

**RECLAMACIÓN
al DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO
para que inste a la COMISIÓN EUROPEA
a que vele por el efectivo cumplimiento de la
normativa europea relativa a Telecomunicaciones
y Competencia en los estados miembros, y en
España en particular**

- 1 -

European Broadband Awards 2015 - Comissió Europea

Premi Nacional de Telecomunicacions - Generalitat de Catalunya

Registre de Fundacions de la Generalitat de Catalunya 2550. Registre d'ONG per al Desenvolupament 335. Cens d'Entitats de Voluntariat. Registre d'Operadors de Telecomunicacions de la CNMC.

Fundació privada per a la Xarxa Oberta, Lliure i Neutral, guifi.net.

Edif. Escoles Antigues C.D. 3210 Ctra. Sant Bartomeu, qm 4. 08503 Gurb. Domicili social al Mas l'Esperança.

NIF G64918212

621 201 884

fundacio@guifi.net

<http://fundacio.guifi.net>

Índice de contenidos

1.- Quienes somos y que hacemos.....	3
2.- Antecedentes y motivaciones de la reclamación.....	3
2.a.- Tipos de obstaculización.....	3
2.b.- Antecedentes.....	4
2.b.1.- Relativos al acceso a infraestructuras existentes y la Directiva 2014/61/CE de reducción de costes.....	4
2.b.2.- Relativos a prácticas contrarias a la Competencia.....	5
2.b.2.a.- Abusos de posición por sobre-inversión depredadora.....	6
2.b.2.b.- Clientelismo en la administración.....	6
2.b.2.c.- Actuaciones en situación de conflicto de interés.....	7
2.b.2.d.- Regulación cautiva y barreras de entrada.....	8
2.c.- Perjuicios causados.....	9
3.- Nuestra reclamación.....	10
4.- Lo que pedimos al Defensor del Pueblo Europeo.....	10

1.- Quienes somos y que hacemos

Nuestra Fundación es una entidad que en sus Estatutos establece que actúa en neutralidad, sin ánimo de lucro, en ausencia de conflictos de interés económico, sin obediencia política ni de ninguna administración; que tiene por objetivo la fomentar el acceso de la ciudadanía a Internet a través de una infraestructura de telecomunicaciones construidas a partir de las aportaciones que libremente proporcionan los participantes de forma que constituye como bien común.

Se constituyó como fundación hace ya más de 10 años para dar continuidad y personalidad jurídica a iniciativas ciudadanas "*bottom-up*" que vienen desarrollándose hace más de 15 años mediante las cuales los participantes resuelven la brecha digital proporcionando alternativas a los operadores de telecomunicaciones tradicionales con intereses económicos estrictamente privados.

En un principio estas acciones se limitaban al despliegue de radio enlaces desde los hogares mediante tecnología "wifi".

Una vez constituida la Fundación, a partir del 2.008 aprovechamos la personalidad jurídica obtenida para promover proyectos de mucho mayor alcance como son los de despliegue de redes de fibra óptica incluyendo zonas rurales. Esta iniciativa en su momento lo denominamos como "FFTF" (Fibra des de las Granjas"), en contraposición a las siglas "FTTH" (Fibra hacia los Hogares") que usaba el sector, para referirnos a que nos proponemos conectar cualquier lugar tomando la iniciativa desde la ciudadanía y hacia Internet en contraposición del sentido inverso, desde los operadores tradicionales de telecomunicaciones hacia sus clientes.

2.- Antecedentes y motivaciones de la reclamación

2.a.- Tipos de obstaculización

Pronto nos dimos cuenta que a diferencia de los despliegues mediante radio enlaces, una de las principales dificultades en los despliegues de fibra óptica reside en el hecho de que requieren desplegarse sobre infraestructuras existentes, ya sean públicas, propiedades privadas o infraestructuras de otros operadores de servicios, principalmente del incumbente pero también de otros. Ello causaba que cualquier iniciativa sea casi imposible de realizar de no existir una colaboración decidida y unánime de quienes gestionan estas infraestructuras, permitiendo que cualquiera pueda poner en riesgo la viabilidad de una iniciativa poniendo dificultades.

Desde el principio venimos sufriendo numerosas obstaculizaciones que aun persisten en la actualidad. Éstas a grandes rasgos pueden resumirse en 3 tipos, que en algunos casos pueden darse simultáneamente:

1. Denegaciones y obstaculizaciones en el acceso por motivos arbitrarios, abusivos, o en cualquier caso distintos a los previstos en la ley (ver notas **a b c** en el anexo final)
2. Imposición de condiciones de acceso desproporcionadas, discriminatorias o disuasivas (ver notas **d e f** en el anexo final)
3. Falta de respuesta o “silencio administrativo” (ver notas **g h i** en el anexo final)

2.b.- Antecedentes

2.b.1.- Relativos al acceso a infraestructuras existentes y la Directiva 2014/61/CE de reducción de costes

Para resolver este tipo de problemáticas, con fecha del 15 de Mayo del 2014, el Parlamento Europeo aprobó la Directiva 2014/61/CE relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad.

Aunque la directiva estaba ya aprobada y su contenido era perfectamente conocido, en el período en el que aún no había sido transpuesta a la normativa española ya pudimos constatar que frecuentemente no solo que persistían las mismas dificultades, ya sea desde los primeros contactos de la administración con los que teníamos que interactuar, pero también en las instancias deberían resolver estas controversias (ya sea en primera instancia ante la administración correspondiente, o más adelante con organismos de arbitraje: Se inhiben, hacen una interpretación ambigua de la norma, evitan entrar en el fondo del asunto asunto o aplican normativa específica incumpliendo preceptos y principios de la Directiva, con el pretexto de que la Directiva se refiere únicamente a casos generales y no regulados e iba a ser de aplicación únicamente en aquellos casos donde no hubiera norma específica.

En definitiva, por una parte desde la administración competente se desconocen los cambios normativos, y por otra no existe diligencia para que se apliquen de forma efectiva.

Finalmente, ya con retraso respecto al plazo previsto para su transposición, el 15 de Setiembre del 2016 se promulgó el Real Decreto 330/2016 que transponía la directiva 2014/61/CE al ordenamiento jurídico español. A pesar de ello rápidamente pudimos comprobar que se confirmaban nuestras peores expectativas: Los incumplimientos

persisten y se sigue interpretando que son de aplicación las normativas específicas aunque ello resulte contrario a la Directiva y al Real Decreto. Por ello y de forma previa a plantear conflicto el 25 de Octubre del 2016 remitimos una consulta al Parlamento Europeo registrada como petición 1230/2016 (ver nota *j* en el anexo final) con el objeto de que fuere el propio legislador quien aclarase estas dudas interpretativas y de alcance de aplicación de la directiva, y de esta forma conseguir que la interpretación fuera la correcta en primera instancia (que por procedimiento, obliga a que recurriendo a la misma administración que incumple), como posteriormente cuando se eleva a instancias superiores.

Una vez aceptada la consulta, en Octubre del 2017 recibimos una notificación del Parlamento Europeo con las respuestas a nuestras preguntas según una resolución del 31 de Mayo del 2017 en la que esencialmente el Parlamento Europea da una interpretación que coincide con la que entendíamos nosotros, es decir, que la Directiva es de aplicación en todos los casos que contempla, debe de cumplirse, y los estados miembros tienen la obligación de adecuar sus normativas a la Directiva así sea. Asimismo el Parlamento Europeo en su respuesta nos recomienda formalizar quejas en aquellos casos en donde consideráramos que la directiva se estaba incumpliendo.

Paralelamente también hemos acudido a los contactos de los que tenemos conocimiento para ponerles al corriente de la situación, pero en el mejor de los casos no hemos obtenido otra respuesta que buenas intenciones, comentarios respecto de que estas cuestiones son complejas, que no es de su competencia intervenir, dependen de otros niveles administrativos o que se dispone de escasos recursos para hacerles frente (ver nota *k* en el anexo final).

Siguiendo las recomendaciones de la respuesta del Parlamento Europeo, en los casos en que se ha llegado a formalizar una queja, la realidad es que no solamente nuestras quejas se desestiman, ignoran o se desatienden aunque en la Directiva también se establecen claramente unos plazos estrictos para la resolución de este tipo de conflictos (ver nota *l* en el anexo final) incluso en los casos en que solicitamos medidas cautelares, sino que además, y ahondando en el perjuicio que se nos causa desde los mismos organismos que incumplen se nos incoan expedientes sancionadores y se nos continua desestimando cualquier alegación a pesar de que continuamente estamos apelando a que cualquier interpretación de las normas específicas debe atenderse según la directiva 2014/61/CE y la interpretación de la misma que obtenemos del Parlamento Europeo en la consulta 1230/2016.

A destacar que en los casos en los que hemos llegado al regulador español competente en aplicación de la normativa de Telecomunicaciones y Competencia, es decir, el nivel

más alto del estado miembro, tampoco se nos ha atendido, ni siquiera en la petición de medidas cautelares de forma urgente para que al menos no se paralicen despliegues.

2.b.2.- Relativos a prácticas contrarias a la Competencia

Más allá del asunto del incumplimiento de la Directiva 2014/61/CE, pero también de otras normativas Europeas relacionadas, y para poner de relieve el contexto en el que nos encontramos, a continuación proporcionamos una síntesis de las otras prácticas contrarias a la competencia que venimos sufriendo.

2.b.2.a.- Abusos de posición y sobre-inversión depredadora

Nuestra iniciativa se ha visto también sistemáticamente afectada por las prácticas de abuso de posición con “sobre-inversión depredadora” (o “*predator overbuilding*” en inglés) realizadas por las operadoras tradicionales, es decir, que nuestros despliegues realizados con éxito han sido inmediatamente contestados con otros despliegues en las mismas zonas, aunque existen otras muchas zonas sin servicio, y duplicando inútilmente infraestructuras, incluso en los casos en que anteriormente habían manifestado que no tenían intención de hacerlo justificándose en que que no eran rentables con el claro propósito de dificultarnos aun más la consecución de nuestros objetivos de sostenibilidad.

Si ya nos desalienta que el regulador no atienda a las quejas que ya les hemos formulado anteriormente, nuestra preocupación va en aumento cuando nos damos cuenta de que el regulador se manifiesta públicamente felicitándose de que se produzca la duplicación de infraestructuras (ver nota *m* en el anexo final), confundiendo claramente el objetivo de que se ofrezca diversidad de opciones a los ciudadanos a través de un uso eficiente de las infraestructuras, con la duplicidad inútil de infraestructuras cautivas de un escaso número de proveedores.

Nos resulta difícil comprobarlo, pero sospechamos que además esta “sobre-inversión depredadora” se realiza mediante el empleo de fondos europeos (ver nota *n* en el anexo final), en tanto que las empresas que lo realizan suelen coincidir con las beneficiarias de estos fondos, y además el incumbente dispone de los fondos destinados al servicio universal.

2.b.2.b.- Clientelismo en la administración

Desde siempre hemos podido observar que desde la administración se defiende que el modelo de relación entre las administraciones públicas con el sector de las Telecomunicaciones consiste en agrupar grandes contrataciones de servicios o construcción de redes en concesiones exclusivas a un privado, estando en ocasiones

estas concesiones a plazos muy largos, de incluso de varias décadas, o bien en crear entidades instrumentales que actúen como operador con separación de cuentas respecto de la administración para así resolver la restricción de que desde la administración no se puede actuar directamente en el sector.

En paralelo, en tanto que el componente tecnológico es importante y ello causa dificultad para su gestión desde la administración, se delegan las funciones relacionadas con el sector a entidades creadas para gestionarlas, que a su vez se financian a través de comisiones relacionadas con las contrataciones o proyectos que gestionan (ver nota **o** en el anexo final), lo que conlleva que la sostenibilidad de estas empresas o entidades y la continuidad de los puestos de trabajo de sus empleados depende del volumen de los contratos que gestionan con los proveedores (es decir, las grandes empresas del sector de las Telecomunicaciones), o de las comisiones que obtienen de las administraciones para realizar sus gestiones (es decir, la administración pública es el cliente), y no solamente esto, sino que además la promoción profesional para el personal laboral de estas empresas públicas en el sector de las Telecomunicaciones habitualmente consiste en obtener empleos en las mismas operadoras privadas del sector con las que se relacionan, es decir, lo que se denomina “puerta giratoria” o “revolving door” (ver nota **p** en el anexo final).

Este complejo entramado conduce a un inevitable riesgo de aparición de prácticas clientelares donde puede prevalecer el interés personal o privado respecto al público y donde desde la administración se defienden sustentando los intereses del concesionario (ver nota **q** en el anexo final).

2.b.2.c.- Actuaciones en situación de conflicto de interés

En contraste con la creación de estas entidades instrumentales y de la articulación de grandes contratos en concesiones exclusivas a largo plazo, nuestra Fundación promueve un modelo en donde participan múltiples actores y cualesquiera que sea quien proporcione la infraestructura, incluyendo la ciudadanía, se comparte eficientemente como bien común. Para conseguirlo se implementa una gobernanza participativa que pone la infraestructura a disposición de cualquier operador en igualdad de condiciones, es decir, sin exclusividades ni concesiones a largo plazo.

Para implementar este modelo, por lo que a la administración se refiere, nos basta con formalizar un convenio de colaboración con la administración interesada en participar de nuestro ecosistema y gobernanza participativa.

A pesar de que los organismos públicos mencionados en el punto anterior, por depender de la administración, deberían de actuar siempre, como nosotros, en condiciones de neutralidad, la realidad es que frecuentemente se manifiestan de forma que proyectan dudas sobre la legalidad o la validez del modelo que proponemos, probablemente porque en realidad nos perciben como competidores como consecuencia de la trama de clientelismo en la que se ven envueltos.

Estas actuaciones en situación de conflicto de interés las percibimos desde el principio de nuestra actividad pero siempre de forma indirecta, habitualmente a través de los comentarios que nos hacen desde las administraciones cuando les proponemos nuestro modelo. Sin embargo hemos podido constatar de forma directa y fehaciente que se producen cuando, en una clara confusión entre lo que es administración pública y empresa pública, no se trata solamente de consultas verbales sino que desde la administración se solicitan informes respecto a actuaciones nuestras a estas empresas públicas, como si se tratara de una administración pública más, y hemos podido tener acceso ellos (lo que por lo general, no se produce, ya porque la consulta y la respuesta fue verbal, o porque ni siquiera hemos tenido conocimiento de la consulta).

Por supuesto no nos oponemos a que desde la administración se consulte la opinión a partes incluso en el caso de que puedan tener un interés económico, pero no deben de tratarse de otra forma que no sea como opinión de parte: Cuando hemos podido tener acceso a ellos, a nuestro modo de ver resultan intencionadamente ambiguos, se pronuncian sobre aspectos distintos a las cuestión de fondo, proyectan incertidumbres, o llegan a ser contrariamente abiertos a las normativas europeas (ver nota *r* en el anexo final), lo que da una explicación al los comportamientos que denunciarnos en esta reclamación. Pero todo esto no iría más allá que una mera opinión de parte de no ser por la confusión entre administración pública y empresa pública anteriormente mencionada, estas consultas en reciben el tratamiento de preceptivas (dilatando con ello el proceso de tramitación de las solicitudes de acceso para realizar los despliegues), o incluso se nos han mencionado como causa de la denegación (ver nota *s*).

2.b.2.d.- Regulación cautiva y barreras de entrada

Aunque nuestras actuaciones han conseguido conectar ya miles de hogares, en la práctica, aún no hemos podido superar las barreras establecidas para acceder a la oferta de referencia impuesta para poder acceder a las redes del incumbente (ver nota *t* el anexo final).

Estas dificultades en el acceso contrastan con lo que ya obtenemos mediante la aplicación de la gobernanza participativa que venimos desarrollando, donde las

infraestructuras son puestas de forma sistemática a disposición de cualquier operador privado, incluyendo a pequeños operadores locales, con unas dificultades técnicas de implementación y unos costes mucho menores.

Resulta paradójico que cualquier operador pueda acceder a la infraestructura que compartimos, mientras que no podemos acceder a la del incumbente de forma recíproca.

A pesar de que el regulador es consciente de la existencia del modelo alternativo que venimos desarrollando (ver nota **u** en el anexo al final), para elaborar la regulación toma como base únicamente la oferta de referencia proporcionada por el incumbente como si no hubiera ninguna otra, y aunque introduce mejoras sobre la misma, en la práctica resulta tan compleja y con unos costes de acceso tan elevados, que nos resulta inaccesible.

Y no solamente nos resulta inaccesible, la propia regulación tiene importantes exclusiones con el pretexto de que ya son “zonas competitivas”, siendo precisamente las que potencialmente podrían tener más interés para los operadores locales, y fomentando con ello la duplicación de infraestructuras y sobre-inversión, y es que con la declaración de “zonas competitivas” por el hecho de existir más de un despliegue, se estimula a que algunos operadores acuerden, como si de un cartel se tratara, desplegar en una misma zona urbana, consiguiendo con ello que el regulador no imponga obligación de compartición (véase nota **v** en el anexo al final).

Esta forma de elaborar la regulación consistente en una metodología que parte de una única propuesta hace que sea inútil la fase de consulta pública, es tan compleja (a nuestro entender, deliberadamente) que no podemos ni comprender, y en la práctica conduce a una regulación cautiva de la metodología que implementa y las propuestas del incumbente.

2.c.- Perjuicios causados

A pesar del éxito que hemos obtenido con más de un centenar de proyectos realizados para el despliegue de redes electrónicas de comunicaciones de alta velocidad con fibra óptica que incluso han llegado a merecer el reconocimiento por parte de la Comisión Europea con el "*European Broadband Award 2015*" en la categoría de innovación en el modelo de financiación, negocio e inversión (ver nota **w** el anexo final), éxitos que sin duda se deben a la estrecha colaboración entre todos los actores implicados, no también es menos cierto que resulta incalculable el número de proyectos que debido a estas causas no han podido realizarse satisfactoriamente.

En cualquier caso atendiendo a los antecedentes descritos en esta reclamación, a las incertidumbres que se proyectan, y que resulta imprescindible para desarrollar con éxito éstos proyectos desde abajo que sus promotores tengan expectativas razonables de que tienen posibilidades de realizarse con éxito y en unos plazos aceptables, podemos concluir que sin ningún género de dudas el número de iniciativas abortadas multiplica en número a las que han podido realizarse con éxito.

Tampoco debemos olvidar que nuestra organización tiene una base evidentemente ciudadana y dispone de escasos recursos, por lo que vernos envuelto en este tipo de controversias jurídicas y administrativas, que además se manifiestan de forma muy diversa, y tener que defendernos de todo ello merma considerablemente los pocos recursos de los que disponemos, lo que nos produce un enorme desgaste e impide no solamente el crecimiento previsto, sino que también nos distrae de otros objetivos como es el de apoyar iniciativas similares en otros estados miembros o en países en desarrollo.

En resumen, las iniciativas fracasadas por todas estas causas descritas multiplican a los despliegues finalizados con éxito, y además son muy difíciles de reparar por haber persistido durante más de una década agotando la ventana de oportunidad, afectando no solamente nuestra capacidad para establecernos, crecer y escalar, también la de proporcionar referencia, soporte y credibilidad como para agregar demanda para apoyar otras iniciativas similares en otras geografías.

3.- Nuestra reclamación

Como ya hemos expuesto, desde hace ya más de una década venimos sufriendo las dificultades descritas anteriormente, y a pesar de que muchas pueden resolverse con la Directiva 2014/64/CE u otras regulaciones, el incumplimiento obstinado, sistemático y generalizado de la normativa europea por parte de la administración en todos sus niveles, persiste.

La reclamación consiste pues en denunciar la situación de “abrazo mortal” o “*deadlock*” en la que nos encontramos una vez constatamos la falta de capacidad o voluntad desde la administración y la jurisdicción para resolver esta situación, cumplir con el objetivo del legislador y defendernos de forma eficaz ante los incumplimientos: Por una parte en un estado miembro (España) y desde distintas capas de la administración aplican sus propias normas y prácticas anteriores ignorando los cambios introducidos en las nuevas normas Europeas, y mientras, no podemos acudir a la jurisdicción Europea en tanto no se agota la vía jurisdiccional del estado miembro, que es lenta, empieza desde la misma administración que incumple, pero dado que el incumplimiento por parte del estado

miembro afecta a todas sus capas. Inevitablemente va a requerir que transcurra mucho tiempo, especialmente cuando ni siquiera recibimos respuesta, y le dediquemos un esfuerzo que sobrepasa la capacidad de la que disponemos, por lo que en la práctica se pierde completamente el objetivo que persigue la nueva norma europea.

A pesar de nuestros esfuerzos desesperados en todos los sentidos, innumerables actuaciones iniciadas en todos los niveles y el largo tiempo transcurrido, aún hoy no hemos podido encontrar en la administración ninguna vía de solución suficientemente eficaz. En definitiva, somos incapaces de defendernos de forma eficaz por nuestros propios medios, y necesitamos de ayuda.

4.- Lo que pedimos al Defensor del Pueblo Europeo

Somos conscientes de que el DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO no va a poder entrar en el fondo de cada uno de los múltiples casos expuestos y resolverlos. No ha sido este el motivo de suministrar todas estas referencias, sino constatar la existencia del problema, de que no es un caso aislado sino que se manifiesta de forma repetida y sistemática, y del punto muerto en el que nos encontramos debido a la incapacidad de la administración en resolver la situación.

Acudimos al DEFENSOR DEL PUEBLO EUROPEO para que de forma urgente y antes de que sea demasiado tarde nos ayude a romper esta situación de “abrazo mortal” instando a la Comisión Europea disponga lo necesario para que de forma directa, o indirectamente a través de los organismos apropiados y con la coordinación necesaria, en España y en materia de Telecomunicaciones y de Competencia se asegure que:

1. De forma urgente, eficaz y proactiva se difunda y se haga cumplir en todos los niveles de la administración (local, regional y estatal) y a todos los agentes involucrados (operadores, gestores de infraestructuras, etc.) la Directiva 2014/61/CE y el Real Decreto 330/2016, poniendo especial atención a la interpretación emitida por el Parlamento Europeo en la consulta 1230/2016, y en que no se reproduzcan hechos ni interpretaciones como los que se relatan en esta reclamación.
2. No se produzcan prácticas contrarias a la competencia, tomando especial precaución con el clientelismo, la duplicación de infraestructuras con fines depredadores, actuaciones en situación de conflicto de intereses o regulaciones cautivas.

3. Se establezcan mecanismos eficaces más allá de acudir a los previstos judicialmente para permitir la intervención de instancias Europeas con el objeto de que se cumplan las normativas sin innecesarias dilaciones en el tiempo.
4. Que estos instrumentos y recursos se pongan al alcance de organizaciones civiles como la nuestra, modestas y especialmente vulnerables por la escasez de recursos de los que disponen, con el soporte necesario para que puedan defenderse de forma eficaz ante conflictos altamente complejos y diversificados.
5. Se inicien las acciones oportunas para que desde el organismo que corresponda, se inicien investigaciones, y eventualmente, se sancione a quienes causan incumplimientos para que no resulten impunes y se establezcan las compensaciones necesarias para, en lo posible, reparar los daños causados.
6. Todo ello se haga de forma que extensible al resto de estados miembros.

O que en su defecto y de existir otras vías eficaces para canalizar estas peticiones, nos las indique.

Firmado:

Ramon Roca i Tió, President del Patronat de la Fundació guifi.net