



SECRETARÍA DEL CONSEJO PARA LA UNIDAD DE MERCADO  
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD  
Pº CASTELLANA, 162-Planta 13-d.23  
28071-MADRID

**OBSERVACIONES EN RELACIÓN CON LA RECLAMACIÓN PLANTEADA EN EL MARCO DEL PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, EN RELACIÓN CON LA FALTA DE RESOLUCIÓN DE UNA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN PARA EL USO DE INFRAESTRUCTURAS PÚBLICAS (Expte. ... Telecomunicaciones Candelaria)**

## **1. ANTECEDENTES**

Con fecha 2 de agosto de 2016 tuvo entrada en la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado (en adelante, SECUM), escrito de (...) (en adelante el informante o el interesado), presentando reclamación en el marco del procedimiento previsto en el artículo 26 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante, LGUM). Sobre dicha reclamación se solicitó mejora de la información aportada y el día 16 de agosto de 2016 se ha recibido la información interesada.

El interesado plantea que el 28 de enero de 2015 solicitó al Ayuntamiento de Candelaria (Santa Cruz de Tenerife) *“autorización para uso de las infraestructuras públicas existentes en varias calles de esa localidad, con el objeto de desplegar por las mismas una red de fibra óptica por la que aquella prestaría servicios de acceso a internet de muy alta velocidad, así como telefonía fija a los vecinos de las mismas”*. La solicitud se reiteró el 26 de agosto de 2015, manteniéndose la ausencia de contestación. Dada la persistencia de esta situación, instó ante la SECUM el procedimiento previsto en el artículo 26 de la LGUM, siendo inadmitida la correspondiente reclamación por haber superado el plazo legalmente previsto para su interposición. No obstante, inició el procedimiento regulado en el artículo 28 de la LGUM y la SECUM, en palabras de la reclamante, *“emitió Resolución no vinculante en donde determina que las limitaciones por la denegación por silencio negativo del Ayuntamiento de Candelaria al acceso a las infraestructuras públicas existentes para el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas, deberán estar fundamentadas en los principios de necesidad y proporcionalidad establecidos en los Artículos 5 y 7 de la LGUM, recordando que en caso de discrepancias por alguna de las partes respecto al acceso a las infraestructuras existentes, cualquiera de ellas pueden presentar conflicto de acceso y sus condiciones ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, quien emitirá dictamen vinculante sobre los extremos objeto del conflicto”*.

Con fecha 13 de abril de 2016 el interesado volvió a solicitar al Ayuntamiento de Candelaria el acceso a las infraestructuras públicas, sin que la solicitud fuera admitida a trámite ni contestada en el plazo previsto en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en



adelante LRJAPPAC), interesando el día 14 de julio de 2016 el certificado de silencio administrativo negativo.

Finalmente, el interesado considera que la actuación del Ayuntamiento vulnera el artículo 37 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante LGTel), y los artículos 5 y 7 de la LGUM.

La referida reclamación ha sido remitida con fecha 2 de agosto de 2016 a la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, en su condición de punto de contacto por parte de la Comunidad Autónoma de Andalucía, siéndole comunicada la ampliación de plazo para la resolución el día 16 de agosto de 2016.

## **2. MARCO NORMATIVO**

### **2.1 Normativa estatal**

El artículo 37 de la LGTel establece:

*“1. Las administraciones públicas titulares de infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas facilitarán el acceso a dichas infraestructuras, siempre que dicho acceso no comprometa la continuidad y seguridad de la prestación de los servicios de carácter público que en dichas infraestructuras realiza su titular, en condiciones objetivas, de transparencia y no discriminación a los operadores que instalen o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas, sin que en ningún caso pueda establecerse derecho preferente o exclusivo alguno de acceso a las infraestructuras citadas en beneficio de un operador determinado o de una red concreta de comunicaciones electrónicas. En particular, el acceso a dichas infraestructuras para la instalación o explotación de una red no podrá ser otorgado o reconocido mediante procedimientos de licitación.*

*2. Las entidades o sociedades encargadas de la gestión de infraestructuras de transporte de competencia estatal, así como las empresas y operadores de otros sectores distintos al de las comunicaciones electrónicas que sean titulares o gestoras de infraestructuras en el dominio público del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales o beneficiarias de expropiaciones forzosas y que sean susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas facilitarán el acceso a dichas infraestructuras a los operadores que instalen o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas, siempre que dicho acceso no comprometa la continuidad y seguridad de la prestación de los servicios que en dichas infraestructuras realiza su titular. En particular, este acceso se reconoce en relación con las infraestructuras viarias, ferroviarias, puertos, aeropuertos, abastecimiento de agua, saneamiento, y del transporte y la distribución de gas y electricidad. El acceso deberá facilitarse en condiciones de igualdad, transparencia y no discriminación.*

*3. Por infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas se entenderán tubos, postes, conductos, cajas, cámaras, armarios, y cualquier recurso asociado que pueda ser utilizado para desplegar y albergar cables de comunicaciones electrónicas, equipos, dispositivos, o cualquier otro recurso análogo necesario para el despliegue e instalación de las redes.*

*4. Mediante real decreto se determinarán los procedimientos, plazos, requisitos y condiciones en los que se facilitará el acceso a las infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas, así como las causas por las que se pueda denegar dicho acceso.*

*5. El Ministerio de Industria, Energía y Turismo podrá exigir a las administraciones públicas y sus entidades y sociedades, así como a las empresas y operadores a que se refieren los dos primeros apartados de este artículo, que suministren la información necesaria para elaborar de forma coordinada un inventario detallado de la naturaleza, la disponibilidad y el emplazamiento geográfico de las infraestructuras susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Dicho inventario se facilitará a los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.*

*6. Las partes negociarán libremente los acuerdos del acceso a que se refiere este artículo y sus condiciones, incluidas las contraprestaciones económicas. Cualquiera de las partes podrá presentar un conflicto sobre el acceso y sus condiciones ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la cual, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo indicado en la Ley 3/ 2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva.*

*7. Las administraciones públicas titulares de las infraestructuras a las que se hace referencia en este artículo tendrán derecho a establecer las compensaciones económicas que correspondan por el uso que de ellas se haga por parte de los operadores.”*

Este artículo aún no ha sido objeto de desarrollo reglamentario, aunque el correspondiente Proyecto de Real Decreto se encuentra en este momento en fase de tramitación<sup>1</sup>. El artículo 5.3 de dicho Proyecto de Real Decreto fija un plazo para el suministro de información mínima relativa a infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas y estudios sobre el terreno:

---

<sup>1</sup> La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha informado el 17 de septiembre de 2015 el Proyecto de Real Decreto por el que se regula el acceso a infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, la coordinación de obras civiles y la publicación de información sobre concesión de permisos. Posteriormente, en el Boletín Oficial del Estado de 29 de abril de 2016 se inserta el anuncio de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información por el que se publica la apertura del trámite de audiencia en un plazo de siete días hábiles a los interesados en la elaboración de dicho proyecto de Real Decreto.



*“3. Sin perjuicio de las limitaciones a las que se refiere el apartado anterior, los sujetos obligados tienen la obligación de atender las solicitudes de información mínima relativa a las infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas, otorgando el acceso a dicha información en condiciones proporcionadas, no discriminatorias y transparentes, en el plazo de dos meses a partir de la fecha de recepción de la solicitud.”*

Por su parte, en cuanto al procedimiento de concesión de permisos de obras civiles, el artículo 8 de dicho Proyecto de Real Decreto regula tanto el plazo de concesión como los motivos de denegación:

*“1. En aquellos supuestos en los que, de acuerdo con lo establecido en la Ley General de Telecomunicaciones pueda exigirse la obtención de permisos o licencias relativos a las obras civiles necesarias para desplegar elementos de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, las Administraciones Públicas concederán o denegarán los mismos dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de recepción de la solicitud completa.*

*2. El mencionado plazo de cuatro meses podrá ampliarse, con carácter excepcional, conforme a lo previsto en la normativa del procedimiento administrativo común, en aquellos casos, en los que existan razones, debidamente motivadas, de orden público, seguridad pública, salud pública, protección del medio ambiente o del patrimonio histórico-artístico, que así lo aconsejen. En cualquier caso, la prolongación del plazo será lo más breve posible.*

*3. Sin perjuicio de lo anterior, así como de lo dispuesto en la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, toda denegación de permisos o licencias relativos a las obras civiles necesarias para desplegar elementos de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad habrá de estar debidamente justificada, sobre la base de criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados.”*

### **3. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN DESDE LA ÓPTICA DE LA UNIDAD DE MERCADO**

La LGUM tiene por objeto establecer las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional. La unidad de mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.

A este respecto, la LGUM ha creado unos mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación, entre los que se encuentra el procedimiento previsto en el artículo 26 LGUM.



El interesado hace uso de este procedimiento ante la negativa del Ayuntamiento de Candelaria a responder a su solicitud de autorización para el uso de las infraestructuras públicas existentes en varias calles de esa localidad, con el objeto de desplegar por las mismas una red de fibra óptica, pues ello conculcaría las libertades de establecimiento y circulación, de acuerdo con lo preceptuado en la LGUM.

El artículo 2 de la LGUM determina el ámbito de aplicación de esta Ley, que incluye el acceso y ejercicio de las actividades económicas en condiciones de mercado.

De acuerdo con la definición de las actividades económicas, recogida en el apartado b) del Anexo de la LGUM – *cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o en la prestación de servicios* – ha de entenderse que el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas se encuentra incluido dentro del ámbito de aplicación de la LGUM.

El silencio del Ayuntamiento ante la solicitud de autorización amparada por el artículo 37 de la LGTel no es una cuestión “ex novo”, sino que supone la reiteración de una misma conducta por parte de la Entidad local, sobre la cual ya tuvo ocasión de pronunciarse la SECUM<sup>2</sup>:

*“Por otra parte, la norma reconoce a las partes el derecho a negociar libremente los acuerdos de acceso y sus condiciones, incluidas las prestaciones económicas, pudiendo presentar conflicto, cualquiera de ellas, ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, quien, previa audiencia a las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto.*

*Cabría considerar así que, atendiendo a la propia ley sectorial, el Ayuntamiento tiene tasadas las circunstancias que posibilitan una negativa al acceso a las infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas, siendo el principio general facilitar tal acceso. La falta de motivación que supone un silencio administrativo, no hace sino agravar la irregularidad del pronunciamiento.*

*Por todo ello, esta Secretaría considera que el Ayuntamiento de Candelaria debería manifestarse de forma expresa ante la solicitud del reclamante, explicando claramente los motivos de su denegación y fundamentando los criterios que le han llevado a adoptar tal decisión, de acuerdo con los principios establecidos en la LGUM.”*

La SECUM formuló asimismo las siguientes consideraciones adicionales:

*“Las limitaciones impuestas, por la denegación por silencio negativo del Ayuntamiento de Candelaria, al acceso a las infraestructuras públicas existentes para el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas, en el caso que nos ocupa, deberán estar fundamentadas en los principios de necesidad y proporcionalidad establecidos en la LGUM (artículos 5 y 17).*

---

<sup>2</sup> Informe 28.63: Telecomunicaciones: acceso a red fibra óptica.



*Además, de acuerdo con la LGTEL, en caso de discrepancias entre las partes respecto al acceso a las infraestructuras existentes, cualquiera de ellas podrá presentar conflicto sobre el acceso y sus condiciones, ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que emitirá dictamen vinculante sobre los extremos objeto del conflicto.”*

Las conclusiones y consideraciones expuestas por la SECUM con anterioridad siguen siendo en la actualidad igualmente válidas y son plenamente aplicables al caso que ahora se plantea. No cabe duda de que los principios de necesidad y proporcionalidad deben presidir las actuaciones de las Administraciones Públicas, a fin de respetar y favorecer la libertad de ejercicio de las actividades económicas por parte de los operadores económicos. Ahora bien, ello no significa que dicha libertad deba ser entendida en unos términos absolutos, de forma que las Administraciones Públicas pueden limitar su ejercicio ante la concurrencia de razones imperiosas de interés general.

La negativa a una solicitud que suponga el ejercicio de una actividad económica, en este caso la autorización para el uso de infraestructuras públicas, ha de estar en todo supuesto motivada, pues únicamente así se podrá garantizar que la actuación pública no tiene carácter arbitrario. En ese sentido, el silencio se revela como una manifestación contraria tanto al principio de transparencia como al de seguridad jurídica.

Desde esta perspectiva, cabría plantear si las reformas normativas están contribuyendo o no a resolver esta problemática. El artículo 26.6 de la LGUM no ha supuesto un avance en cuanto a los efectos del silencio con respecto a las reclamaciones planteadas por los operadores económicos, puesto que la ausencia de resolución equivale a la desestimación de dichas reclamaciones:

*“6. Transcurridos quince días desde la presentación de la reclamación, el punto de contacto correspondiente a la autoridad competente afectada informará de la resolución adoptada por ésta a la Secretaría del Consejo y a la red de puntos de contacto, indicando las medidas que se hayan adoptado para dar solución a la reclamación.*

*De no adoptarse resolución en el citado plazo, se entenderá desestimada por silencio administrativo negativo y que, por tanto, la autoridad competente mantiene su criterio respecto a la actuación objeto de la reclamación.”*

No prevé específicamente la LGUM el efecto derivado del denominado “doble silencio”, es decir, los supuestos en que a la ausencia de respuesta de la Administración a una solicitud se añade la falta de contestación a la reclamación promovida contra la primera. Carece en este caso de operatividad la presunción de que *“la autoridad competente mantiene su criterio respecto a la actuación objeto de la reclamación”*, puesto que no se ha producido de inicio ninguna manifestación acerca de la valoración que la Administración tiene en relación con la solicitud presentada.

Para una parte de la doctrina, el segundo párrafo del artículo 43.2 de la LRJAPPAC podía ser utilizado para solventar esta cuestión:



*“Asimismo, el silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.”*

Parecía deducirse que el efecto del silencio sobre el recurso de alzada interpuesto contra una resolución presunta era positivo, sin importar la materia a la que afectase. Sin embargo, la jurisprudencia se mostró contraria a esta interpretación, como expresa la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 2 de febrero de 2012:

*“En lo que interesa al presente recurso, «la sala entiende que no estamos ante un caso de silencio positivo, y ello debido a que el propio art. 43 de la ley 30/92 establece una serie de casos exceptuados, en que se establece desde la propia norma de procedimiento común el silencio negativo. Y uno de ellos es precisamente el caso de afectación al servicio público o al dominio público; tanto es así que la STS de 10 de julio de 2006 ha llegado a decir que no cabe el silencio positivo en casos de doble silencio en alzada cuando resulte afectado el dominio público.”*

Los párrafos segundo y tercero del artículo 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, han dado cobertura legal expresa al citado criterio jurisprudencial:

*“El silencio tendrá efecto desestimatorio en los procedimientos relativos al ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, impliquen el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente y en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.*

*El sentido del silencio también será desestimatorio en los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones y en los de revisión de oficio iniciados a solicitud de los interesados. No obstante, cuando el recurso de alzada se haya interpuesto contra la desestimación por silencio administrativo de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el mismo si, llegado el plazo de resolución, el órgano administrativo competente no dictase y notificase resolución expresa, siempre que no se refiera a las materias enumeradas en el párrafo anterior de este apartado.”*

La nueva Ley, en consonancia con la LGUM, ha incrementado la protección de las libertades de acceso y ejercicio de actividades económicas, mediante el inciso contenido en el primer párrafo del artículo 24.1:



*“Cuando el procedimiento tenga por objeto el acceso a actividades o su ejercicio, la ley que disponga el carácter desestimatorio del silencio deberá fundarse en la concurrencia de razones imperiosas de interés general.”*

Sin embargo, no ha incluido entre los supuestos de “doble silencio” positivo aquellos en que el ejercicio de las actividades económicas se encuentra condicionado por la transferencia de *“facultades relativas al dominio público o al servicio público”*, como ocurre en el presente caso.

Así pues, hasta este momento, la resolución de las solicitudes de autorización para el uso de infraestructuras públicas con la finalidad de desplegar redes de comunicaciones electrónicas depende exclusivamente de la voluntad del órgano competente, al igual que la resolución de la reclamación prevista en el artículo 26 de la LGUM. El incumplimiento de estas obligaciones solo puede ser corregido en vía jurisdiccional.

Es evidente que todos los órganos administrativos, cualquiera que sea la Entidad pública a la que pertenezcan, están obligados a cumplir el ordenamiento vigente y el silencio, concebido como una garantía de la ciudadanía frente a las Administraciones, no puede excusar en ningún caso la omisión del deber de contestar todas las solicitudes y reclamaciones. Ahora bien, se echa en falta, tanto en la LGTel como en el Proyecto de Real Decreto que la desarrolla, mecanismos adicionales de protección de los operadores económicos ante la pasividad de las Administraciones Públicas, siendo procedente plantearse la conveniencia de promover modificaciones normativas en este sentido.

#### **4. CONCLUSIONES**

Sobre la base de todo lo anterior, este punto de contacto considera:

1. Que la actividad de despliegue de redes de comunicaciones electrónicas se encuentra incluida dentro del ámbito de aplicación de la LGUM.
2. Que la omisión de la obligación de resolver la solicitud de autorización de acceso a infraestructuras públicas para el despliegue de dichas redes es contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad recogidos en los artículos 5 y 17 de la LGUM.
3. Que sería conveniente que desde la SECUM, contando con todas las Administraciones Públicas, pudieran promoverse modificaciones normativas en el sector de las telecomunicaciones que incrementaran la protección de los operadores económicos ante los casos de pasividad de las Entidades Públicas en el cumplimiento de sus obligaciones.

Sevilla, 23 de agosto de 2016.

AGENCIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA