 2014.

33. El 27 de febrero de 2015, la Comisión dirigió a la República Portuguesa un escrito de requerimiento. En su respuesta con fecha de 29 de abril de 2015, las autoridades portuguesas adujeron que la normativa portuguesa y su aplicación debían considerarse compatibles con las exigencias de la Directiva 2002/22, y más particularmente con los principios de transparencia, distorsión mínima del mercado, no discriminación y proporcionalidad.

34. Tras examinar esta respuesta, la Comisión dirigió a la República Portuguesa un dictamen motivado mediante escrito de 29 de abril de 2016, instando a este Estado miembro a adoptar las medidas necesarias para dar cumplimiento al dictamen motivado en un plazo de dos meses a partir de su recepción.

10 Resolução do Conselho de Ministros n.º 66-A/2013 (Resolución del Consejo de Ministros n.º 66-A/2013), de 18 de julio de 2013, *Diário da República*, 1.er suplemento, 1.ª serie, n.º 202, de 18 de octubre de 2013.

35. Las autoridades portuguesas respondieron al dictamen motivado mediante escrito de 1 de julio de 2016 y completaron dicha respuesta con un segundo escrito de 14 de octubre de 2016, tras una reunión celebrada con los servicios de la Comisión el 7 de septiembre de 2016. Las autoridades portuguesas proporcionaron a la Comisión nueva información acerca de los procedimientos de audiencia de los operadores y los litigios en el ámbito en cuestión, de los datos sobre el porcentaje del importe de la contribución en relación con el volumen de negocio de los operadores y del sector, y de los operadores presentes en el mercado en el año 2007 en relación con la situación vigente y con el estado del pago de la contribución extraordinaria.

36. La Comisión y las autoridades portuguesas celebraron otras dos reuniones en los meses de enero y julio de 2017. En esa última reunión se examinaron varias soluciones con el fin de resolver la controversia entre las partes. A continuación, la Comisión solicitó que se le presentara una propuesta de solución, indicando un plazo de ejecución. En dos escritos de 14 de marzo de 2017 y de 12 de septiembre de 2018, las autoridades portuguesas, por una parte, propusieron que se organizase una nueva reunión y, por otra parte, señalaron que consideraban prudente esperar los resultados de los procedimientos incoados por algunos operadores ante los órganos jurisdiccionales nacionales y que tenían por objeto la interpretación de la Ley n.º 35/2012 en cuestión.

C. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

37. Al no compartir la opinión manifestada por la República Portuguesa, la Comisión interpuso el presente recurso mediante escrito de 25 de enero de 2019.

38. La República Portuguesa y la Comisión formularon observaciones orales en la vista celebrada el 11 de marzo de 2020.

IV. Análisis

39. Mediante su recurso, la Comisión cuestiona la compatibilidad de la contribución extraordinaria para el reparto del coste neto de las obligaciones de servicio universal prevista en el artículo 18 de la Ley n.º 35/2012 con el artículo 13 y el anexo IV, parte B, de la Directiva 2002/22. Más concretamente, la Comisión alega que esta contribución no respeta los principios de transparencia, no discriminación, distorsión mínima del mercado y proporcionalidad establecidos en las disposiciones antes citadas.

A. Sobre el principio de transparencia

1. Alegaciones de las partes

40. La Comisión sostiene que el principio de transparencia no se limita a la obligación de publicación y de puesta a disposición de elementos relativos al reparto de los costes netos del servicio universal y que va más allá de las meras exigencias previstas en el artículo 14 de la Directiva 2002/22.

41. Según la Comisión, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el principio de transparencia también comporta otros aspectos. Por una parte, el Tribunal de Justicia declaró que, para que un mecanismo de reparto del coste neto de las obligaciones de servicio universal sea conforme con el principio de transparencia, los elementos que permiten el cálculo de las contribuciones deben «determin[arse] con arreglo a criterios objetivos, tomando en consideración elementos comparables y, por lo tanto, transparentes, para permitir a dichos operadores calcular sus

costes e ingresos probables».[11] En estas condiciones, la Comisión considera que las exigencias de claridad y de precisión forman parte integrante del principio de transparencia.

42. Por otra parte, la Comisión arguye que el principio de transparencia está vinculado al principio de seguridad jurídica que contribuye a garantizar, de modo que este primer principio implica que las normas de financiación del servicio universal, que pueden tener una repercusión financiera en las empresas, sean claras, precisas y previsibles en cuanto a sus efectos. Más concretamente, el principio de transparencia, en la medida en que debe considerarse a la luz del principio de seguridad jurídica, exige que los interesados conozcan con exactitud el alcance de las obligaciones que recaen sobre ellos.

43. La República Portuguesa se opone a la interpretación que hace la Comisión del principio de transparencia, que califica de maximalista y formalista. En su opinión, el principio de transparencia es una garantía del respeto por parte de los Estados miembros de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión y alude así a la objetividad de los criterios y a la comparabilidad de los elementos utilizados para calcular el coste neto de las obligaciones de servicio universal, siendo la previsibilidad de los costes una consecuencia de estos elementos.

44. Por otra parte, según la República Portuguesa, no cabe confundir el principio de seguridad jurídica con el principio de transparencia. Pues bien, las alegaciones formuladas por la Comisión se refieren sobre todo a los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima. En efecto, la alegación de la Comisión equivale a suponer a la contribución extraordinaria una retroactividad que sería incompatible con el principio de seguridad jurídica.

45. La República Portuguesa observa, por una parte, que ello implicaría que el prestador del servicio universal no pudiera ser compensado por los costes netos ya soportados, verificados y aprobados por la Anacom, aun cuando la normativa nacional prevé la recuperación de tales costes. Por otra parte, la República Portuguesa subraya que conviene distinguir entre la retroactividad aparente y la retroactividad real de una disposición. En el presente asunto, la Ley n.º 35/2012 solo es retroactiva en apariencia, puesto que surte efectos en función del año de liquidación del coste neto del servicio universal, es decir, un período que se sitúa después de la fecha de su entrada en vigor. Pues bien, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es extremadamente restrictiva por lo que se refiere a la protección de las expectativas de los particulares en los casos de retroactividad aparente,[12] de modo que los operadores no podían albergar expectativa legítima alguna en cuanto al modo de financiación de los costes netos del servicio universal.

2. Apreciación

46. La Comisión alega que el principio de transparencia debe considerarse a la luz del principio de seguridad jurídica y que ello implica que este primer principio comporte, además de una obligación de publicación y de puesta a disposición de los elementos relativos al cálculo y al reparto de los costes netos del servicio universal, exigencias de claridad, precisión y previsibilidad. Así entendido, no se respeta el principio de transparencia, puesto que los operadores que tienen la obligación de contribuir a la financiación de los costes vinculados al servicio universal no han podido prever, antes del establecimiento efectivo de la contribución extraordinaria por la Ley n.º 35/2012, el alcance de sus obligaciones.

47. Dicho de otro modo, según la Comisión, el mecanismo establecido por la República Portuguesa es contrario al principio de transparencia en la medida en que, antes de su aplicación, los operadores no podían prever el alcance de las obligaciones que para ellos se derivarían de dicho mecanismo.

11 Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Comisión/Francia (C-146/00, EU:C:2001:668), apartados 48 y 49.

12 Sentencia de 29 de junio de 999, Butterfly Music (C-60/98, EU:C:1999:333), apartado 25.

48. Esta solución implica que el principio de transparencia únicamente se respetaría si, antes de la adopción del mecanismo de reparto de los costes de las obligaciones vinculadas al servicio universal, los operadores ya hubieran podido conocer el alcance de las obligaciones que se derivan de dicho mecanismo, aunque todavía no se hubiera adoptado. Sin embargo, es preciso constatar que tal caso nunca podrá darse.

49. El principio de transparencia, según el artículo 13, apartado 3, de la Directiva 2002/22, en realidad solo es aplicable a partir del momento en que existe el mecanismo de reparto de los costes vinculados al servicio universal. En consecuencia, no cabe constatar la falta de transparencia de un mecanismo que aún no se ha adoptado.

50. Resulta irrelevante, a este respecto, que los costes que el mecanismo pretenda compensar hayan sido soportados antes de la adopción de dicho mecanismo, siempre que la contribución extraordinaria establecida respete, una vez adoptada, el principio de transparencia. Considero que así sucede en el presente asunto.

51. En efecto, el principio de transparencia a que se refiere el artículo 13, apartado 3, de la Directiva 2002/22, si bien no se define claramente, se precisa en el artículo 14 de dicha Directiva. De este modo, el principio de transparencia exige que las normas para el reparto de los costes vinculados al servicio universal y los datos referentes a un mecanismo de reparto de tales costes se pongan a disposición del público. Por otra parte, también se prevé, en el caso de que se haya establecido un mecanismo de reparto de los costes y este funcione efectivamente, que se publique un informe anual que indique el coste de las obligaciones de servicio universal y las contribuciones efectuadas por los operadores interesados, y que exponga los beneficios comerciales que reviertan en el prestador del servicio universal. En estas circunstancias, el principio de transparencia comprende fundamentalmente una obligación de publicación y de puesta a disposición del público de los elementos relativos al establecimiento y al funcionamiento del mecanismo de reparto de los costes vinculados al servicio universal.

52. Por otro lado, el Tribunal de Justicia ha precisado que esta exigencia de publicación y de puesta a disposición del público de la información relativa a las reglas de aplicación de un mecanismo de reparto de los costes del servicio universal tiene como finalidad «permitir a [los] operadores [que contribuyen a él] calcular sus costes e ingresos probables». [13]

53. A este respecto, he de precisar que esta exigencia no puede sin embargo implicar que los operadores que estén obligados a contribuir puedan prever con certeza y precisión el importe de su contribución. En efecto, en la medida en que no es posible conocer los importes exactos de los costes netos del servicio universal antes de que la autoridad de reglamentación los calcule, tampoco pueden anticiparse con precisión los importes exactos de la contribución. Por lo tanto, para que el principio de transparencia se respete basta con que los operadores conozcan las reglas de funcionamiento del mecanismo de reparto de los costes netos del servicio universal. En efecto, el mero conocimiento de estas reglas les permite determinar, de manera razonable y probable, pero no cierta, el alcance de la contribución a la que estarán obligados.

13 Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Comisión/Francia (C-146/00, EU:C:2001:668), apartados 48 y 49. Aunque esta precisión se aportó, ciertamente, en relación con la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP) (DO 1997, L 199, p. 32), que fue derogada por la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO 2002, L 108, p. 33), me sigue pareciendo pertinente por lo que se refiere al servicio universal tal como se recoge en la Directiva 2002/22.

54. Pues bien, es preciso señalar que la Ley n.º 35/2012 no solo prevé la creación de la contribución extraordinaria, sino que también detalla las reglas de su aplicación. De esta forma, esta Ley especifica las condiciones de su puesta en marcha,[14] los ejercicios en los que debe pagarse,[15] los costes que pretende compensar y los límites máximos de su importe.[16] Además, dicha Ley precisa el papel exacto que ha de desempeñar la Anacom en la determinación de los contribuyentes y del importe de la contribución extraordinaria, así como las condiciones de pago a las que han de atenerse los operadores.[17]

55. Así, considero que la contribución extraordinaria establecida por la República Portuguesa a través de la Ley n.º 35/2012 es conforme con el principio de transparencia, dado que este Estado miembro da a conocer al público los principios relativos al reparto de los costes vinculados al servicio universal y los datos necesarios sobre el funcionamiento del mecanismo de reparto. Además, estos elementos permiten ciertamente que los operadores obligados a contribuir determinen, a partir de la creación del mecanismo de reparto en el año 2012, el alcance de sus obligaciones derivadas de la contribución extraordinaria que estos deberán pagar por los años 2013, 2014 y 2015.

56. En consecuencia, la aplicación por parte de la República Portuguesa de la contribución extraordinaria prevista por la Ley n.º 35/2012 no constituye una violación del principio de transparencia.

B. Sobre los principios de distorsión mínima del mercado y de proporcionalidad

1. Alegaciones de las partes

57. La Comisión considera que el mecanismo de compensación previsto por la Ley n.º 35/2012 no puede considerarse compatible con el principio de distorsión mínima del mercado. En primer lugar, a los operadores les resulta imposible prever tales costes, así como tenerlos en cuenta en su actividad relativa a los años respecto de los que se reclaman dichos costes. En segundo lugar, los importes que han de financiarse son significativos, puesto que la contribución extraordinaria representa el 3 % del volumen de negocio aceptado de cada operador y para cada uno de los años en cuestión, y se añade a la contribución normalmente exigible para la financiación de los costes netos del servicio universal soportados por los operadores designados mediante licitación. En tercer lugar, la contribución extraordinaria impone una carga mayor de la que cabría normalmente esperar si la contribución anual tuviese en cuenta el coste neto soportado en el marco de la prestación del servicio universal durante el mismo período, ya que la repercusión en el volumen de negocio se habría visto considerablemente reducida y habría permitido a los operadores repartir la carga financiera durante un período más largo.

58. En lo que atañe al principio de proporcionalidad, la Comisión defiende que este no ha sido respetado, ya que los operadores están obligados a contribuir a la compensación de los costes netos de las empresas designadas mediante licitación y, al mismo tiempo, a pagar la contribución extraordinaria. Esta obligación implica una «doble contribución» o, al menos, un aumento de las cargas financieras que deben soportar los operadores. Además, la Comisión subrayó en la vista que los importes de la contribución extraordinaria eran significativos en comparación, en particular, con el importe de la contribución respecto del mismo período en España.

14 Artículo 17 de la Ley n.º 35/2012.

15 Artículo 18, apartado 1, de la Ley n.º 35/2012.

16 Artículo 18, apartados 5 y 6, de la Ley n.º 35/2012.

17 Artículos 20 y 21, apartado 1, de la Ley n.º 35/2012.

59. En cuanto al principio de distorsión mínima del mercado, la República Portuguesa sostiene que dicho principio, que se explica en el considerando 23 de la Directiva 2002/22, se refiere principalmente a la manera en que se efectúa el reparto de la carga soportada por los prestadores del servicio universal con el fin de minimizar el impacto financiero en los usuarios finales. Pues bien, la Comisión no formula ninguna alegación que permita concluir que el impacto financiero en los usuarios no se ha minimizado. Además, la supuesta imprevisibilidad de los costes para los operadores que invoca la Comisión no está comprendida en el ámbito del principio de distorsión mínima del mercado.

60. Por otra parte, la República Portuguesa niega el carácter significativo de los importes que han de financiarse mediante la contribución extraordinaria. El umbral del 3 % del volumen de negocio constituye el límite superior del importe total de las contribuciones, debiendo tenerse en cuenta que dicho importe también está sujeto a otros límites. En particular, el importe de los costes netos que se han de compensarse corresponde, en cualquier caso, al importe que apruebe la Anacom. Además, la contribución extraordinaria, cuya finalidad es reembolsar los costes netos soportados por el prestador del servicio universal, se reparte en cuatro años y el valor correspondiente a cada ejercicio puede pagarse durante un período de cinco años.

61. En lo que respecta al principio de proporcionalidad, la República Portuguesa alega que, en la medida en que dicha contribución extraordinaria, por una parte, tiene por objeto reducir al mínimo la injerencia en el sector, repartiendo la compensación sobre una base lo más amplia posible, y, por otra parte, consiste de este modo en una ponderación equilibrada de los costes y de los beneficios a la vista del objetivo perseguido, este principio se respeta plenamente ya que dicha contribución constituye un medio adecuado para alcanzar el objetivo de la necesaria compensación de los costes netos del servicio universal. La República Portuguesa añade, en relación con la alegación formulada por la Comisión en la vista de que los importes de dicha contribución son significativos, que la Comisión no puede poner en entredicho tales importes sin cuestionar el método de cálculo de los costes netos seguido por la Anacom.

2. Apreciación

62. Antes de nada, es preciso señalar que la alegación formulada por la Comisión de que los operadores no podían prever los costes netos que debían compensarse no me parece pertinente para determinar si el mecanismo establecido por la República Portuguesa es conforme con el principio de distorsión mínima del mercado.

63. En efecto, este principio se explica en el considerando 23 de la Directiva 2002/22, en virtud del cual «la distorsión mínima del mercado implica que las contribuciones deben recaudarse de modo que se reduzca al mínimo posible la repercusión de las cargas financieras en los usuarios finales, por ejemplo repartiendo las contribuciones sobre una base lo más amplia posible». La cuestión de si los operadores eran capaces de tener en cuenta la contribución extraordinaria en su actividad es, por lo tanto, indiferente cuando se trata de determinar la repercusión de la carga financiera resultante de esta contribución que incumbe a los usuarios finales.

64. Además, la Comisión formula otras alegaciones relativas, por una parte, a la cuantía de los importes en cuestión y, por otra parte, a la existencia de una «doble contribución» ya que los operadores estaban obligados, a partir del año 2013, a la vez que a contribuir a la financiación de los costes vinculados al servicio universal para el período posterior a la licitación, a pagar la contribución extraordinaria por los costes soportados por PTC antes de la licitación. La Comisión considera que estos elementos demuestran tanto una violación del principio de distorsión mínima del mercado como una violación del principio de proporcionalidad.

65. Aunque estas alegaciones me parecen, ciertamente, más pertinentes que la relativa a la previsibilidad de los costes, no creo que sean suficientes para demostrar la violación tanto del principio de distorsión mínima del mercado como del principio de proporcionalidad.

66. En relación con la cuantía de los importes de la contribución extraordinaria, el artículo 18, apartado 5, de la Ley n.º 35/2012 prevé, en efecto, que estos representen el 3 % del volumen de negocio anual aceptado de cada entidad que tiene la obligación de contribuir. No obstante, el artículo 18, apartado 6, de dicha Ley también prevé que el importe de esta contribución que debe pagar cada empresa no puede exceder en ningún caso del valor que resultaría del reparto de los costes netos soportados por el prestador del servicio universal y considerados excesivos por la Anacom.

67. El importe de la contribución extraordinaria, si bien puede alcanzar el 3 % del volumen de negocio anual aceptado de las sociedades contribuyentes, siempre debe corresponder al importe de los costes netos soportados por el prestador del servicio universal y aprobados por la Anacom.

68. Pues bien, es preciso señalar que la Comisión no cuestiona el método de cálculo de los costes netos utilizado por la Anacom ni el resultado al que esta llega en las decisiones relativas a los años 2012, 2013 y 2014. Por lo tanto, la Comisión no pone en entredicho los importes de los costes netos que la contribución extraordinaria pretende compensar y a los que esta última debe corresponder exactamente.

69. Así, el simple hecho de que los importes de esta contribución sean significativos no permite demostrar que esta sea, en sí misma, desproporcionada, o que no respete el principio de distorsión mínima del mercado. Puesto que dicha contribución corresponde precisamente al importe de los costes netos soportados por el prestador del servicio universal —cuyo calculo no cuestiona la Comisión— me parece tanto limitada a lo necesario para alcanzar el objetivo de compensación de los costes vinculados al servicio universal como adecuada para reducir al mínimo la repercusión de las cargas financieras.

70. En lo que atañe a la existencia de una doble contribución que recaería en los operadores obligados a contribuir a la vez que a la financiación de los costes después de la licitación a la financiación de los costes soportados por PTC cuando este último era el prestador único del servicio universal, tal doble contribución implica, como señala la Comisión, un aumento de las cargas financieras que recaen en los operadores, el cual también se derivaría del hecho de que los operadores estarían obligados a compensar los costes netos de varios años en un solo año. [18]

71. Sin embargo, no creo que este elemento pueda, por sí solo, ser constitutivo de una violación del principio distorsión mínima del mercado o del principio de proporcionalidad. En primer lugar, una contribución que tiene por objeto compensar los costes soportados por el prestador del servicio universal siempre implica, para los operadores que están obligados a ella, una mayor carga financiera que si no existiera tal compensación. Puesto que este aumento de la carga financiera que recae en los operadores obligados a contribuir es inherente al propio mecanismo de compensación de los costes de la prestación del servicio universal, este único elemento no me parece suficiente para constituir una violación de los principios de distorsión mínima del mercado y de proporcionalidad.

18 Véase el punto 29 de las presentes conclusiones.

72. A continuación, en la medida en que el importe de la contribución extraordinaria corresponde exactamente al importe de los costes soportados por el prestador del servicio universal, es preciso constatar que dicho importe se limita a lo estrictamente necesario para alcanzar el objetivo de compensación de los costes netos del servicio universal. En estas condiciones, no creo que pueda considerarse que tal contribución implique, para los operadores que están sujetos a ella, una carga financiera desproporcionada, y ello aun cuando dicha contribución se refiera a varios ejercicios o dé lugar a una doble contribución.

73. Por otra parte, como señala la República Portuguesa, los operadores obligados a la contribución extraordinaria disponen de facilidades para pagar esta última. Más concretamente, del artículo 20, apartado 4, de la Ley n.º 35/2012 se desprende que el pago de la contribución correspondiente a cada ejercicio puede repartirse a lo largo de un período de cinco años. Así, esta posibilidad permite a los operadores modular la carga financiera que deben soportar para el pago de dicha contribución, con el fin de reducir al mínimo posible su repercusión. De este modo, dicha planificación me parece que garantiza, por una parte, una repercusión mínima de la carga financiera en los usuarios finales y, por otra parte, y más en general, la proporcionalidad de dicha contribución.

74. Por último, como alega la República Portuguesa, la reducción al mínimo de la repercusión de la carga financiera en los usuarios finales y la proporcionalidad de la contribución extraordinaria también se desprenden del hecho de que los operadores que están obligados a dicha contribución son todos aquellos cuyo volumen de negocio es superior al 1 % del volumen de negocio anual del sector, incluido el prestador del servicio universal. De este modo, el reparto de esta contribución entre los operadores parece lo más amplio posible y adecuado para minimizar su repercusión en los usuarios finales.

75. En cualquier caso, la posición de la Comisión supondría que solo pudiera aplicarse un mecanismo de reparto de los costes del servicio universal en la medida en que las contribuciones de los operadores se calcularan en función de los costes en los que el prestador del servicio universal hubiera incurrido a lo largo de un único año.

76. No obstante, conviene señalar que nada en el texto de la Directiva 2002/22 obliga a los Estados miembros a optar por una compensación sobre una base anual. Pues bien, no cabe deducir del silencio del legislador de la Unión reglas precisas de aplicación de los mecanismos de compensación de los costes del servicio universal. Puesto que el legislador de la Unión no tuvo la intención de imponer tales condiciones, no creo que un mecanismo de compensación de los costes del servicio universal, por el mero hecho de que no funciona sobre una base anual, pueda considerarse desproporcionado o que no respeta el principio de distorsión mínima del mercado.

77. En estas condiciones, considero que la aplicación por parte de la República Portuguesa de la contribución extraordinaria establecida por la Ley n.º 35/2012 no constituye una violación de los principios de distorsión mínima del mercado y de proporcionalidad.

C. Sobre el principio de no discriminación

1. Alegaciones de las partes

78. Según la Comisión, el principio de no discriminación exige que únicamente se tenga en cuenta el volumen de negocio de los operadores que estaban presentes en el mercado en el momento en que se incurrió los costes netos. No obstante, la Ley n.º 35/2012 se aplica a todos los operadores presentes en el mercado entre los años 2013 y 2015, es decir, a operadores que no estaban presentes en el mercado entre los años 2007 y 2012. Estos operadores estarían además sujetos a la obligación de contribuir mediante sus ingresos registrados en ejercicios distintos de aquellos en los que se incurrió en los costes netos y, en consecuencia, serían objeto de discriminación.

79. La República Portuguesa observa, antes de nada, que la alegación de la Comisión de que solo los operadores presentes en el mercado en el momento en que se soportaron los costes deberían contribuir al fondo de compensación, sobre la base del volumen de negocio relativo al año en que se soportaron los costes, lleva a favorecer a los operadores en los que no recaen los costes del servicio universal e implica una discriminación contra el prestador del servicio universal.

80. A continuación, la República Portuguesa sostiene que, si bien la estructura del mercado era diferente en los años 2013 y 2007, esto no significa que los operadores presentes en el mercado en el año 2013 no estuvieran ya presentes anteriormente. A este respecto, la República Portuguesa defiende la tesis según la cual el concepto de «empresa» debe recibir una interpretación funcional, que permita obviar las modificaciones relativas a la estructura interna de los operadores cuando exista entre ellos una unidad económica o un control económico.

81. Por último, la República Portuguesa arguye que la alegación de la Comisión no tiene en cuenta el hecho de que el modo de cálculo de los costes netos constituye un procedimiento largo y complejo, que únicamente se pone en marcha a petición del prestador del servicio universal, de modo que un desfase entre el período en que se incurre en los costes netos y el período en que estos deben compensarse no puede entenderse como un indicio de discriminación.

2. Apreciación

82. Según la Comisión, la supuesta violación del principio de no discriminación resulta de la aplicación de la Ley n.º 35/2012 y de la contribución extraordinaria de las empresas que no estaban presentes en el mercado en el momento en que se incurrió en los costes del servicio universal que son objeto de compensación.

83. Es preciso recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una discriminación solo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes.[19] En consecuencia, la aplicación de la contribución extraordinaria a sociedades que no estaban presentes en el mercado en el momento en que se incurrió en los costes que son objeto de compensación podría, en teoría, dar lugar a una discriminación.

19 Sentencias de 13 de noviembre de 1984, Racke (283/83, EU:C:1984:344), apartado 7; de 2 de abril de 2009, Bouygues y Bouygues Télécom/Comisión (C-431/07 P, EU:C:2009:223), apartado 114, y de 19 de noviembre de 2015, Hirvonen (C-632/13, EU:C:2015:765), apartado 30.

84. Sin embargo, no creo que tal sea el caso en el presente asunto. Contrariamente a lo que sostiene la Comisión, considero que los cambios que tuvieron lugar en el mercado de los operadores de telecomunicaciones entre los años 2007 y 2012 no trajeron consigo la aparición en el mercado de *nuevas* sociedades respecto de las que pueda considerarse que no estaban presentes cuando se incurrió en los costes relativos al servicio universal que son objeto de la contribución extraordinaria, y ello por las razones que expondré a continuación.

85. En primer lugar, tanto del escrito de contestación de la República Portuguesa como de las observaciones formuladas por la Comisión en la vista se desprende que las reestructuraciones que tuvieron lugar en el mercado de los operadores de telecomunicaciones consistieron en reestructuraciones intra e intergrupos. Las *nuevas* sociedades a que se refiere la Comisión nacen en realidad de fusiones entre sociedades que ya operaban en dicho mercado.

86. Pues bien, las sociedades resultantes de estas fusiones garantizan la continuidad jurídica de los derechos y obligaciones de las sociedades fusionadas. En efecto, estas operaciones de fusión efectúan una transmisión del patrimonio de estas últimas sociedades, a saber, el conjunto de elementos de activo y de pasivo. Más en general, dicha operación no puede congelar los derechos y las obligaciones de la sociedad objeto de la fusión en el momento en que esta se produzca, puesto que estos derechos y obligaciones evolucionan en función de circunstancias tanto económicas como jurídicas.

87. En este contexto, solo se plantea la cuestión de si entre el pasivo transmitido figura la obligación de contribución extraordinaria prevista por la Ley n.º 35/2012, a la que habrían estado sujetas las sociedades fusionadas si no se hubieran llevado a cabo las reestructuraciones.

88. Considero que así sucede. En efecto, no hay razón alguna que justifique excluir del pasivo la obligación de contribución a la compensación de los costes del servicio universal. Esta exclusión tendría como consecuencia que cualquier operación de reestructuración permitiría a una sociedad eludir su obligación de contribuir al fondo de compensación de los costes del servicio universal y, por lo tanto, impedir la aplicación de la Directiva 2002/22. En tal hipótesis, una reestructuración operaría como una causa de extinción de las obligaciones de contribución a la financiación del servicio universal e incluso podría tener lugar solo con este propósito.

89. En estas condiciones, no cabe considerar que las reestructuraciones que se han producido en el mercado de los operadores de telecomunicaciones hayan dado lugar a la aparición en el mercado de *nuevas* sociedades que no habrían estado sujetas al pago de la contribución extraordinaria de no haberse producido tales reestructuraciones y que sufrirían una discriminación como consecuencia de la obligación de contribución a la financiación del servicio universal.

90. En segundo lugar, contrariamente a lo defendido por la Comisión en la vista, los cambios en el accionariado o las adquisiciones, por parte de nuevos inversores, de participaciones que les permiten entrar en el capital de los operadores de telecomunicaciones no bastan para considerar a estas sociedades como *nuevas* en el mercado. También en este caso, dicha solución implicaría que cualquier cambio en el capital de una sociedad constituyese una causa de extinción de las obligaciones de las sociedades, impidiendo con ello la aplicación de la Directiva 2002/22.

91. Esta conclusión no queda desvirtuada por la alegación que la Comisión formuló en la vista de que toda decisión de inversión se basa en la situación de la sociedad en el momento en que se produce la inversión. A este respecto, la Comisión considera, por lo que se refiere a las inversiones anteriores a la Ley n.º 35/2012, que los inversores no podían prever la obligación de contribuir a la financiación de los costes del servicio universal para el período comprendido entre 2007 y 2012. Por una parte, cabe observar que la posibilidad de un mecanismo de contribución a la financiación de los costes del servicio universal existía desde la adopción de la Ley n.º 5/2004 y, por lo tanto, no podía ser ignorada

por los operadores. Por otra parte, y en cualquier caso, si esta alegación estuviera fundada, lo que no ocurre, no constituiría una violación del principio de no discriminación con respecto a las sociedades en cuestión, sino una violación del principio de protección de la confianza legítima de los inversores, violación que, por lo demás, no invoca la Comisión.

92. En estas circunstancias, considero que la aplicación por parte de la República Portuguesa de la contribución extraordinaria prevista por la Ley n.º 35/2012 no constituye una violación del principio de no discriminación.

V. Conclusión

93. Habida cuenta del conjunto de consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que desestime el presente recurso. De conformidad con el artículo 138, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, procede condenar en costas a la Comisión Europea.