

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064885

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 868/2020, de 24 de junio de 2020

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)

Rec. n.º 33/2019

SUMARIO:

Teléfonos públicos de pago. Servicio universal de telecomunicaciones. Designación de Telefónica de España, S.A.U., como operador encargado de la prestación. Nulidad de la disposición adicional segunda del Real Decreto 1517/2018, que extiende tal designación hasta el 31 de diciembre de 2019.

La prestación del suministro de una **oferta suficiente de teléfonos públicos de pago**, en el marco del servicio universal, está regulada en la Ley General de Telecomunicaciones, que contiene una habilitación al Gobierno para que, mediante Real Decreto, determine los términos y condiciones de los elementos integrados en el concepto de servicio universal (entre los que se incluye garantizar una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago) y regula el sistema de designación de los operadores encargados de la prestación del servicio universal.

La previsión enjuiciada, que extiende hasta el 31 de diciembre de 2019 **la designación efectuada** por la Orden ETU/1974/2016, de 20 de diciembre, a Telefónica de España, SAU, como operador encargado de la prestación del servicio universal de telecomunicaciones, relativo al suministro de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, **infringe el artículo 26.2 de la Ley 9/2014**, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, porque, al efectuar dicha designación se **ha prescindido absolutamente del procedimiento de licitación pública** establecido en dicha disposición legal, para designar al operador encargado de garantizar la prestación de dicho servicio.

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en su dictamen de 20 de diciembre de 2018, advirtió de la ilegalidad del proyecto de Real Decreto porque, entre otros factores, abogaba por una supresión del suministro de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago del concepto de servicio universal, lo que debía adoptarse «a través de las correspondientes reformas legales». La irrupción en el procedimiento de elaboración del Real Decreto de esta circunstancia sobrevenida no justifica la vulneración de las garantías procedimentales exigidas por la Ley del Gobierno, (la sustanciación de un nuevo trámite de consulta pública, al producirse una modificación sustancial del texto del proyecto de norma, respecto del sometido a dicho trámite de consulta pública), ni la elusión del procedimiento de concurso público requerido para la designación del operador que debe realizarse mediante un mecanismo procedimental abierto a todas las empresas que garantice los principios de objetividad, transparencia y no discriminación, tal como expresamente requiere el artículo 26.2 de la Ley General de Telecomunicaciones. La perentoriedad de los plazos no justifica la extensión, hasta el 31 de diciembre de 2019 de la designación efectuada en la Orden ETU/1974/2016, de 20 de diciembre, en la medida que no cabe dispensar al Gobierno de actuar de forma acorde con la exigencia constitucional de sujeción y sometimiento al **principio de legalidad**.

El artículo 129.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, obliga al Gobierno, a fin de garantizar el **principio de seguridad jurídica**, a que las iniciativas normativas se ejerzan de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico nacional y el de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión a sus destinatarios para que puedan actuar en consecuencia, de modo que si el Gobierno hubiera querido mantener su primigenia decisión de suprimir dicho elemento del servicio universal, teniendo en cuenta que la Directiva de Servicio Universal no obliga a mantener los teléfonos públicos de pago como prestación del servicio universal, u optar, atendiendo a la recomendación del Consejo de Estado, sobre la pertinencia de establecer una oferta de teléfonos públicos de pago más reducida que la actual, para atender las necesidades de comunicación de los residentes en los pequeños municipios ubicados en zonas rurales o de montaña en que pueden presentarse dificultades de acceso a la red pública de comunicaciones electrónicas con el fin de garantizar un nivel de vida equiparable a todos los españoles, con independencia del lugar en que residan, podía haber aprobado o

bien un Real Decreto-ley (ante la necesidad de no suprimir de facto dicho elemento del servicio universal), o, en su caso, un proyecto de Ley que recogiera la alternativa gubernamental definitivamente impulsada.

PRECEPTOS:

Directiva 2002/22/CE (Servicio universal y derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas), art. 6.

Constitución Española, arts. 9.3 y 106.

Ley 50/1997 (Ley del Gobierno), art. 26.2.

Ley 9/2014 (General de Telecomunicaciones), arts. 25 y 26.

Ley 39/2015 (LPACAP), arts. 47.2, 128.2 y 3 y 129.4.

RD 424/2005 (Rgto. de comunicaciones electrónicas y protección de los usuarios), art. 38.

RD 726/2011 (modificación del reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el RD 424/2005), art. 32.

RD 1517/2018 (modificación del reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el RD 424/2005), disp. adic. segunda.

PONENTE:

Don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 868/2020

Fecha de sentencia: 24/06/2020

Tipo de procedimiento: REC.ORDINARIO(c/d)

Número del procedimiento: 33/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/06/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Procedencia: CONSEJO MINISTROS

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

Transcrito por: ELC

Nota:

REC.ORDINARIO(c/d) núm.: 33/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente
D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
D. Eduardo Calvo Rojas
D^a. María Isabel Perelló Doménech
D. José María del Riego Valledor
D. Diego Córdoba Castroverde
D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 24 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso contencioso-administrativo número 001/0033/2019, interpuesto por la procuradora doña Gloria Robledo Machuca, bajo la dirección letrada de don Enrique Loeches Villar, en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., contra el Real Decreto 1517/2018, de 28 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005.

Ha sido parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

La procuradora doña Gloria Robledo Machuca, en representación de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A., interpuso el 6 de febrero de 2019, recurso contencioso-administrativo, que se registró con el número 001/0033/2019, contra el Real Decreto 1517/2018, de 28 de diciembre, por el que se modifica el reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el real decreto 424/2005, de 15 de abril.

Segundo.

En su escrito de demanda de fecha 3 de septiembre de 2019, la representación procesal de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. demandante, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y los concluyó con el siguiente SUPPLICO:

"que tenga por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y, previa su admisión, por formalizada demanda en el recurso 33/2019 acordando la continuación de los trámites y dictando en su día

sentencia por la que, estimado el presente recurso contencioso-administrativo, declare la nulidad de la Disposición adicional segunda del Real Decreto 1517/2018, de 28 de diciembre y condene en costas a la Administración demandada.

Por Primer Otrosí solicita el recibimiento del presente recurso a prueba y fija los hechos sobre los que deberá versar dicha prueba.

Por Segundo Otrosí solicita se acuerde la presentación de escritos de conclusiones.

Por Tercer Otrosí solicita se fije la cuantía del presente recurso como indeterminada."

Tercero.

El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito presentado el 4 de octubre de 2017, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y lo concluyó SOLICITANDO:

"que teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo; tenga por contestada la demanda y dicte sentencia desestimatoria del recurso que confirme la disposición recurrida. Con costas.

Por Otrosí Primero manifiesta que, en opinión de esta parte, la cuantía del proceso es indeterminada.

Por Otrosí Segundo considera innecesaria la celebración de vista pero no se opone a la realización de conclusiones por escrito."

Cuarto.

Por Decreto del Letrado de la Administración de Justicia de 3 de octubre de 2019, se acuerda fijar la cuantía del presente recurso contencioso-administrativo en indeterminada

Quinto.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dictó Auto el 21 de octubre de 2019, cuya parte dispositiva dice literalmente:

"Recibir el recurso a prueba, habida cuenta de la disconformidad en los hechos y siendo éstos de trascendencia para la resolución del pleito.

Se admiten las pruebas documentales del apartado (I). Se tienen por reproducidos los documentos del expediente administrativo y los aportados con el escrito de interposición y los que aportan como documentos "Anexos" junto con el escrito de formalización de demanda.

En cuanto a la documental del apartado (II). No es necesaria."

Sexto.

Por diligencia de ordenación de 6 de noviembre de 2019, se declara terminado y concluso el periodo de proposición y práctica de prueba, unir las practicadas a los autos; y, no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se concede al representante procesal del actor el plazo de diez días para que presente escrito conclusiones sucintas sobre los hechos por el mismo alegados y motivos jurídicos en que se apoye, lo que efectuó la procuradora doña Gloria Robledo Machuca en escrito presentado el 20 de noviembre de 2019, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPlico:

"que, teniendo por presentado este escrito, se sirva admitirlo y unirlo a los autos; tenga por formulado en tiempo y forma escrito de conclusiones por esta parte y en su virtud dicte en su día sentencia de conformidad con las pretensiones de la demanda."

Séptimo.

Por diligencia de ordenación de 22 de noviembre de 2019, se tiene por evacuado el trámite de conclusiones conferido a la parte demandante y se acuerda entregar copia a la parte demandada, otorgándoles el plazo de diez días para que presenten sus conclusiones, lo que efectuó el Abogado del Estado en escrito

presentando el 26 de noviembre de 2019, en el que tras efectuar, asimismo, las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

"Que, teniendo por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo; tenga por formuladas las consideraciones que en él se contienen; por cumplimentado el traslado al que corresponden; y, previa la tramitación que proceda, dicte sentencia en los términos interesados en el suplico de su escrito de contestación a la demanda."

Octavo.

Por providencia de fecha 12 de mayo de 2020 se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat y se señaló para votación y fallo el día 2 de junio de 2020, si bien, por razón del estado de alarma declarado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, la deliberación no pudo tener lugar hasta el día 16 de junio de 2020, por vía telemática, conforme a lo previsto en el artículo 19.3 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Sobre el objeto y el planteamiento del recurso contencioso-administrativo: El asunto litigioso relativo a la impugnación del Real Decreto 1517/2018, de 28 de diciembre, por el que se modifica el reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.*

El recurso contencioso-administrativo que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. tiene por objeto la pretensión de que se declare la nulidad de la disposición adicional segunda del Real Decreto 1517/2018, de 28 de diciembre, por el que se modifica el reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el real decreto 424/2005, de 15 de abril.

Para una adecuada comprensión de la controversia jurídica suscitada en este recurso contencioso-administrativo, procede transcribir el contenido de la disposición impugnada, que bajo el epígrafe "Designación de operador encargado de la prestación del elemento de servicio universal de telecomunicaciones relativo al suministro de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago", dispone:

"Se extiende hasta el 31 de diciembre de 2019 la designación efectuada por la Orden ETU/1974/2016, de 23 de diciembre, por la que se designa a Telefónica de España, S.A.U., como operador encargado de la prestación del elemento de servicio universal de telecomunicaciones relativo al suministro de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago. Telefónica de España, S.A.U., deberá prestar este elemento del servicio universal de telecomunicaciones en las condiciones establecidas en la citada Orden ETU/1974/2016, de 23 de diciembre".

La impugnación de la disposición adicional segunda del Real Decreto 1517/2018, de 28 de diciembre, se fundamenta, en primer término, en el argumento de que es contraria a lo dispuesto en el artículo 26.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, que establece que la designación del operador para la prestación de un elemento del servicio universal se realizará en todo caso a través de un mecanismo de licitación pública que no se ha llevado a cabo en este supuesto, en infracción de lo dispuesto en los artículos 47.2, 128.2 y 128.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Se aduce, al respecto, que carece de cobertura legal la prórroga o "extensión" unilateral realizada por el Gobierno de una previa designación circunscrita a un plazo determinado, resultando contraria al principio de seguridad jurídica (art. 129.4 LPAC) y a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución.

Se añade -subsidiariamente- que la prórroga de la designación de Telefónica como operador encargado de la prestación de ese elemento del servicio universal se ha realizado omitiendo el trámite de alegaciones.

En segundo término, se alega que la disposición adicional segunda del Reglamento impugnado contraviene el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 129.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre,

del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en relación con el artículo 25.4 de la Ley General de Telecomunicaciones, incurriendo en la arbitrariedad proscrita por el artículo 9.3 de la Constitución.

En último término, se arguye que la disposición adicional segunda del Real Decreto 1517/2018, de 28 de diciembre, vulnera otro de los principios de buena regulación enunciado en el artículo 129.4 de la Ley 39/2015, 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, toda vez que no le ha permitido a Telefónica la toma de sus decisiones empresariales en un marco estable, predecible, claro y de certidumbre.

Segundo. *Sobre el marco jurídico y el contexto jurisprudencial en que se inserta el enjuiciamiento de la disposición adicional segunda del Real Decreto 1527/2018, de 28 de diciembre .*

A.- El Derecho de la Unión Europea.

La Directiva 2002/22/CE 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), en su artículo 6, bajo la rúbrica "teléfonos fijos de pago", dispone:

"1. Los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de reglamentación estén facultadas para imponer obligaciones a las empresas, al objeto de garantizar que la oferta de teléfonos públicos de pago satisfaga las necesidades razonables de los usuarios finales tanto en cobertura geográfica, como en número de aparatos, accesibilidad de estos teléfonos para los usuarios con discapacidad y calidad de los servicios.

2. Los Estados miembros velarán por que sus autoridades nacionales de reglamentación puedan decidir no imponer obligaciones con arreglo a los requisitos del apartado 1 en la totalidad o en parte de su territorio, en caso de que les conste que estas facilidades o servicios comparables están ampliamente disponibles sobre la base de la consulta de las partes interesadas indicada en el artículo 33.

3. Los Estados miembros velarán por que sea posible efectuar gratuitamente llamadas de urgencia desde los teléfonos públicos de pago, sin tener que utilizar ninguna forma de pago, utilizando el número único europeo de urgencia "112" y otros números de urgencia nacionales."

B.- El Derecho nacional.

La prestación del suministro de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, en el marco del servicio universal, está regulada en los artículos 25 y 26 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, que, entre otras prescripciones, contiene una habilitación al Gobierno para que, mediante Real Decreto, determine los términos y condiciones de los elementos integrados en el concepto de servicio universal (entre los que se incluye garantizar una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago) y regula el sistema de designación de los operadores encargados de la prestación del servicio universal, en los siguientes términos:

"Artículo 25. Concepto y ámbito de aplicación.

1. Se entiende por servicio universal el conjunto definido de servicios cuya prestación se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible.

Bajo el mencionado concepto de servicio universal se deberá garantizar, en los términos y condiciones que mediante real decreto se determinen por el Gobierno, que:

[...]

d) Exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago u otros puntos de acceso público a la telefonía vocal en todo el territorio nacional, que satisfaga razonablemente las necesidades de los usuarios finales en lo relativo a la cobertura geográfica, al número de aparatos u otros puntos de acceso, y a la calidad de los servicios, garantice la accesibilidad de estos teléfonos por los usuarios con discapacidades y permita efectuar gratuitamente llamadas de emergencia desde los teléfonos públicos de pago sin tener que utilizar ninguna forma de pago utilizando el número único de llamadas de emergencia 112 y otros números de emergencia españoles.

[..]

2. Mediante real decreto se podrán adoptar medidas a fin de garantizar que los usuarios finales con discapacidad también puedan beneficiarse de la capacidad de elección de operadores de que disfruta la mayoría de los usuarios finales. Asimismo, podrán establecerse sistemas de ayuda directa a los consumidores que sean personas físicas con rentas bajas o con necesidades sociales especiales.

3. Todas las obligaciones que se incluyen en el servicio universal estarán sujetas a los mecanismos de financiación que se establecen en el artículo 27.

4. El Gobierno, de conformidad con la normativa comunitaria, podrá revisar el alcance de las obligaciones de servicio universal.

Artículo 26. Designación de los operadores encargados de la prestación del servicio universal.

1. Cuando la prestación de cualquiera de los elementos integrantes del servicio universal no quede garantizada por el libre mercado, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo designará uno o más operadores para que garanticen la prestación eficiente de dichos elementos del servicio universal, de manera que quede cubierta la totalidad del territorio nacional. A estos efectos podrán designarse operadores diferentes para la prestación de diversos elementos del servicio universal y abarcar distintas zonas del territorio nacional.

2. El sistema de designación de operadores encargados de garantizar la prestación de los servicios, prestaciones y ofertas del servicio universal se establecerá mediante real decreto, con sujeción a los principios de eficiencia, objetividad, transparencia y no discriminación sin excluir a priori la designación de ninguna empresa. En todo caso, contemplará un mecanismo de licitación pública para dichos servicios, prestaciones y ofertas. Estos procedimientos de designación garantizarán que la prestación del servicio universal se haga de manera rentable y se podrán utilizar como medio para determinar el coste neto derivado de las obligaciones asignadas, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 27.1.

3. Cuando el operador designado para la prestación del servicio universal se proponga entregar una parte o la totalidad de sus activos de red de acceso local a una persona jurídica separada de distinta propiedad, informará con la debida antelación al Ministerio de Industria, Energía y Turismo a fin de evaluar las repercusiones de la operación prevista en el suministro de acceso desde una ubicación fija y la prestación de servicios telefónicos, de conformidad con el artículo 25. El Ministerio de Industria, Energía y Turismo, como consecuencia de la evaluación realizada, podrá imponer, modificar o suprimir obligaciones al operador designado.

4. El Ministerio de Industria, Energía y Turismo podrá establecer objetivos de rendimiento aplicables al operador u operadores designados para la prestación del servicio universal.

5. El Ministerio de Industria, Energía y Turismo notificará a la Comisión Europea las obligaciones de servicio universal impuestas al operador u operadores designados para el cumplimiento de obligaciones de servicio universal, así como los cambios relacionados con dichas obligaciones o con el operador u operadores designados."

El artículo 32 del Real Decreto 726/2011, de 20 de mayo, por el que se modifica el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, bajo la rúbrica "Teléfonos públicos de pago u otros puntos de acceso público a la telefonía vocal", en su apartado 1, establece:

"En la prestación del servicio universal se deberá garantizar la existencia de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago u otros puntos de acceso público a la telefonía vocal. A estos efectos, se consideran teléfonos públicos de pago los situados en el dominio público de uso común. Mediante Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio se podrán especificar otros puntos de acceso público a la telefonía vocal y las condiciones de integración en la oferta suficiente de puntos de acceso público a la telefonía vocal.

El operador designado para la prestación de este elemento deberá garantizar la existencia de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago en la zona correspondiente a la designación, con las condiciones técnicas mínimas que se establecen en el apartado 3.

Se considerará oferta suficiente la existencia, con una distribución geográfica razonable, de, al menos, un teléfono público de pago y uno más por cada 3.000 habitantes en cada municipio de 1.000 o más habitantes y de un teléfono público de pago en cada uno de los municipios de menos de 1.000 habitantes en los que esté justificado sobre la base de la existencia de una distancia elevada a facilidades similares, la baja penetración del servicio telefónico fijo, la falta de accesibilidad del servicio telefónico móvil o la elevada tasa de población flotante.

El operador designado deberá satisfacer, en un plazo razonable, todas las solicitudes de instalación de nuevos teléfonos públicos de pago que le presenten los ayuntamientos hasta cumplir con los criterios de oferta suficiente.

Asimismo, el operador designado deberá mantener la oferta de ubicaciones y terminales de telefonía de pago con equipos de tecnología adecuada. No obstante, podrá realizar las modificaciones de dicha oferta, incluyendo cambios de ubicación y retirada de terminales cuando se sobrepase el criterio de oferta mínima, que sean necesarias para mantener la adecuación de la oferta a las necesidades de los usuarios. Dichas modificaciones se podrán realizar previa comunicación motivada al ayuntamiento correspondiente y siempre que este no haya manifestado su oposición igualmente motivada en el plazo de un mes a partir de dicha comunicación.

Cuando el operador designado considere que una solicitud de instalación de nuevos teléfonos públicos de pago o una oposición a la modificación de la oferta, presentada por algún ayuntamiento, no se corresponde con las obligaciones de servicio universal, podrá dirigirse a la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información, la cual resolverá siguiendo el mismo procedimiento que el indicado en el artículo 29.5."

La Orden ETU/1974/2016, de 20 de diciembre, por la que se extiende la duración de la designación de Telefónica de España, SAU, como operador encargado de la prestación del elemento de servicio universal de telecomunicaciones, relativo al suministro de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, precedió a dicha designación en favor de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A., estableciendo en su artículo tercero el plazo de duración de la designación en los siguientes términos:

"La designación se realiza para el período comprendido entre el día 1 de enero de 2017 y el día 31 de diciembre de 2017, ambos inclusive. No obstante, la designación se podrá extender, mediante orden del Ministro de Energía, Turismo y Agenda Digital, previa audiencia de Telefónica Telecomunicaciones Públicas, S.A.U., hasta el día 31 de diciembre de 2018 en el caso de que la normativa nacional o comunitaria aprobada en materia de comunicaciones electrónicas no suprima o modifique el alcance de este elemento del servicio universal de telecomunicaciones."

C.- La doctrina jurisprudencial.

Esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de enero de 2006 (RCA 3465/2003), se ha pronunciado sobre el alcance de las obligaciones impuestas al operador designado para la prestación del servicio universal vigente la la precedente Ley 11/1998, de 11 de abril, General de Telecomunicaciones, en relación con la aplicación del concepto de "oferta suficiente de teléfonos públicos de pago", en los siguientes términos:

"En efecto, el artículo 37 de la Ley General de Telecomunicaciones comienza definiendo el servicio universal de telecomunicaciones y luego especifica las concretas prestaciones que quedan comprendidas dentro de dicho servicio. Así, su apartado 1 señala, en lo que ahora interesa:

"1. Se entiende por servicio universal de telecomunicaciones, el conjunto definido de servicios de telecomunicaciones con una calidad determinada, accesibles a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible. En la determinación de los conceptos de servicio accesible y precio asequible, se tomará en consideración, especialmente, el hecho insular.

Inicialmente, bajo el concepto de servicio universal de telecomunicaciones, se deberá garantizar, en los términos que reglamentariamente se determinen:

[...]

c) Que exista una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago en el dominio público, en todo el territorio nacional."

Si bien la propia ley no concreta los criterios para definir lo que haya de entenderse por una "oferta suficiente" de teléfonos públicos de pago, sí lo hace parcialmente el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, que aprueba el reglamento que desarrolla el Título III de la Ley en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones y demás obligaciones de servicio público y de carácter público. En particular, a los teléfonos públicos de pago le dedica el artículo 15, que dice así:

"En la prestación del servicio universal de telecomunicaciones se deberá garantizar la existencia de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago. A estos efectos, se consideran teléfonos públicos de pago los situados en el dominio público no afecto a un servicio público. El Ministro de Fomento establecerá, mediante Orden y previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, los criterios para determinar qué se considera oferta suficiente en cada ámbito geográfico, teniendo en cuenta, en todo caso, el carácter urbano o rural de la zona considerada, el número de habitantes de los núcleos de población, la densidad de ésta y la penetración del servicio telefónico.

A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, en cada municipio deberá existir, al menos, un teléfono público de pago y uno más por cada 1.500 habitantes.

En la Orden que, de acuerdo con el artículo 5, apruebe el plan relativo al servicio universal de telecomunicaciones, se establecerán los términos en los que los teléfonos públicos de pago deben permitir la conexión de fax y módem e incorporar prestaciones adicionales, financiadas con cargo al Fondo Nacional de Financiación del Servicio Universal, para favorecer la comunicación de los discapacitados. Lo establecido en este párrafo se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda."

Puede verse que si bien el Real Decreto se remite todavía a una orden ministerial para especificar los criterios que han de servir para determinar lo que haya de considerarse una oferta suficiente de teléfonos públicos en función de distintos parámetros, el precepto reproducido no está exento de concreción, puesto que fija que en todo caso deberá existir, al menos, un teléfono público de pago y uno más por cada 1.500 habitantes. Así pues, en ausencia de la orden ministerial, queda por lo menos el criterio cuantitativo señalado a la hora de poder valorar la suficiencia de la oferta de teléfonos públicos de pago.

Digamos, por último, que esta regulación traspone ya en este punto la Directiva 98/10/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, alegada por la actora.

Consecuencia clara de esta regulación es que las obligaciones relativas a los teléfonos públicos de pago que quedan comprendidas en el servicio universal de telecomunicaciones y que deben ser preceptivamente atendidas como tales por los operadores encargados de dicho servicio universal, como lo es la recurrente, son exclusivamente las necesarias para alcanzar una "oferta suficiente" de dichos teléfonos públicos de pago, y no la de atender de forma ilimitada cualquier solicitud de las prestaciones necesarias para instalar teléfonos públicos de pago. Por consiguiente, la obligación de instalación de PTR's y de prestar el consiguiente servicio telefónico en beneficio de quien ha obtenido autorización para el uso del dominio público sólo podrá exigirse como obligación derivada del servicio universal hasta que se alcance en un determinado ámbito municipal una oferta suficiente de teléfonos de pago, pero no más allá.

Tiene por tanto también razón la actora al afirmar que por encima de dicha oferta suficiente, la explotación de un teléfono de pago por parte de una empresa que no cuente con una habilitación para prestar servicio telefónico requerirá, aparte del correspondiente permiso municipal para utilizar el dominio público, la contratación con un operador habilitado de la instalación de los correspondientes puntos de terminación de red y del servicio telefónico.

Se confunden la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la Sala de instancia cuando hacen derivar la prestación de los servicios necesarios para la explotación de teléfonos públicos de pago en el dominio público de manera directa e ilimitada del servicio universal de telecomunicaciones. Dichas prestaciones desde luego son exigencias a las que quedan obligados los operadores encargados del servicio universal, pero sólo hasta que se cubre la oferta suficiente en los términos previstos por la Ley y reglamento citados supra. Más allá de dicha oferta suficiente, la instalación y servicios necesarios para la explotación de un teléfono público de pago en el dominio público necesitará de la contratación de tales prestaciones por los cauces ordinarios de relación entre operadores habilitados y cualquier otro tipo de empresa que solicita servicio telefónico para su uso público. Así pues, tiene razón la Sala cuando afirma que no sólo los operadores habilitados pueden prestar dicho servicio telefónico al público (la instalación de teléfono público de pago en la calle), pero se equivoca cuando implícitamente sostiene que en todo caso dicho servicio está incondicionadamente ligado a las obligaciones de servicio público encomendadas a los operadores responsables del mismo, ya que no precisa las diferencias

existentes en función de que la oferta de teléfonos públicos de pago en un determinado ámbito municipal sea o no suficiente en términos legales."

Tercero. *Sobre el examen de los motivos de impugnación formulados contra la disposición adicional segunda del Real Decreto 1517/2018, de 28 de diciembre.*

El primer motivo de impugnación formulado contra la disposición adicional segunda del Real Decreto 1517/2018, de 28 de diciembre, basado en la alegación de que es contraria a lo dispuesto en el artículo 26.2 de la Ley General de Telecomunicaciones, por cuanto -según se aduce-, carece de cobertura legal la extensión unilateral realizada por el Gobierno de una previa designación circunscrita a un periodo determinado, al llevarse a cabo prescindiendo de un mecanismo de licitación pública, debe ser estimado, de acuerdo con los razonamientos jurídicos que exponemos a continuación:

Esta Sala sostiene que la previsión que enjuiciamos, que extiende hasta el 31 de diciembre de 2019 la designación efectuada por la Orden ETU/1974/2016, de 20 de diciembre, por la que se designa a Telefónica de España, SAU, como operador encargado de la prestación del servicio universal de telecomunicaciones, relativo al suministro de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, infringe el artículo 26.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, porque, al efectuar dicha designación se ha prescindido absolutamente del procedimiento de licitación pública establecido en dicha disposición legal, para designar al operador encargado de garantizar la prestación de dicho servicio.

En efecto, aunque desde una perspectiva funcional pudiera ser plausible la tesis defendida por el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, que expone que la designación del operador cuestionada, que fue adoptada por el Gobierno, obedecía a la necesidad de seguir las observaciones de la Comisión Permanente del Consejo de Estado efectuadas en su dictamen de 20 de diciembre de 2018, que habría advertido de la ilegalidad del proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, porque, entre otros factores, abogaba por una supresión del suministro de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago del concepto de servicio universal, lo que debía adoptarse "a través de las correspondientes reformas legales", consideramos que a este Tribunal Supremo le corresponde enjuiciar la legalidad de la disposición adicional segunda del Real Decreto 1517/2018, de 28 de diciembre, fiscalizando su ajuste al ordenamiento jurídico, conforme a lo dispuesto en el artículo 106 de la Constitución española.

Entendemos, por ello, que la irrupción en el procedimiento de elaboración del Real Decreto de estas circunstancias sobrevenida no justifica la vulneración de las garantías procedimentales exigidas por el artículo 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, (la sustanciación de un nuevo trámite de consulta pública, al producirse una modificación sustancial del texto del proyecto de norma, respecto del sometido a dicho trámite de consulta pública), ni la elusión del procedimiento de concurso público requerido para la designación del operador que debe realizarse mediante un mecanismo procedimental abierto a todas las empresas que garantice los principios de objetividad, transparencia y no discriminación, tal como expresamente requiere el artículo 26.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

Debe ponerse de relieve, al respecto, que la explicación que se ofrece en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1517/2018 impugnado, referida a que "dada la perentoriedad de los plazos, ya que el día 31 de diciembre de 2018 finaliza la designación del operador actualmente designado para la prestación del servicio universal consistente en la existencia de la oferta suficiente de teléfonos públicos de pago", que pudiera ser indicatoria del problema que se pretende solventar con la nueva disposición, así como de su necesidad y oportunidad, no justifica, sin embargo, la extensión, hasta el 31 de diciembre de 2019, de la designación efectuada en la Orden ETU/1974/2016, de 20 de diciembre, en la medida que no cabe dispensar al Gobierno de actuar de forma acorde con la exigencia constitucional de sujeción y sometimiento al principio de legalidad.

Debe señalarse que el artículo 38 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, sólo autoriza a acordar el mecanismo de designación directa del operador que va a realizar la prestación del servicio universal en aquellos supuestos en que el concurso hubiere sido declarado desierto, en cuyo caso había de seguirse un procedimiento ad hoc en que serían consultados la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la parte implicada, y la Comisión Delegada del Gobierno

para Asuntos Económicos, sin que se prevea en dicha disposición reglamentaria ninguna causa de extraordinaria o urgente necesidad que permita prescindir del procedimiento de licitación

En este sentido, cabe significar que el artículo 129.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, obliga al Gobierno, a fin de garantizar el principio de seguridad jurídica, a que las iniciativas normativas se ejerzan de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico nacional y el de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión a sus destinatarios para que puedan actuar en consecuencia, de modo que si el Gobierno hubiera querido mantener su primigenia decisión de suprimir dicho elemento del servicio universal, teniendo en cuenta que la Directiva de Servicio Universal no obliga a mantener los teléfonos públicos de pago como prestación del servicio universal, u optar, atendiendo a la recomendación del Consejo de Estado, sobre la pertinencia de establecer una oferta de teléfonos públicos de pago más reducida que la actual, para atender las necesidades de comunicación de los residentes en los pequeños municipios ubicados en zonas rurales o de montaña que forman parte de la denominada España vaciada, en que pueden presentarse dificultades de acceso a la red pública de comunicaciones electrónicas con el fin de garantizar un nivel de vida equiparable a todos los españoles, con independencia del lugar en que residan, podía haber aprobado o bien un Real Decreto-ley (ante la necesidad de no suprimir de facto dicho elemento del servicio universal), o, en su caso, un proyecto de Ley que recogiera la alternativa gubernamental definitivamente impulsada.

En consecuencia con lo razonado, procede estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. contra la disposición adicional segunda del Real Decreto 1517/2018, de 28 de diciembre, por el que se modifica el reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, que declaramos nula por no ser conforme a Derecho.

Cuarto. Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso contencioso-administrativo a ninguna de las partes.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido .

Primero.

Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la mercantil TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A. contra la disposición adicional segunda del Real Decreto 1517/2018, de 28 de diciembre, por el que se modifica el reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, que declaramos nula por no ser conforme a derecho.

Segundo.

No procede efectuar expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso contencioso-administrativo .

Tercero.



Ordenar la publicación de este fallo en el Boletín Oficial del Estado, de conformidad con el artículo 72.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa.

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

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espín Templado José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas
D^a Isabel Perelló Doménech D. José María del Riego Valledor
D. Diego Córdoba Castroverde Ángel Ramón Arozamena Laso

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.