

RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO ENTRE DEL-INTERNET Y ADIF RELATIVO AL ACCESO A LAS INFRAESTRUCTURAS FÍSICAS DE ESTE ÚLTIMO OPERADOR EN TARRAGONA

CFT/DTSA/054/20/DEL-INTERNET vs ADIF

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D. Mariano Bacigalupo Saggese

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xabier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

Secretario

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 18 de febrero de 2021

Vistas las actuaciones practicadas en el expediente con nº CFT/DTSA/054/20, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** adopta resolución basada en los siguientes:

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Escritos de Del-Internet interponiendo un conflicto de acceso

El 27 de febrero de 2020 tuvieron entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) dos escritos de Del-Internet Telecom, S.L.U. (Del-Internet), en virtud de los cuales interponía sendos conflictos frente al Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (Adif) relativos al acceso a determinadas infraestructuras físicas de Adif localizadas en la provincia de Tarragona.

En sus escritos, Del-Internet señalaba que desde el mes de diciembre de 2016 (sea directamente o a través de la Fundación Privada para la Red Abierta, Libre y Neutral, Guifi.net) había intentado negociar con Adif el acceso a su infraestructura ferroviaria, en concreto, a un tramo localizado entre los municipios de Flix y Móra la Nova (Tarragona), así como, a un tramo localizado entre los municipios de l'Aldea y l'Ampolla (Tarragona). Dichas solicitudes de acceso a la infraestructura física de Adif se habrían efectuado, a su juicio, en los términos establecidos en el artículo 4 del Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre,

relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad (Real Decreto 330/2016).

Según Del-Internet, Adif no habría atendido sus solicitudes de acceso, incumpliendo así con lo establecido en la citada norma.

SEGUNDO.- Comunicación de inicio del procedimiento y suspensión del cómputo de los plazos administrativos

Mediante escritos de 19 de marzo de 2020, se comunicó a Del-Internet y Adif el inicio del procedimiento administrativo para resolver el presente conflicto de acceso, con arreglo a la normativa sectorial y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 y 21.4, párrafo segundo, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Dada la identidad sustancial e íntima conexión de los dos escritos de Del-Internet mencionados en el antecedente de hecho primero, y de conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la LPAC, se acordó la acumulación de los mismos en un único procedimiento, con número de referencia CFT/D TSA/054/20.

Asimismo, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, se informó a los interesados de que, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto, se suspendían términos y se interrumpían los plazos para la tramitación del procedimiento. En el escrito se señalaba asimismo que el cómputo de los plazos se reanudaría en el momento en que perdiera vigencia el referido Real Decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo.

TERCERO.- Reanudación del cómputo de los plazos administrativos y requerimiento de información a Adif

Con efectos desde el 1 de junio de 2020, y según lo establecido en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, se procedió a la reanudación del cómputo de los plazos administrativos que habían sido suspendidos.

Este hecho fue puesto de manifiesto a los interesados, Del-Internet y Adif, mediante escritos de fecha 2 y 3 de junio de 2020, respectivamente.

En el escrito de fecha 3 de junio de 2020, se requirió asimismo de Adif determinada información, necesaria para el conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución.

CUARTO.- Alegaciones de Adif y contestación al requerimiento de información

El 18 de junio de 2020, Adif dio contestación al requerimiento de información de la CNMC, efectuando asimismo este operador una serie de observaciones en relación con el escrito de Del-Internet de interposición del conflicto.

QUINTO.- Trámite de audiencia y alegaciones de los interesados

El 17 de noviembre de 2020, y de conformidad con lo estipulado en el artículo 82 de la LPAC, se notificó a Del-Internet y Adif el informe de la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual (DTSA), emitido en el trámite de audiencia, otorgándoles el debido plazo para que efectuaran sus alegaciones y aportaran los documentos que estimaran pertinentes.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la LPAC, el informe de la DTSA fue asimismo comunicado a la empresa Red Eléctrica Infraestructuras de Telecomunicación, S.A. (Reintel), dado que en el mismo se hacía referencia a un acuerdo suscrito entre Adif y Reintel relativo a la cesión de los derechos de uso y gestión de la explotación de la red de cables de fibra óptica y demás elementos asociados propiedad de Adif no dedicada al servicio ferroviario.

Adif presentó sus observaciones al informe emitido en trámite de audiencia en fecha 2 de diciembre de 2020. Del-Internet y Reintel no han presentado observaciones al informe de la DTSA.

SEXTO.- Informe de la Sala de Competencia

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 21.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (LCNMC), y del artículo 14.2.i) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, la Sala de Competencia de la CNMC ha emitido informe sin observaciones.

A los anteriores Antecedentes de hecho son de aplicación los siguientes

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

ÚNICO.- Habilitación competencial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Las competencias de la CNMC para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones.

Tal y como señala el artículo 6.5 de la LCNMC, este organismo “*supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas*”, correspondiéndole a estos efectos “*realizar las funciones*”

atribuidas por la [Ley General de Telecomunicaciones], y su normativa de desarrollo”.

El artículo 37.2 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (LGTel) regula el acceso a las infraestructuras de las empresas y operadores de otros sectores distintos al de las comunicaciones electrónicas (incluyendo entre otras las entidades o sociedades encargadas de la gestión de infraestructuras de transporte de competencia estatal) que sean susceptibles de ser utilizadas para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Según recoge el apartado 6 del citado artículo 37, *“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”.*

En similares términos, el artículo 70.2.d) de la referida Ley señala que corresponde a la CNMC *“resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 15 de la presente Ley”*, incluyendo en particular la resolución de los *“conflictos sobre el acceso a infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas y el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas titularidad de los órganos o entes gestores de infraestructuras de transporte de competencia estatal, en los términos establecidos por los artículos 37 y 38 de la presente Ley”*¹.

Por su parte, el Real Decreto 330/2016 desarrolla el contenido de las obligaciones que deben asumir los sujetos obligados (entre ellas, las empresas que proporcionen infraestructuras físicas destinadas a prestar servicios de transporte, incluidos los ferrocarriles, las carreteras, los puertos y los aeropuertos, incluyendo a las entidades o sociedades encargadas de la gestión de infraestructuras de transporte de competencia estatal) para facilitar el acceso a infraestructuras físicas de su titularidad susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, así como a la información mínima que permitirá instrumentalizar el acceso a dichas infraestructuras. La citada norma establece en su artículo 4.8 que *“cualquiera de las partes podrá plantear*

¹ El artículo 15.1 de la LGTel determina que *“la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que se susciten en relación con las obligaciones existentes en virtud de la presente Ley y su normativa de desarrollo entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, de acuerdo con la definición que se da a los conceptos de acceso e interconexión en el anexo II de la presente Ley. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo indicado en la Ley de creación de esta Comisión, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva”.*

el conflicto ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuando se deniegue el acceso o cuando transcurrido el plazo de dos meses mencionado en el apartado 7, no se llegue a un acuerdo sobre las condiciones en las que debe producirse el mismo, incluidos los precios, sin perjuicio del posible sometimiento de la cuestión ante los tribunales”.

Atendiendo a lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, el órgano decisorio competente para la resolución del presente procedimiento es la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC.

Por último, este procedimiento, en lo no previsto por la LCNMC y la LGTel, se registrará por lo establecido en la LPAC.

III FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

PRIMERO.- Hechos que dan lugar a la interposición del conflicto

Del-Internet señala que en el mes de diciembre de 2016 remitió dos escritos a Adif, en virtud de los cuales formulaba una solicitud formal de acceso, en los términos establecidos en el artículo 4 del Real Decreto 330/2016, a la infraestructura ferroviaria de Adif en los siguientes tramos: (i) tramo localizado entre los municipios de Flix y Móra la Nova (Tarragona); (ii) tramo localizado entre los municipios de l’Aldea y l’Ampolla (Tarragona).

Ante la falta de respuesta de Adif, Del-Internet reiteró en octubre de 2018 sus solicitudes de acceso a la infraestructura física de este agente.

En relación con el tramo Flix-Móra la Nova, Adif siguió sin dar respuesta a la solicitud de Del-Internet en el plazo de dos meses contemplado en el Real Decreto 330/2016, incumpliendo así, según Del-Internet, con lo establecido en la citada norma.

En relación con el tramo l’Aldea-l’Ampolla, Adif remitió en fecha 15 de febrero de 2019 un escrito a Del-Internet, por el que ponía de manifiesto que, en relación con la solicitud de este operador, operaba la figura del silencio negativo, en los términos recogidos en el Reglamento del Sector Ferroviario, aprobado por Real Decreto 2387/2004, de 30 de diciembre.

En particular, en su escrito, Adif hacía referencia al artículo 25.2 del citado Reglamento del Sector Ferroviario, según el cual “[e]n la zona de dominio público, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 30, sólo podrán realizarse obras e instalaciones, previa autorización del administrador de infraestructuras ferroviarias, cuando sean necesarias para la prestación del servicio ferroviario o cuando la prestación de un servicio público o de un servicio o actividad de interés general así lo requiera. Excepcionalmente y por causas debidamente

*justificadas, podrá autorizarse el cruce de la zona de dominio público, tanto aéreo como subterráneo, por obras e instalaciones de interés privado*². Según Adif, por tanto, la solicitud de Del-Internet debía entenderse desestimada, al no haberse autorizado por el gestor de la infraestructura ferroviaria de manera expresa el acceso a su infraestructura.

La denegación del acceso al tramo l'Aldea-l'Ampolla por parte de Adif dio lugar a la remisión de dos nuevos escritos a Adif por parte del operador solicitante, de fechas 4 de marzo y 17 de octubre de 2019. En dichos escritos, se ponía de manifiesto que, dada la discrepancia entre las partes acerca de la configuración del derecho de acceso a la infraestructura física recogido en el Real Decreto 330/2016, Del-Internet se reservaba la posibilidad de interponer el correspondiente conflicto ante la CNMC.

Finalmente, como se ha señalado, en fecha 27 de febrero de 2020 Del-Internet interpuso dos conflictos de acceso frente a Adif, en relación con los hechos aquí descritos.

En sus alegaciones al inicio del conflicto, Adif destaca una serie de cuestiones, que, en su opinión, justifican su negativa a autorizar el acceso a su infraestructura en los términos pretendidos por Del-Internet:

- En primer lugar, como se ha visto, Adif se remite al régimen de autorización previa fijado en el artículo 25.2 del Reglamento del Sector Ferroviario. Adif invoca asimismo el artículo 29 del Reglamento (“Procedimiento de otorgamiento de las autorizaciones”), que en su apartado 1 establece que *“transcurridos tres meses desde la fecha de recepción de la solicitud, sin que el administrador de infraestructuras ferroviarias haya adoptado y notificado expresamente la resolución, se entenderá denegada la autorización”*.
- En segundo lugar, Adif considera que las solicitudes de Del-Internet no se ajustan a las previsiones contenidas en la LGTel y el Real Decreto 330/2016, al no limitarse la petición de acceso al despliegue de una red de comunicaciones electrónicas de fibra óptica. A este respecto, según Adif, Del-Internet habría previsto la instalación de un subconducto de 40mm para albergar su red, que no tendría la consideración de red de comunicaciones electrónicas en los términos de la normativa sectorial vigente.
- En tercer lugar, Adif se refiere a la operación de concentración económica del año 2014³, en virtud de la cual acordó la cesión de los derechos de uso y gestión de la explotación de la red de cables de fibra óptica y demás elementos asociados propiedad de Adif no dedicada al servicio ferroviario

² El subrayado es añadido.

³ Dicha operación de concentración fue autorizada por la CNMC mediante Resolución de 3 de julio de 2014, en el expediente C/0575/14 REI / ACTIVOS ADIF.

a Reintel⁴. En dichos acuerdos, Reintel asume la obligación de facilitar a terceros el acceso o uso de la red de fibra óptica en condiciones equitativas y no discriminatorias. Adif considera por tanto que existen medios alternativos viables de acceso a la infraestructura de red física al por mayor, en los términos del artículo 4.7.f) del Real Decreto 330/2016, que deberían permitir a Adif proceder a la denegación de la solicitud de acceso de Del-Internet.

- En cuarto lugar, Adif indica que las solicitudes de acceso de Del-Internet conllevarían la realización de una serie de trabajos en horarios que podrían comprometer la seguridad del tráfico ferroviario, al estar previstas las actuaciones en horarios distintos al de las bandas de mantenimiento nocturno (que es el horario preferente para garantizar dicha seguridad). Adif señala asimismo que las actuaciones en la infraestructura ferroviaria planteadas por Del-Internet deberían, en todo caso, llevarse a cabo por personal de la propia Adif o sus contratadas, dado el carácter estratégico de sus infraestructuras.
- En quinto lugar, y siempre según Adif, en los tramos por los que Del-Internet pretende desplegar su red de fibra óptica podría ser necesario proceder a la realización de obra civil en dominio público. Las propias solicitudes de acceso de Del-Internet no descartan la posible realización de obras o instalaciones fijas en dominio público. En este contexto, la solicitud de Del-Internet debería haber venido acompañada de un proyecto de obras o instalaciones, en los términos contemplados en el artículo 29.2 del Reglamento del Sector Ferroviario⁵.

SEGUNDO.- Normativa sectorial de telecomunicaciones aplicable a la resolución del presente procedimiento

Para la resolución del presente conflicto deberá estarse a lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones, así como en la demás normativa específica que pueda resultar de aplicación.

Según el artículo 37.2 de la LGTel:

“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

⁴ Red Eléctrica Infraestructuras de Telecomunicación, S.A. (Reintel) es una filial perteneciente al Grupo Red Eléctrica.

⁵ Según el artículo 29.2 del Reglamento del Sector Ferroviario, “en caso de que la solicitud de autorización pretendiera la realización de obras o instalaciones en la zona de dominio público para el establecimiento de un servicio público o de interés general, aquella deberá acompañarse de un proyecto de obras e instalaciones y los documentos que acrediten su conformidad con el planeamiento urbanístico o las autorizaciones urbanísticas exigibles. En todo caso, se deberá justificar el interés general de la necesidad de la ocupación del dominio público que se solicita”.

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”.

En el mismo sentido, de conformidad con el artículo 4.2 del Real Decreto 330/2016:

“los sujetos obligados deberán atender y negociar las solicitudes de acceso a su infraestructura física al objeto de facilitar el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad”.

Con carácter general, Adif es un sujeto obligado, al entenderse como tales entre otras a las empresas que proporcionen infraestructuras físicas destinadas a prestar servicios de transporte (incluidos los ferrocarriles, las carreteras, los puertos y los aeropuertos), incluyendo a las entidades o sociedades encargadas de la gestión de infraestructuras de transporte de competencia estatal (ver artículo 3.5.c) del Real Decreto 330/2016).

Por otro lado, en relación con los sujetos beneficiarios del régimen de acceso, el concepto de red de comunicaciones electrónicas de alta velocidad está asimismo definido en el Real Decreto 330/2016 como *“red de comunicaciones electrónicas, incluyendo tanto redes fijas como móviles, capaz de prestar servicios de acceso de banda ancha a velocidades de al menos 30 Mbps por abonado”* (artículo 3.2). La red de fibra óptica que Del-Internet pretende desplegar es una red de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, en los términos establecidos en el Real Decreto 330/2016⁶.

El artículo 4 del Real Decreto 330/2016 delimita el contenido de la solicitud de acceso que los operadores interesados en desplegar redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad deben remitir a los sujetos obligados. Según el apartado 4 del citado artículo, la solicitud de acceso deberá especificar, como mínimo, (i) el motivo de acceso a la infraestructura; (ii) la descripción de elementos a desplegar en la infraestructura; (iii) el plazo en el que se producirá el despliegue en la infraestructura; y (iv) la zona en la que se tiene intención de desplegar elementos de las redes de comunicaciones electrónicas de alta

⁶ Del-Internet figura inscrito en el Registro de Operadores, desde el 13 de noviembre de 2014, como operador autorizado para la explotación de una red terrestre (fibra óptica) (expediente RO/DTSA/1885/14). Del-Internet figura asimismo inscrito, entre otras actividades, como operador autorizado para la explotación de una red basada en la utilización del dominio público radioeléctrico a través de frecuencias de uso común, transporte de la señal de los servicios de comunicación audiovisual, transmisión de datos (proveedor de acceso a Internet, interconexión de redes de área local) y explotación de una red terrestre (fibra oscura).

velocidad. la solicitud de acceso deberá venir acompañada de una declaración de confidencialidad en relación a cualquier información que se reciba como resultado del acceso a la infraestructura.

Por último, el artículo 4.7 del Real Decreto 330/2016 establece un plazo de dos meses para la negociación de las condiciones de acceso, y señala que cualquier denegación de acceso deberá justificarse de manera clara al solicitante, exponiendo los motivos en los que se fundamenta.

TERCERO.- Valoración de las cuestiones planteadas

Como consta en el expediente, en diciembre de 2016 -y posteriormente, en octubre de 2018- Del-Internet remitió dos solicitudes a Adif, relativas al acceso a su infraestructura ferroviaria en dos tramos de la provincia de Tarragona. En lo que se refiere al primer tramo (Flix-Móra la Nova), Adif no dio respuesta alguna a la petición de Del-Internet. En lo que concierne al segundo tramo (l'Aldea-l'Ampolla), Adif remitió en febrero de 2019 un escrito a Del-Internet, en el que señalaba que, según lo previsto en la normativa sectorial ferroviaria, su solicitud debía entenderse desestimada por silencio negativo.

Para la resolución del procedimiento, deben por tanto analizarse los efectos del silencio, al entender Adif que sobre la base de esta figura no le resulta exigible seguir tramitando las solicitudes de acceso de Del-Internet. Sin embargo, y como se verá a continuación, resulta perfectamente posible compatibilizar la normativa sectorial de telecomunicaciones, que regula la petición de acceso a la infraestructura física formulada por Del-Internet, con la normativa ferroviaria referida por Adif en la instrucción del procedimiento. Asimismo, será preciso atender a la normativa que con carácter general regula el desarrollo del procedimiento administrativo.

Por otra parte, en su escrito de alegaciones al inicio del procedimiento, Adif efectúa una serie de valoraciones adicionales, que en su opinión justifican su negativa a tramitar las solicitudes de acceso formuladas por Del-Internet, y que por lo tanto deben ser asimismo objeto de consideración.

III.1 Efectos del silencio

Según dispone el artículo 24.1 de la LPAC, *“en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, [...] el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado o interesados para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho de la Unión Europea o de Derecho internacional aplicable en España establezcan lo contrario. [...] 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*⁷.

Por consiguiente, en un caso como el presente y sin perjuicio de lo que establece la normativa del sector ferroviario, debe entenderse que el vencimiento del plazo máximo de dos meses contemplado en el Real Decreto 330/2016 sin notificación de una resolución expresa no puede tener efectos estimatorios, al tratarse de una solicitud de acceso a infraestructuras situadas en dominio público o que afectan al servicio público.

Por otra parte, según lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), las Administraciones Públicas –entre las que se engloban las entidades públicas empresariales como Adif⁸- han de adecuar su actuación al cumplimiento de una serie de principios generales, entre otros, el de objetividad y eficacia, servicio efectivo a los ciudadanos, racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos y de las actividades materiales de gestión. De todos ellos se desprende que las Administraciones Públicas están obligadas a atender las solicitudes que formulan los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos, y tramitar los procedimientos de la forma más eficaz, eficiente y ágil posible.

A este respecto, el artículo 24.3 de la LPAC dispone que *“la obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 21 se sujetará al siguiente régimen: a) [...]; b) en los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio”*.

Aplicados estos principios de la actuación administrativa al presente conflicto, cabe concluir que la desestimación de las solicitudes de acceso de Del-Internet, por silencio negativo⁹, no exonera a Adif de su obligación de dictar una resolución

⁷ El subrayado es añadido.

⁸ Según el apartado 3 del artículo 2 de la LRJSP, tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2 (esto es, cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas y que son parte integrante del sector público institucional). Según el artículo 103 de la LRJSP, las entidades públicas empresariales son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia, patrimonio propio y autonomía en su gestión, que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado y que junto con el ejercicio de potestades administrativas desarrollan actividades prestacionales, de gestión de servicios o de producción de bienes de interés público, susceptibles de contraprestación. Las entidades públicas empresariales dependen de la Administración General del Estado o de un organismo autónomo vinculado o dependiente de ésta, al que le corresponde la dirección estratégica, la evaluación de los resultados de su actividad y el control de eficacia.

⁹ Como se ha indicado, ver a estos efectos asimismo el artículo 29.1 del Reglamento del Sector Ferroviario (“Procedimiento de otorgamiento de las autorizaciones”), conforme al cual *“transcurridos tres meses desde la fecha de recepción de la solicitud, sin que el administrador de*

expresa (estimatoria o desestimatoria), incluso si la misma se produce en un momento temporal posterior al plazo en que la resolución debería haberse dictado.

Idénticas conclusiones pueden extraerse de la respuesta de la Comisión Europea a la Petición nº 1230/2016 al Parlamento Europeo¹⁰, por la que se solicitan aclaraciones sobre la interpretación de la Directiva nº 2014/61/UE. En su respuesta, la Comisión Europea señala que la Directiva no contempla otros plazos alternativos al plazo de dos meses allí fijado para la tramitación de solicitudes de acceso a las infraestructuras físicas. Este plazo resulta por tanto de aplicación a todos los operadores de red, lo cual incluye en su caso también a las autoridades públicas que como titulares de infraestructuras se sujetan al real decreto analizado.

La Comisión Europea señala asimismo que *“en caso de que el operador de la red en el sentido de esta definición fuera una autoridad pública, el hecho de que se abstuviera de responder no constituiría una denegación basada en criterios objetivos, transparentes y proporcionados, como dispone la Directiva, y las partes estarían facultadas para elevar el asunto al organismo de resolución de controversias a nivel nacional, de conformidad con el artículo 3, apartado 4, de la Directiva”*.

En opinión de esta Comisión, el Reglamento del Sector Ferroviario, referido por Adif, resulta perfectamente coherente con las conclusiones arriba alcanzadas.

En efecto, como se ha visto, según el artículo 25.2 del Reglamento del Sector Ferroviario, *“[e]n la zona de dominio público, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 30, sólo podrán realizarse obras e instalaciones, previa autorización del administrador de infraestructuras ferroviarias, cuando sean necesarias para la prestación del servicio ferroviario o cuando la prestación de un servicio público o de un servicio o actividad de interés general así lo requiera. Excepcionalmente y por causas debidamente justificadas, podrá autorizarse el cruce de la zona de dominio público, tanto aéreo como subterráneo, por obras e instalaciones de interés privado”*¹¹.

El Reglamento del Sector Ferroviario prevé por consiguiente la autorización expresa del administrador de infraestructuras ferroviarias, antes de que se pueda proceder a la realización de obras e instalaciones en una zona de dominio público¹². Este requisito es, en todo caso, como se ha visto, plenamente

infraestructuras ferroviarias haya adoptado y notificado expresamente la resolución, se entenderá denegada la autorización”.

¹⁰ Disponible en:

https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/PETI/CM/2017/09-07/1127333ES.pdf

¹¹ El subrayado es añadido.

¹² Según el apartado 1 del artículo 25 del Reglamento del Sector Ferroviario, *“la zona de dominio público comprende los terrenos ocupados por las líneas ferroviarias que formen parte de la Red Ferroviaria de Interés General y una franja de terreno de ocho metros a cada lado de la*

compatible con el contenido del artículo 24.1 de la LPAC, y los efectos desestimatorios del silencio en aquellos supuestos en que se transfirieren al solicitante facultades relativas al dominio público o al servicio público (como ocurre en el caso de las solicitudes planteadas por Del-Internet).

Pero en ningún caso dicho precepto exige a Adif de su obligación de analizar y resolver -aun cuando haya vencido el plazo máximo de resolución- de manera expresa las solicitudes de acceso planteadas por un operador de comunicaciones electrónicas, atendiendo a los principios sentados en el propio artículo 24 de la LPAC (esto es, sin vinculación alguna al sentido del silencio), así como, en el Real Decreto 330/2016 (esto es, bien garantizando el acceso, bien motivando de manera clara las razones por las que debe denegarse el mismo, sobre la base de criterios objetivos, transparentes y proporcionados tales como los contemplados en el artículo 4.7).

III.2 Otras cuestiones planteadas por Adif

En sus alegaciones al inicio del procedimiento de referencia, así como en sus observaciones al informe emitido en trámite de audiencia, Adif señala en primer lugar que las solicitudes de acceso de Del-Internet podrían exceder del ámbito de aplicación contemplado en la LGTel y el Real Decreto 330/2016, al estar prevista la instalación de un subconducto de 40mm, que permitiría alojar la red de fibra óptica que Del-Internet tiene previsto desplegar.

En relación con esta cuestión, el tendido de una red de comunicaciones electrónicas (en este caso, una red de fibra óptica) puede venir acompañado de las instalaciones accesorias que resulten necesarias para garantizar la seguridad y el correcto funcionamiento de la red (como es el caso de los subconductos), sin que la mera instalación de dichos elementos permita poner en cuestión el hecho de que un operador de comunicaciones electrónicas pretende desplegar una red de alta velocidad.

A modo de ejemplo, la oferta mayorista de acceso a registros y conductos de Telefónica (oferta MARCo)¹³ regula en detalle los procedimientos de instalación de recursos de subconductación, que permiten la compartición de infraestructuras de forma eficiente¹⁴. La clave está en la necesidad de utilizar una infraestructura pasiva existente, aunque el solicitante deba proteger su red con un subconducto, como ocurre con el acceso a la oferta MARCo ya comentado.

En segundo lugar, Adif considera que, en línea con la excepción prevista en el artículo 4.7.f) del Real Decreto 330/2016, existen medios viables de acceso

plataforma, medida en horizontal y perpendicularmente al eje de la misma, desde la arista exterior de la explanación”.

¹³ Disponible en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/telecomunicaciones/concrecion-desarrollo-obligaciones>.

¹⁴ Ver en particular sección 3.5 de la normativa técnica de compartición de infraestructuras para MARCo, “*Condiciones relativas al uso compartido de los conductos*”.

alternativos al acceso a su infraestructura física. A este respecto, Adif recuerda que el operador Reintel ha asumido, en virtud del acuerdo de cesión de los derechos de uso y gestión de la explotación de la red de cables de fibra óptica suscrito entre Adif y Reintel en 2014, la obligación de ofrecer a terceros el acceso o uso de la fibra óptica objeto del acuerdo, en condiciones equitativas y no discriminatorias.

En relación con esta cuestión, el artículo 4.7.f) del Real Decreto 330/2016 dispone que *“cualquier denegación de acceso deberá justificarse de manera clara al solicitante, en el plazo máximo de dos meses a partir de la fecha de recepción de la solicitud de acceso completa, exponiendo los motivos en los que se fundamenta. La denegación deberá basarse en criterios objetivos, transparentes y proporcionados, tales como: [...] f) La disponibilidad de medios alternativos viables de acceso a la infraestructura de red física al por mayor facilitados por el sujeto obligado y que sean adecuados para el suministro de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, siempre que dicho acceso se ofrezca en condiciones justas y razonables”*.

En opinión de este organismo, la provisión de un servicio de acceso a la red de fibra oscura por parte de un tercero (Reintel) no puede considerarse una alternativa viable al acceso a la infraestructura física que el propio sujeto obligado (Adif) ha de poner a disposición de los operadores de comunicaciones electrónicas. Debe asimismo señalarse que, ni en sus comunicaciones con Del-Internet, ni a largo de la tramitación del presente conflicto, Adif ha puesto de manifiesto las razones por las que, en su opinión, cabría considerar ambos tipos de acceso (acceso a la infraestructura física de Adif; acceso a la red de fibra oscura de Reintel) equivalentes desde el punto de vista de un operador alternativo, que puede estar interesado -si el despliegue resulta viable- en proceder al tendido de sus propias redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

En tercer lugar, Adif alude a una serie de deficiencias detectadas en las solicitudes de acceso de Del-Internet. En particular, según Adif, Del-Internet debería haber tomado en consideración, a la hora de formular su petición, los requisitos existentes en materia de seguridad ferroviaria, conforme a los cuales el tendido de las redes de fibra debe llevarse a cabo en determinados horarios, y cualquier actuación habría de ser ejecutada por la propia Adif o sus contratadas, para evitar cualquier afectación a las instalaciones ferroviarias.

En contestación a estas observaciones, resulta importante indicar en primer lugar que las mismas no han sido puestas de manifiesto a Del-Internet, sino que sólo han sido invocadas por Adif en los escritos remitidos a la CNMC en el marco de este procedimiento. Estos aspectos no parecen constituir, por otra parte, motivo suficiente para denegar el acceso, puesto que son cuestiones que deberían poder ser subsanadas por Del-Internet en el marco de las negociaciones que las partes deben mantener. A este respecto, cabe recordar que el Real Decreto 330/2016 exige de los sujetos obligados que atiendan y

negocien las solicitudes de acceso a su infraestructura física al objeto de facilitar el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, sin que de la existencia de este deber pueda deducirse una obligación de atender las peticiones de acceso incondicionalmente (esto es, sin que sea posible que, fruto de las negociaciones que las partes deben mantener, se lleven a cabo ajustes en los términos inicialmente planteados por el operador solicitante).

En definitiva, la determinación de los horarios y las condiciones en que Del-Internet debería proceder al tendido de su red de fibra óptica, son aspectos que podrían ser objeto de análisis por las partes en el curso de la negociación del acceso.

Por último, en sus alegaciones al informe emitido en trámite de audiencia, Adif indica que los tramos por los que Del-Internet pretende desplegar su red de fibra óptica no disponen de infraestructura física continua para desplegar dichos cables, por lo que sería necesario realizar obra civil en terreno de dominio público ferroviario¹⁵. En la misma línea, Adif señala que, de las solicitudes de acceso cursadas por Del-Internet, no se puede descartar que el tendido de la red de fibra óptica de dicho operador precise -además del acceso a la infraestructura física de Adif- de la realización de obras o instalaciones fijas adicionales en zonas de dominio público.

A estos efectos, Adif se remite al artículo 29.2 del Reglamento del Sector Ferroviario, conforme al cual en el caso de que la solicitud de autorización pretenda la realización de obras o instalaciones en la zona de dominio público para el establecimiento de un servicio público o de interés general, el solicitante deberá acompañar su solicitud de un proyecto de obras e instalaciones, motivando el interés general de la necesidad de la ocupación del dominio público. Adif señala asimismo que el proyecto de obras que se presente deberá ser valorado a la luz del artículo 4.7 del Real Decreto 330/2016, que prevé una serie de causas (tales como la falta de idoneidad técnica de la infraestructura física o la falta de disponibilidad de espacio) en virtud de las cuales el sujeto obligado podría decidir denegar el acceso.

Tal y como indica Adif, el artículo 4.7 del Real Decreto 330/2016 se refiere a la posible existencia de causas objetivas que permitirían proceder a denegar el acceso pretendido por un operador solicitante. A este respecto, el Real Decreto 330/2016 fija un plazo máximo de dos meses, a partir de la presentación de la solicitud, para que se produzca el acceso o, en su defecto, el sujeto obligado justifique de manera motivada las causas por las que procede denegar el mismo.

En sus comunicaciones con Del-Internet, Adif no ha puesto, sin embargo, de manifiesto la existencia de causas objetivas que justificarían la denegación del

¹⁵ Según Adif, mientras la red cedida a Reintel discurre tanto en tendido aéreo como enterrado, en la actualidad y por razones de seguridad Adif ya no instala fibra óptica por tendido aéreo, por lo que en tramos donde no existe infraestructura enterrada sería preciso que Del-Internet acometiera la correspondiente obra civil para instalar la infraestructura.

acceso, habiendo sido estas causas invocadas exclusivamente durante la tramitación del procedimiento de referencia ante la CNMC. En efecto, como se ha visto, la única causa esgrimida por Adif para justificar la desestimación de la solicitud de Del-Internet fue la pretendida aplicación de la figura del silencio negativo, en los términos expuestos en la presente resolución.

Dado lo que antecede, y de conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 330/2016, Adif deberá atender y negociar las solicitudes de acceso a su infraestructura física formuladas por Del-Internet en un plazo de dos meses, a partir de la notificación de la presente resolución, o justificar, en su caso, las razones por las que cabe denegar el acceso (tales como la necesidad, debidamente acreditada, de efectuar obras o instalaciones en zonas de dominio público, y de llevar, por consiguiente, a cabo el correspondiente proyecto de obras e instalaciones, en los términos previstos en el Reglamento del Sector Ferroviario).

En línea con la práctica decisonal de este organismo¹⁶, se recuerda, asimismo, que la denegación del acceso a la infraestructura física sobre la base de argumentos genéricos no resultará admisible, pues presupondría, *de facto*, vaciar de contenido las previsiones establecidas en el artículo 37 de la LGTel y su normativa de desarrollo.

En particular, en relación con los hechos puestos de manifiesto en el presente procedimiento, la mera necesidad de llevar a cabo obras o instalaciones adicionales, puestas de manifiesto en el correspondiente proyecto, no podrá constituir *per se* –sin que se expliciten los motivos objetivos que impiden la realización de dicho proyecto- una causa de denegación de la solicitud de acceso formulada a la infraestructura de Adif. La denegación de la solicitud de acceso podrá, por otra parte, dar lugar, en caso de que se considere que la misma no resulta procedente, a la interposición del correspondiente conflicto ante este organismo.

Por todo cuanto antecede, la Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

RESUELVE

ÚNICO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 330/2016, de 9 de septiembre, relativo a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, el

¹⁶ Ver en particular Resolución de 7 de noviembre de 2018 del conflicto de acceso entre Magtel y la Dirección General de Tráfico en relación con la falta de información sobre infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas (CFT/DTSA/022/17); Resolución de 11 de diciembre de 2019 del conflicto de acceso entre Aireon y la Dirección General de Carreteras en relación con la información sobre infraestructuras físicas susceptibles de alojar redes de comunicaciones electrónicas (CFT/DTSA/008/19).

Administrador de Infraestructuras Ferroviarias deberá atender y negociar las solicitudes de Del-Internet Telecom, S.L.U. de acceso a sus infraestructuras físicas en los tramos localizados entre los municipios de (i) Flix y Móra la Nova (Tarragona) y (ii) l'Aldea y l'Ampolla (Tarragona), en el plazo máximo de dos meses a partir de la notificación de la presente Resolución.

En el caso de que, en el citado plazo de dos meses, el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias concluya que procede denegar el acceso a Del-Internet Telecom, S.L.U. a sus infraestructuras físicas, deberá justificar dicha negativa de manera clara al solicitante, exponiendo los motivos en los que se fundamenta. La denegación deberá basarse en criterios objetivos, transparentes y proporcionados.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.