



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSÉ GIMÉNEZ CERVANTES, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 35/01 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 11 de octubre de 2001, se ha adoptado el siguiente Acuerdo por el que se aprueba la

CONTESTACIÓN A LA CONSULTA FORMULADA POR XFERA SOBRE LA TECNOLOGÍA Y FECHA DE INICIO DEL SERVICIO

HECHOS.

PRIMERO.- Mediante escrito de fecha 12 de septiembre de 2001, XFERA MOVILES, S.A. plantea una consulta ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) conforme al artículo 29 del RD 1994/1996, que aprueba el Reglamento de la CMT.

SEGUNDO.- En la consulta, tras exponer los diferentes avatares acaecidos desde la convocatoria mediante Orden del Ministerio de Fomento de 10 de noviembre de 1999 del concurso para el otorgamiento de cuatro licencias individuales de tipo B2 para el establecimiento de la red de telecomunicaciones necesaria y para la explotación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación (UMTS), pone de manifiesto que “en la actualidad los demás operadores, con título habilitante GSM para la prestación del servicio de telefonía móvil disponible al público anterior al UMTS, comienzan a prestar servicios de transmisión de datos de forma integrada con la telefonía móvil, a través del GPRS. A estos efectos, ante la imposibilidad de iniciar la prestación del servicio UMTS, solución ideal para la prestación de los servicios de transmisión de datos, se les han otorgado recientemente mediante Resolución las frecuencias complementarias de DCS 1800 que permiten el aumento de capacidad de la red para soportar este servicio de transmisión de datos en GPRS.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante, XFERA como operador que obtuvo la licencia UMTS y que no dispone de ningún título habilitante anterior en materia de telefonía móvil para la prestación de servicios al público, se plantea la interpretación de su título habilitante actual a la espera de la tecnología para la que obtuvo su título.

Como no dispone de las frecuencias para la prestación del servicio DCS 1800 ni de las complementarias que se han asignado al resto de operadores que lo prestan, no puede disponer de un sistema de transición para la transmisión de datos antes del inicio de la prestación del servicio UMTS”

XFERA concluye formulando la siguiente consulta:

“Si prorrogado, por un período de diez meses, el plazo para el cumplimiento de la obligación de implantación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación en las zonas urbanas mayores de 250.000 habitantes, definidas en la cláusula 37 del Pliego aprobado por Orden de 10 de noviembre de 2000, lo que se entiende únicamente referido a la prestación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación definido en la cláusula 1 del mismo Pliego, la compañía XFERA MOVILES, S.A., de acuerdo con la legislación vigente y las normas que regulan el establecimiento y explotación de redes de telecomunicaciones o la prestación de servicios de telecomunicaciones, está habilitada por su licencia individual tipo B2 para el lanzamiento comercial de servicios de telefonía móvil con las tecnologías actuales GSM/GPRS, bien sobre una red propia, bien sobre las redes de los operadores establecidos”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

a) Régimen jurídico.

La cláusula 3 del Pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la adjudicación por concurso, mediante procedimiento abierto, de cuatro licencias individuales de tipo B2 para el establecimiento de la red de telecomunicaciones necesaria y para la prestación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación (en adelante “el Pliego”), aprobado por la Orden del Ministerio de Fomento de 10 de noviembre de 1999, dispone que el régimen jurídico de estas licencias está constituido por la Ley General de Telecomunicaciones, la Orden de 22 de septiembre de 1998 (Orden de Licencias individuales) y por las Bases del Pliego, sin perjuicio de la aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en lo que se refiere a la convocatoria de la licitación, y a la extinción y formalización de la licencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es así que la Ley General de Telecomunicaciones; la Orden Ministerial de “Licencias” y el Derecho comunitario son fuente esencial de los derechos y obligaciones del operador, debiendo interpretarse las previsiones del pliego y la licencia a la luz de las normas de superior rango.

La contestación a la consulta de XFERA deberá fundamentarse, en consecuencia, en el contenido del marco jurídico expuesto, del que una buena parte, pero no la única, se centra en el Pliego.

No obstante, con carácter previo al examen de este régimen jurídico, procede detenerse un instante en algunos antecedentes imprescindibles para la presente contestación.

b) Las iniciativas europeas para el desarrollo de los servicios de tercera generación (3G).

El Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron el 14 de diciembre de 1998 la Decisión nº 128/1999 relativa a la introducción coordinada de un sistema de comunicaciones móviles e inalámbricas de tercera generación en la Comunidad.

En esta Decisión se consideraba que las comunicaciones móviles e inalámbricas tienen una importancia estratégica no sólo para el desarrollo del sector comunitario de las telecomunicaciones y para la sociedad de la información, sino también para la economía y el empleo en la Comunidad en general.

A tal fin, se exhortaba a desarrollar una nueva generación de sistemas innovadores que hicieran posible la presentación de servicios multimedia inalámbricos de banda ancha, incluidos los servicios a través de Internet y otros servicios basados en el Protocolo IP, con vistas a proporcionar servicios flexibles y personalizados que fueran capaces de transportar con rapidez un volumen importante de datos mediante el uso combinado de componentes terrestres fijos y móviles, junto con enlaces por satélite.

Asimismo, se indicaba:

“Que es necesario garantizar una apertura rápida del mercado que haga posible, mediante un nivel de competencia suficiente, la cobertura total y sin solución de continuidad, del territorio, el descenso de los costes y una oferta de servicios innovadores.

Considerando que son aplicables a este sector las disposiciones legales comunitarias, incluidas las normas sobre competencia y, en particular: la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Directiva 96/2/CE de la Comisión, de 16 de enero de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en relación con las comunicaciones móviles y personales, la Directiva 96/19/CE de la Comisión por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE, de 13 de marzo de 1996, en relación con la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones, la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones; la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP), y la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.

Considerando que puede ser necesario que los operadores establezcan modalidades específicas de cooperación para garantizar la cobertura de regiones con escasa densidad de población; que la presente Decisión no impide a los Estados miembros imponer las formas oportunas de itinerancia nacional entre los operadores autorizados en su territorio respectivo, en la medida necesaria para garantizar una competencia equilibrada y no discriminatoria.

Que, de conformidad con la legislación comunitaria, no debe producirse discriminación entre los operadores de redes GSM y las nuevas empresas que participen en los mercados de UMTS; que los UMTS deben desarrollarse en un entorno integral sin solución de continuidad que permita la itinerancia total con las redes de GSM”.

A efectos de esa Decisión, se utiliza la expresión UMTS, acrónimo que designa el “sistema de comunicaciones móviles e inalámbricas de tercera generación con capacidad para servicio de soporte, en particular, a servicios multimedia de nuevo tipo que superen las posibilidades de los sistemas actuales de segunda generación, como el GSM, y con capacidad para un uso combinado de componentes terrestres y satélites”.

El sistema UMTS debe tener capacidad para garantizar una serie de características descritas en el ANEXO I de la Decisión.

La Decisión fija una fecha para la introducción coordinada en los diferentes Estados de los servicios UMTS, la de 1 de enero de 2002 y una fecha para la creación de un sistema de autorizaciones (licencias) a más tardar el 1 de enero de 2000.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, se prevé que la prestación de servicios UMTS se organice en las bandas de frecuencias armonizadas por el CEPT y cumpliendo las normas europeas aplicables al UMTS aprobadas o elaboradas por el ETSI, incluida una norma de interfaz radioeléctrica común, abierta y competitiva a nivel internacional.

El objetivo de esta Decisión es mantener en la denominada tercera generación el protagonismo europeo en los servicios móviles, manteniendo la primacía mundial acreditada en la denominada segunda generación de los móviles.

Al tiempo, se ofrece a la industria una oportunidad de incrementar su volumen de negocio, modernizando las redes y sustituyendo los equipos y terminales, al tiempo que se incrementa el número de operadores que ofrecen servicios finales a los usuarios.

Se advierte así que en prácticamente todos los países se incrementa el número de operadores tradicionales de telefonía móvil, propiciando una mayor competencia y aumento de la inversión.

En España se incorporan estas previsiones en el marco jurídico que antes se ha expuesto, siendo uno de los Estados punteros en introducir la nueva regulación de los servicios UMTS.

c) El Pliego UMTS.

Mediante Orden de 10 de noviembre de 1999 se publica el Pliego al que se ha hecho mención anteriormente y se convoca la licitación de cuatro licencias de tipo B2 para el establecimiento de la red de telecomunicaciones necesaria y para la explotación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación.

El objeto de esta licencia B2 es doble: **por un lado, el establecimiento de una red propia de comunicaciones móviles y por otro, la explotación de los servicios de comunicaciones móviles, una y otros dentro de los llamados “de tercera generación”.**

Consecuentemente con ello, en el pliego aparecen previsiones referidas específicamente a la actividad de establecimiento y explotación de una red propia (que conlleva el uso exclusivo de ciertas bandas de frecuencias con arreglo a las prescripciones técnicas específicamente incorporadas en él), y previsiones referidas a la prestación del servicio (de las que la cláusula relativa a la itinerancia –nº 38- es un ejemplo claro), que responden en su conjunto a una figura de operador que integra ambas actividades.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como ahora veremos, la situación planteada por el retraso tecnológico que ha tenido lugar obliga sin embargo en este momento, a realizar una clara delimitación de las previsiones que en la normativa aplicable reseñada corresponden a una y otra actividad, en la medida en que la explotación de servicio de comunicaciones móviles de tercera generación ha devenido imposible sobre una red propia íntegramente establecida sobre el uso de espectro y la tecnología específica y exclusivamente vinculada a esa tercera generación, con lo que ello supone de incapacidad de utilización del espectro concedido; tal situación obliga a considerar la posibilidad de prestación de los servicios de tercera generación, transitoriamente, no sobre red propia sino sobre la red de los restantes adjudicatarios del mismo tipo de licencia que a la vez lo son de licencias que permiten disponer de espectro en las bandas GSM/DCS 1800 para la que se existe tecnología disponible, a la luz de las normas sectoriales y de competencia aplicables.

Tal como se ha indicado, en el Pliego se incorpora la filosofía general que inspira la Decisión comunitaria sobre UMTS.

Así, se prevé la adjudicación por concurso de cuatro licencias individuales de tipo B2, con la particularidad que una de ellas estará reservada a la implantación de sistemas UMTS. Las tres restantes, “podrán ser adjudicadas sin restricciones ligadas al tipo de tecnología empleada” (Cláusula 1), siempre que pertenezca a alguna de las modalidades de la familia de los sistemas IMT-2000, que aseguren su interoperabilidad.

Teniendo en cuenta los criterios previstos en el Pliego para la evaluación de las solicitudes, se obtiene la conclusión que tres de las licencias podrían muy bien otorgarse a los actuales concesionarios de servicios de comunicaciones móviles, que ya tienen desplegadas redes idóneas para poder migrar a cualquiera de los sistemas IMT-2000, eventualidad que se plasmó en efectividad real desde el momento en que TELEFONICA MOVILES, AIRTEL Y AMENA se presentaron al concurso y obtuvieron las oportunas licencias B-2.

La cuarta licencia, precisamente la prevista para la implantación de sistemas UMTS, quedó para un nuevo operador, que así entraba a competir con los ya implantados en el mercado de comunicaciones móviles de voz.

Así, el Pliego permitía un incremento de la competencia en el mercado más general de comunicaciones móviles personales y garantizaba que el nuevo operador implantaba el sistema UMTS recomendado por la Decisión de la Comisión Europea.

Ahora bien, en aras a garantizar la competencia en el nuevo mercado de comunicaciones de tercera generación (mercado de transmisión de datos,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

fundamentalmente), el Pliego reconoció implícitamente la situación de desventaja competitiva que para el nuevo operador UMTS, sin red instalada, podía suponer el que sus tres competidores no sólo tuvieran redes instaladas y plenamente operativas, sino que tuvieran una base muy nutrida de clientes en servicios de comunicación vocal susceptibles de ser incentivados a migrar al nuevo mercado de datos,

De ahí la inserción de una cláusula, la 38, de salvaguarda de la competencia y de equiparación relativa en las condiciones de salida al mercado del nuevo operador, en referencia a sus competidores.

Esta cláusula obliga a los titulares de servicios móviles GSM/DCS 1800, que tengan licencia IMT-2000 a facilitar “itinerancia nacional” en cualquiera de las tres tecnologías (esto es para datos o voz), a los “operadores” (se entiende que a XFERA) que no dispongan de licencias GSM/DCS –1800, siempre que se den dos condiciones:

- Que el titular de la licencia UMTS haya iniciado la prestación del servicio en los términos previstos en la cláusula 40 del Pliego.
- Que sus competidores a los que va a demandar itinerancia hayan iniciado “la comercialización, explotación o suministro a los usuarios de ofertas combinadas de servicios IMT-2000 Y GSM o DCS-1800.

Esto es, el nuevo operador UMTS tendrá que haber desplegado la red mínima que exige el Pliego para poder iniciar la prestación del servicio y, una vez acreditado este extremo, si sus competidores pretenden iniciar ofertas combinadas de datos y voz en las tecnologías que indica el Pliego, teniendo en cuenta que no es previsible que el nuevo operador haya podido desplegar una red nacional completa en el corto plazo, los competidores, para no salir con ventaja, deberán suministrarle itinerancia.

Esta conclusión se ratifica por el Pliego cuando define lo que es itinerancia, a efectos del mismo: servicio de realización y terminación de llamadas a través de redes GSM o DCS 1800 en aquellas provincias del territorio nacional donde el nuevo operador UMTS todavía no tenga red propia.

Aún el Pliego prevé una cláusula de salvaguarda de la competencia, destinada a disminuir las barreras de entrada del nuevo operador UMTS: las ofertas combinadas voz-datos IMT-2000 de los operadores ya instalados, deberán ser comunicadas a la CMT con al menos seis meses de antelación, al objeto de que este organismo vele por una adecuada aplicación de la itinerancia y de que XFERA pueda contar con el tiempo suficiente para programar al tiempo su propia salida negociando los acuerdos pertinentes con el resto de los operadores.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En fin, se puede resumir el sentir de esta cláusula indicando que, aún con la diferentes situación de partida, se pretende igualar al menos desde el punto de vista de prestación de servicios a los clientes, la salida al mercado de servicios UMTS por parte del cuarto operador.

Esta cláusula de itinerancia cuenta como precedente con la Base 42 de la Orden del Ministerio de Fomento de 26 de febrero de 1998 (Pliego DCS 1800), si bien en ésta última, que también reconocía la obligación de itinerancia nacional a través de redes GSM, no imponía las condiciones que para acceder a este servicio preceptúa la Base 38 del Pliego.

Se puede decir que esta obligación de itinerancia resulta de gran trascendencia como eliminación de una barrera de entrada para el nuevo operador móvil UMTS que carece de un despliegue de red propia suficiente, en el origen, para poder prestar servicios de ámbito nacional tal como exige la Cláusula 37 (El ámbito territorial de la licencia es todo el territorio nacional).

El Pliego dedica el Título IV al régimen de las licencias y el Título V al régimen del servicio.

En lo que hace al régimen de las licencias, se regulan el plazo del título (20 años prorrogables por otros diez), los derechos de los titulares (derecho a disponer del espectro necesario, a la interconexión y numeración, a fijar los precios del servicio, a la ocupación del dominio público y privado, a la subcontratación del servicio y a cuantos derechos atribuya el marco jurídico de su licencia) y las obligaciones.

También se prevé el régimen económico-financiero (pago de una cantidad inicial y abono de las tasas previstas por las leyes), el sometimiento a la Inspección y dirección de la Administración y, finalmente, la modificación, transmisión, revocación y extinción de la licencia.

Resulta significativa la cláusula 28 a cuyo tenor, “el Ministro de *Fomento* podrá modificar las licencias en los términos y con los efectos previstos en los artículos 102 y 164 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en el Punto 7 de la disposición transitoria cuarta de la Orden de Licencias, sin perjuicio de las facultades que en materia de interpretación de contratos tiene atribuidas la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por la Ley 12/1997, DE 24 DE ABRIL, de Liberalización de las Telecomunicaciones”.

En cuanto al régimen del servicio, se regulan las características técnicas, el Plan de Frecuencias del sistema, el régimen de autorizaciones de las estaciones fijas, el régimen de interconexión con redes públicas telefónicas fijas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

y con otras redes públicas de telecomunicaciones, y las siguientes previsiones:

- Cláusula 37. Cobertura y calendario mínimos. Se establece que el ámbito geográfico de las licencias **será todo el territorio nacional, y que el 1 de agosto de 2001, el servicio estará implantado como mínimo en las zonas urbanas en los términos definidos por el Instituto nacional de Estadística en su Nomenclator de la última edición del censo de población y vivienda de las ciudades de más de 250.000 habitantes.**

No obstante, la *Secretaría General de Comunicaciones* podrá modificar la fecha especificada en el párrafo anterior de existir constancia fehaciente de falta de capacidad del mercado para suministrar el equipamiento necesario para completar el despliegue inicial indicado”.

- Cláusula 38.- Seguimiento transfronterizo e itinerancia nacional. Está cláusula contiene el régimen de itinerancia que ya hemos comentado. Debe añadirse que se prevé que los acuerdos y obligaciones de itinerancia nacional tengan una duración máxima de tres años y sus términos y condiciones serán negociados libremente entre las partes, resolviendo la CMT si no hubiese sido posible la consecución de un acuerdo satisfactorio entre ellas.

En ningún caso se permite itinerancia nacional entre redes IMT-2000.

- Cláusula 40. Fecha de inicio del servicio. Se establece que el titular de la licencia podrá poner en funcionamiento el servicio tan pronto como su cobertura alcance, como mínimo, las zonas geográficas especificadas en la cláusula 37 como de obligada cobertura el 1 de agosto de 2001.

Antes de iniciar el servicio, será requisito indispensable la inspección satisfactoria de las instalaciones por la *Secretaría General de Telecomunicaciones*.

Este régimen, muy completo en su contenido, debe completarse con el resto del marco jurídico que antes se ha descrito: la Ley General de Telecomunicaciones, y la Orden de Licencias, y el Derecho Comunitario sobre la materia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Debe señalarse que esta remisión comprende no sólo las normas citadas sino todas las que, especialmente la Ley General da cobertura, se remite o posteriormente han sido dictadas complementándola. Por ejemplo, la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones, declarada vigente por la LGTel.

Esto supone que respecto del Pliego deben considerarse todas aquellas funciones de la CMT de salvaguarda de la competencia que, además de las previstas en el Pliego, no corresponda ejercerlas al Ministerio de Ciencia y Tecnología o el de Economía.

d) El retraso tecnológico. La resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.

Mediante resolución de fecha 26 de julio de 2001, el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información dicta una resolución por la que prorroga, por un período de diez meses, el plazo para el cumplimiento de la obligación de implantación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación en las zonas urbanas mayores de 250.000 habitantes.

La cláusula 37 del Pliego disponía a este respecto que el 1 de agosto de 2001 el servicio estaría implantado como mínimo en las zonas urbanas en los términos definidos por el Instituto Nacional de Estadística en su Nomenclator de la última edición del censo de población y vivienda de las ciudades de más de 250.000 habitantes.

Se añadía que la Secretaría General de Comunicaciones podría modificar la fecha indicada de existir constancia fehaciente de falta de capacidad del mercado para suministrar el equipamiento necesario para completar el despliegue inicial indicado.

En la mencionada Resolución se alude como razones para la prórroga, además del resultado de una encuesta pública lanzada en abril de 2001, a una Comunicación de la Comisión Europea de fecha 20 de marzo de 2001.

Esta Comunicación, conocida como Informe Liikanen, resulta de gran interés para conocer la situación actual del desarrollo de redes y servicios UMTS, que, sin necesidad de un reconocimiento expreso, atraviesa por importantes dificultades.

La Comunicación resalta la dispersión del marco reglamentario europeo y el difícil contexto financiero, poniendo énfasis en la adquisición de experiencia en el nuevo mercado de tercera generación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Para la Comisión Europea es esencial que todas las partes interesadas (fabricantes, operadores, prestadores de servicios, consumidores) adquieran experiencia con las nuevas aplicaciones inalámbricas de transmisión de datos, para lo cual resulta de vital importancia la migración hacia sistemas 2.5 G.

“Muchos operadores han modernizado ya sus redes de GSM para proporcionar servicios de GPRS, los cuales ofrecen una función “always on” de conmutación de paquetes y alcanzan una velocidad de transferencia de datos que se sitúa entre la de las actuales redes de datos y la de las futuras redes de tercera generación.”

“El lanzamiento de los servicios 2.5 G puede constituir un paso crucial para la aceptación satisfactoria de los sistemas de tercera generación, en la medida que hará posible el desarrollo progresivo del mercado y constituirá un amplio ensayo de aplicaciones “similares” a las de la tercera generación, permitiendo con ello una previsión fiable de la evolución del mercado que existirá para los servicios de tercera generación propiamente dichos, así como la constitución de una base inicial de clientes a través de inversiones relativamente reducidas para mejorar las redes de GSM ya existentes”

Como se desprende de esta comunicación, la Comisión Europea apuesta por un tránsito de los actuales sistemas GSM a UMTS a través de las tecnologías intermedias GPRS o EDGE que, al tiempo que van desarrollando un mercado de datos entre los usuarios, permiten un ensayo de futuras aplicaciones similares UMTS.

La propia resolución de la Secretaría incide en esta evolución tecnológica, indicando que “Igualmente, constata que los servicios avanzados a través del móvil son piedra clave para el desarrollo de la Sociedad de la información y comenzarán por la tecnología GSM/GPRS y su prestación sobre UMTS supondrá una sucesión tecnológica paulatina, con coexistencia de ambas tecnologías en el medio plazo.

La resolución concluye de la siguiente manera:

Primero.- Queda prorrogado, por un período de diez meses, el plazo para el cumplimiento de la obligación de implantación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación en las zonas urbanas mayores de 250.000 habitantes, definidas en la cláusula 37 del Pliego aprobado por Orden de 10 de noviembre de 2000.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de que el plazo establecido en el mismo pueda ser de nuevo revisado si, a su finalización, continúa cumpliéndose el supuesto previsto en el segundo párrafo de la cláusula 37 del Pliego.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Quedan prorrogados, por idéntico período al indicado en el apartado anterior, los plazos para el cumplimiento de las restantes obligaciones asumidas en las ofertas de los titulares de las licencias individuales para la prestación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación.

CONTESTACION A LA CONSULTA DE XFERA.

a) El Sistema GPRS.

La filosofía general de la LGT a la hora de contemplar los servicios es la de ser lo más respetuosa posible con el principio de neutralidad tecnológica. Esta actitud responde a la voluntad de poner en marcha una regulación duradera, capaz de permanecer en el tiempo a pesar del dinamismo propio de un sector profundamente inmerso en el progreso tecnológico. En este sentido, tanto la LGT como la Orden de Licencias hablan de categorías de licencias que se caracterizan por la naturaleza de los servicios que se prestan y no por la tecnología que se utiliza para su consecución. La licencia de tipo B2 se refiere a los servicios de telefonía móvil disponibles al público, englobando por lo tanto en esta categoría todas las modalidades tecnológicas que permiten su prestación. Sin embargo también es cierto que ni la Ley ni la Orden impiden que las licencias puedan otorgarse vinculadas a determinada tecnología. Esto es posible en las licencias de tipo B2 en las que el recurso radioeléctrico asociado a su prestación es escaso y la vía para el otorgamiento del título es el concurso. En estos casos y como hemos visto en el apartado anterior, el servicio se rige además de por las normas comunes a las demás licencias, por lo establecido en el Pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que, en el caso que nos interesa, permite la prestación del servicio móvil a través del uso de la tecnología IMT-2000.

Esta forma de actuar no es novedosa sino que constituye la última manifestación de una política que nació con la aparición de la telefonía móvil, ya que desde que a principios de los años 80 Telefónica empezara a prestar el servicio en monopolio, los títulos habilitantes que han ido otorgándose vinculan siempre la prestación de la telefonía móvil al uso de una tecnología concreta.

Así, por ejemplo, el artículo 1 del Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática, aprobado por RD 1486/1994, de 1 de julio, establece en su párrafo segundo que “el servicio de telefonía móvil automática (en adelante identificado como servicio GSM) se prestará mediante tecnología digital y frecuencias radioeléctricas en la banda de 900 MHz. Sus especificaciones técnicas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

corresponden a la norma GSM del Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones (ETSI) y sus frecuencias radioeléctricas en la banda de 900 MHz son las especificadas en la Directiva 87/372/CEE, relativa a las bandas de frecuencia a reservar para la introducción coordinada de comunicaciones móviles terrestres digitales celulares públicas paneuropeas en la Comunidad.

Asimismo, el Artículo 3 del RD 1252/1997, de 24 de julio, que modifica el RD 1486/1994, introduciendo la regulación del servicio de comunicaciones móviles personales en su modalidad DCS-1800, dispone que este último servicio “se prestará mediante tecnología digital y frecuencias radioeléctricas en la banda de 1800 MHz. Sus especificaciones técnicas corresponden a la variante específica para DCS-1800 de la norma GSM elaborada por el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicación (ETSI) y sus frecuencias radioeléctricas en la banda de 1800 MHz son las especificadas en la recomendación T/R 22-07 de la Conferencia Europea de Administraciones Postales y de Telecomunicación (CEPT) relativa a las bandas de frecuencia reservadas para la introducción coordinada del sistema en la Comunidad.

De otra parte, puede hablarse en todos estos servicios de una evolución tecnológica paulatina, de tal manera que, aún con licencias diferentes, las redes han sido las mismas, eso sí, evolucionando para atender las necesidades del mercado, el espectro disponible y las exigencias marcadas por las características y capacidades de los nuevos equipos y terminales.

Esta evolución se ha materializado con la imposición de exigencias de despliegue de redes propias más modernas en las tecnologías especificadas en los Pliegos, especialmente en el caso de los nuevos operadores que entran en el mercado, acompañadas del derecho a utilizar en el tránsito a este despliegue las redes ya instaladas, que en el caso de los nuevos operadores se han traducido en el llamado derecho de itinerancia, siempre de carácter provisional, que supone el uso de las redes establecidas por quien tiene que desplegar una red nueva.

No es pensable que este esquema, plenamente razonable y exitosamente probado en el caso de la tecnología DCS-1800, haya sido ignorado en el caso de las nuevas tecnologías de tercera generación.

b) Análisis de las tecnologías de tercera generación.

En primer lugar es preciso dejar claro que IMT-2000 no es una tecnología sino un conjunto de requisitos que debe cumplir cualquier tecnología para ser considerada amparada en la calificación IMT-2000.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Como consecuencia de ello no sería adecuado hablar de tecnología IMT-2000 sino de tecnologías IMT-2000. De hecho como queda recogida en la documentación oficial de la UIT, en estos momentos existen sólo para sistemas terrestres (se desarrollan también sistemas IMT-2000 con base en satélites) cuatro tecnologías principales¹ respecto al acceso radio y un sinnúmero de variantes respecto al núcleo de red. Así las tecnologías se diferencian tanto en las características de la red de acceso radioeléctrica como en el llamado núcleo de red o red de concentración.

El principal hecho tecnológico es que mientras que la red de acceso presenta unas características técnicas absolutamente diferenciadas de las generaciones anteriores, el núcleo de red tiene una característica evolutiva a partir de los núcleos de red utilizados con las tecnologías de generaciones anteriores.

En particular, el estándar UMTS promovido por el ETSI, se conforma como un sistema de acceso radioeléctrico de tecnología WCDMA (Wideband CDMA) de características totalmente nuevas (lo que exige la construcción de una nueva red de acceso radioeléctrico) e incompatibles con las redes de acceso radioeléctricas GSM y DCS1800 (2ª generación) y una red de concentración o “núcleo de red” cuyas características técnicas son evolutivas comenzando a partir del núcleo de red GPRS (en gran parte compartido con una red GSM) y evolucionando de una forma coordinada por los organismos internacionales de normalización hasta que se configure un núcleo de red basado en tecnología IP (Internet Protocol).

A este respecto es preciso considerar que el proceso de estandarización del UMTS en el ETSI (Instituto Europeo de Estandarización) está a cargo del grupo 3GPP, cuyo objetivo es diseñar una evolución tecnológica desde las infraestructuras GSM a las UMTS. De hecho el primer paquete de normas “congelado en 1999” del núcleo de red UMTS contenido en la Release-99 (R99), que es la que se instalará por todos los operadores europeos es prácticamente a nivel de circuitos una red GSM y a nivel de datos una red GPRS. Esto es así por el propio mandato de estandarización del 3GPP.

En ese sentido se puede afirmar que en el actual estado de normalización de la IMT-2000 en Europa (UMTS), el núcleo de red para servicios de voz es una red GSM y el de datos, una red GPRS.

También se puede afirmar, que a todos los efectos normativos, los mismos núcleos de red actuales GSM y GPRS de los operadores que disfrutaban de licencias GSM900 y DCS1800, van a ser núcleos IMT2000 de sus licencias UMTS.

Para poder prestar servicios de tercera generación los operadores que

¹ W-CDMA, CDMA-2000, TD-CDMA Y UW-136.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

disponen de redes GSM o DCS1800 de 2ª generación han procedido en los últimos meses a construir núcleos de red GPRS y van a iniciar los servicios próximamente a medida que reciban y puedan introducir en el mercado terminales con capacidad GPRS y acceso radio GSM.

En la realidad la llamada generación 2'5 (GPRS) se compone en la práctica de un núcleo de red IMT-2000 y una red de acceso radio GSM. Sin embargo el servicio es ya de tercera generación ya que la tecnología radio UMTS (la UTRAN) implica un incremento de la eficiencia y de la velocidad máxima pero al nivel de desarrollo actual, no influye en la naturaleza cualitativa de los servicios, ya que estos se apoyan en la inteligencia de los nuevos terminales y en las características del núcleo de red.

Como recapitulación de lo anterior, se puede afirmar que es perfectamente legítimo considerar que los operadores que disponen de una red con tecnología GSM de acceso radio y un núcleo de red GPRS van a prestar servicios de tercera generación sobre una red de acceso de segunda generación.

A la vista de este hecho, tiene sentido la alegación de XFERA en el sentido de que su situación respecto de sus competidores no es la idónea si se interpretara que carece de título habilitante anterior que le permita prestar servicios a través del GPRS, como van a hacerlo sus competidores, extremo que analizamos a continuación.

c) Análisis de la situación desde la perspectiva de la libre competencia en el mercado.

Todos los operadores de móviles que actualmente prestan servicios GSM/DCS 1800 han anunciado planes de comercialización de servicios GPRS para los próximos meses.

Como hemos visto, el sistema GPRS puede entenderse como una red de conmutación de paquetes superpuesta a la actual red GSM (de conmutación de circuitos), compartiendo el interfaz radio, que permite conexión y transporte de alta velocidad, hasta 170 kbit/s, con conexión permanente (el canal de radio sólo se utiliza cuando se reciben o transmiten datos, lo que permite que varios usuarios puedan compartir un radiocanal), la facturación se puede basar en la cantidad de tráfico transmitido y la calidad del servicio...

Con este sistema, un usuario podrá acceder a redes públicas y privadas de datos con protocolos normalizados (IP, X25), pudiendo recuperar su correo, navegar por INTERNET, realizar transferencias de ficheros, mensajería unificada..., todo eso y más desde un móvil.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, la implantación de este sistema exige establecer unos dispositivos de conmutación de paquetes que no existen en las redes GSM, basadas en la conmutación de circuitos, como hemos dicho.

No resulta necesario describir todos los elementos nuevos que constituyen esta red superpuesta. Lo que parece evidente, es que se trata de una red de datos con una capacidad de comunicación distinta y mayor de las hoy contempladas en las licencias GSM y DCS 1800.

Este tipo de red superpuesta guarda gran similitud con la primera de las versiones de UMTS (la R99), que también supone una arquitectura combinada de red GSM/DCS 1800 de voz con una de datos. Es una versión ulterior (la R5) la que permite combinar y converger ambos tipos de conmutación, y permitiendo la misma señalización para voz y datos.

Incluso existen versiones dentro de los sistemas IMT-2000, como puede ser la GPRS-136 del sistema de conmutación de paquetes UWC-136 que permiten servicios de tercera generación sobre la capa GPRS, sin utilizar recursos de red en modo circuito.

Esto es, se puede considerar que GPRS se constituye como un sistema antecedente de UMTS, más cercano a él que el GSM, al menos como arquitectura de red. Además, y es un valor importante, permite el tránsito hacia UMTS por cuanto las primeras versiones de este sistema, las que además se prevé que se utilizarán al principio, se basan en la misma estructura o muy parecida de nodos GPRS.

En este sentido, esta tecnología responde a la evolución de las redes móviles a la que antes nos hemos referido, que resulta plenamente coherente con la introducción de servicios más avanzados que se prestan no sobre el vacío o desde la nada sino desde la experiencia en nuevos servicios con tecnologías probadas y explotadas comercialmente.

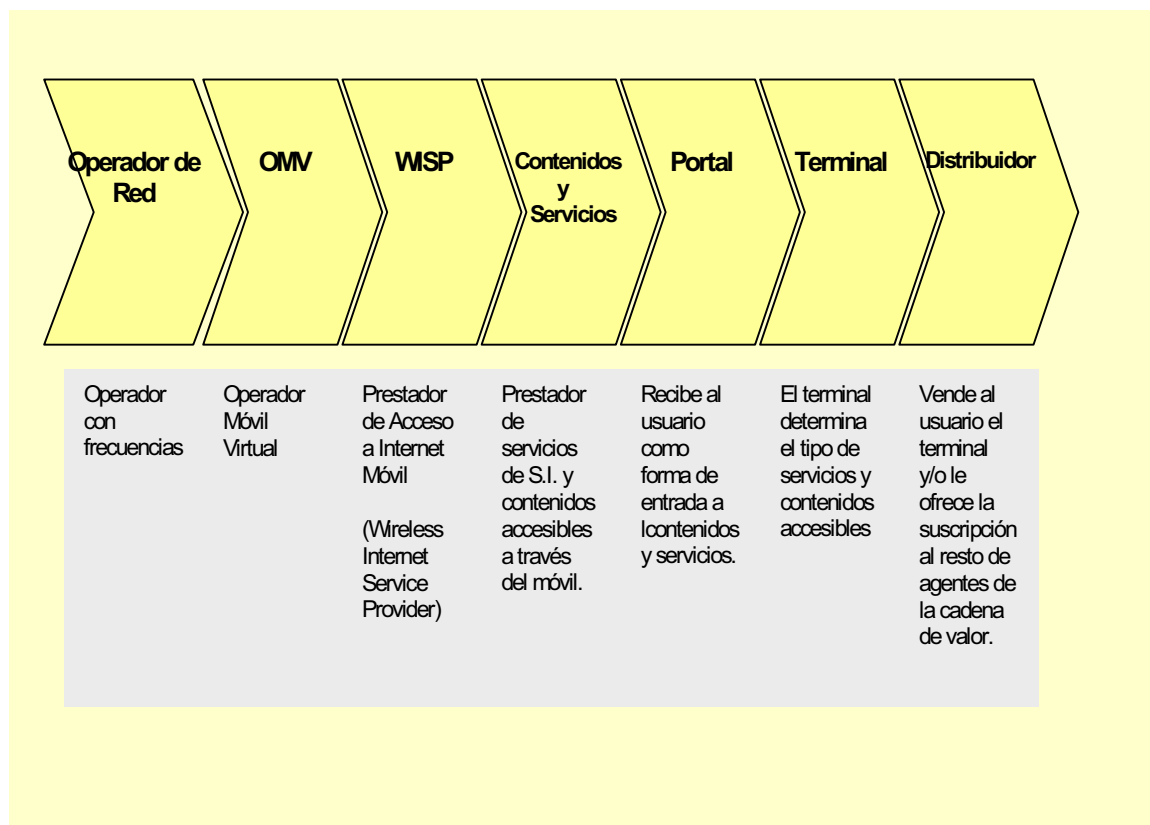
Dicho lo anterior, procede a continuación examinar las consecuencias que para el desarrollo de la competencia de servicios de tercera generación puede suponer el que tres de los cuatro operadores inicien servicios GPRS, mientras que un cuarto operador pudiera resultar imposibilitado, en principio, para iniciar la comercialización de esos mismos servicios.

Puede, en este sentido, adelantarse cómo el momento de inicio de la actividad con respecto al resto de competidores determina en buena medida la posición de la empresa en el mercado de modo permanente en el tiempo, así como sus posibilidades competitivas.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Es más, una entrada tardía puede afectar, incluso, a la propia posibilidad de acceder a proveedores y distribuidores, dadas las relaciones que los competidores pueden haber ido creando con los mismos.



Considerando el ejemplo del gráfico anterior, en el que se presenta, a modo de ejemplo, una hipotética cadena de valor referida a los servicios de comunicaciones móviles en lo concerniente, específicamente, al acceso a servicios y contenidos de la Sociedad de la Información, lo lógico sería que los primeros entrantes se hagan con los servicios de los mejores proveedores –de aplicaciones, servicios, contenidos, terminales- y distribuidores, en forma de exclusividad en la medida en que puedan imponerla de forma jurídica o económica. De hecho, el acceso a los canales de distribución o a ciertos servicios/contenidos puede erigirse en una barrera a la entrada más fuerte, si cabe, que las referidas en los párrafos anteriores.

Por tomar en cuenta tan sólo uno de los muchos factores que, como se ha referido, se ven afectados y aun determinados por el momento de entrada con respecto a los competidores, el de la experiencia, puede destacarse cómo la Comisión europea, en su *Comunicación sobre la Introducción de las comunicaciones móviles de tercera generación en la Unión Europea: Situación y perspectivas de futuro*, de 20 de marzo de 2001 señalaban su importancia crucial en el lanzamiento del UMTS con respecto al GPRS:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“El lanzamiento de los servicios 2.5G puede constituir un paso crucial para la aceptación satisfactoria de los sistemas de tercera generación, en la medida que hará posible el desarrollo progresivo del mercado y constituirá un amplio ensayo (...) permitiendo con ello una previsión fiable de la evolución del mercado que existirá para los servicios de tercera generación propiamente dichos, así como la constitución de una base inicial de clientes a través de inversiones relativamente reducidas para mejorar las redes de GSM ya existentes”.

“Es esencial que todas las partes interesadas (...) adquieran experiencia con las nuevas aplicaciones inalámbricas de transmisión de datos”.

Sirvan las anteriores consideraciones como simples ejemplos de una premisa evidente, cual es la de que no es en absoluto indiferente en qué momento entra un nuevo competidor en el mercado, pues de ello se derivarán en buena parte su volumen de negocio, su cuota de mercado, su posibilidad de acceso a los proveedores y distribuidores, así como muchos otros elementos derivados de los anteriores, como puedan ser las economías de escala, la reputación de la marca, el acceso a los mercados de capitales o la valoración misma de la empresa. En definitiva, se ve afectada la posición competitiva y estrategia frente al mercado y, en consecuencia, su rentabilidad y viabilidad consiguientes.

Abunda en lo anterior, además, el hecho de que en este caso nos referimos concretamente al mercado de las comunicaciones móviles, que ha mostrado unas cuotas de crecimiento del mercado hasta ahora desconocidas, llegándose a la madurez del mismo en plazos muy breves, con un comportamiento del usuario sin precedentes, por lo que en este mercado se debe prestar una atención singularmente mayor que en otros al momento de entrada de los nuevos agentes, de forma que no se ponga en peligro su viabilidad, se logre una mayor competencia en el mercado y los usuarios se beneficien de las consiguientes ventajas.

La situación para un entrante tardío se agrava, además, en el caso concreto del mercado español de las comunicaciones móviles, por los siguientes motivos que ya resaltaba el Informe elaborado en su momento por la CMT sobre el mercado de comunicaciones móviles personales:

- “La *situación de incertidumbre* provocada por la rápida sucesión de tecnologías, que incrementa el riesgo ante la confluencia de cortos períodos de amortización con la necesidad de grandes inversiones en equipamiento y redes que quizás no están apoyadas en una demanda real de servicios sino en una expectativa de los mismos (...)”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta situación se agrava con respecto a los operadores entrantes, con respecto a los cuales se debe en consecuencia prestar la mayor atención con el fin de no perjudicar aún más su difícil situación en estos términos. Así, en su *Comunicación sobre la Introducción de las comunicaciones móviles de tercera generación en la Unión Europea: Situación y perspectivas de futuro*, de 20 de marzo de 2001, la Comisión Europea se exponía que:

“Los costes financieros serán especialmente difíciles de soportar para los nuevos participantes que todavía no han establecido sus redes ni cuentan con una presencia en el mercado. Igualmente, los elevados costes iniciales podrían afectar de manera negativa a las inversiones previstas para el desarrollo de los nuevos servicios de tercera generación, lo que limitaría las posibilidades de creación de una amplia base de consumidores”.

- *“El crecimiento espectacular (en cuanto al número de abonados) de la telefonía móvil puede detenerse según expertos y operadoras a corto plazo, cuando se alcance el techo de nuevos usuarios, que para el caso de España, puede coincidir con una penetración del servicio entre el 70 y el 75% de la población”.*
- *“En materia de costes de las redes no hay que olvidar las singularidades del caso español, que es uno de los territorios más extensos y mejor cubiertos de la Unión Europea con una baja densidad de habitantes (78 hab/Km), con más de un 80% del Territorio con menos de 50 hab./Km², una orografía que encarece el desarrollo de las redes y unas migraciones estacionales de la demanda que obliga a sobre dimensionar parte de la red. Estas circunstancias especiales del caso español son las razones que plantean los operadores móviles actuales para cifrar que el coste de sus redes es superior en un 50% al coste medio de las redes en Europa”.*
- *“Estos datos también nos indican posibles desventajas competitivas de los nuevos operadores entrantes frente a los ya establecidos. Efectivamente, los nuevos operadores que se puedan establecer en el mercado, al requerir de una inversión cuantiosa, se encontraran en desventaja con respecto a los operadores ya establecidos, dado que requerirán de precios más altos para recuperarlas lo más rápido posible, (necesidad de amortizar las inversiones ante la llegada de nuevas tecnologías al mercado) permitiendo que los operadores ya presentes se beneficien de las economías de escala conseguidas hasta ese momento”.*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Por último, *“la entrada en un mercado como el español de un tercero y siguientes es mucho mas difícil por el nivel de concentración que en un mercado con situación mas equilibrada”*.
- *“[otra] barrera consiste en la capacidad de los operadores antiguos, con poder de mercado, para establecer unas condiciones de entrada a los nuevos más costosas, como es la reducción de precios, que retrasan el punto de Break Even de las inversiones de los nuevos operadores, el control sobre alguno de los cuellos de botella de la actividad (red de distribución, mejores emplazamientos geográficos, campañas publicitarias masivas y costosas, etc..)”*.

En resumen, de nuevo siguiendo los términos del citado Informe CMT:

“Los nuevos operadores en el mercado de comunicaciones móviles se encuentran con tres tipos de barreras de entrada: la primera y más obvia es la necesidad de una cantidad razonable de espectro radioeléctrico, la segunda la forman recursos financieros necesarios para iniciar la actividad y la tercera el poder de mercado de los agentes ya implantados.

Desde un punto de vista de mercado, el efecto de los tres tipos de barreras sobre los nuevos operadores es similar: les resulta muy difícil ocupar posiciones en el mercado, lo cual trae como consecuencia la concentración del mercado en manos de los operadores antiguos. Cuanto mayor sea el coste generado por las restricciones impuestas por vía de la regulación, o sufridas para vencer el poder de mercado, el coste de entrada será mayor, el nivel de competencia menor y la posibilidad de encontrar situaciones de prácticas colusorias, cártel de precios y pactos restrictivos de la competencia, será mayor”.

En concreto, respecto al espectro, se destacaba en el Informe “el desequilibrio existente en la distribución de recursos radioeléctricos de los agentes presentes en el mercado. Este desequilibrio adquiere mayor importancia a la luz de la decisión de la Conferencia Mundial de Radiocomunicaciones de este año (WRC 2000), por la que se señalan bandas para la extensión de la tecnología UMTS que incluyen a los rangos de frecuencias que ahora están siendo utilizados por el GSM 900 y el DCS 1800. De acuerdo con dicha decisión, el operador más antiguo, TM tendría una asignación de espectro de 2 x 48 MHz + 5MHz utilizables a medio plazo en tecnología UMTS mientras que el más reciente XFERA sólo 2 x 15Mhz + 5. Los otros tendrían unos recursos intermedios. El desequilibrio a futuro es patente y se refleja en una relación superior al 3 a 1, entre el operador más antiguo y el más reciente”.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con respecto, en concreto, a XFERA, ya se adelantaba en el referido Informe CMT cómo:

“el único agente nacional que podría reactivar la competencia en ausencia de otras medidas sería XFERA.

Sin embargo, la contribución de XFERA a la reactivación de la competencia no parece que pueda ser tan rápida ni tan intensa como la que en su día provocó AMENA debido a los siguientes condicionantes:

Comienza con una tecnología que aún está en fase de desarrollo que le puede retrasar (no se esperan terminales UMTS hasta finales de 2001).

Entra en un mercado que está sin crear el de Internet móvil. (AMENA entro en un mercado, el de voz, ya creado por los esfuerzos conjuntos de AIRTEL y T.M.).

Llega a un mercado de voz ya maduro, donde solo podrá diferenciarse por el precio. Pero no estará motivado a hacerlo durante los primeros años, dado que la compañía estará en pérdidas.

La presencia de Xfera no sería un factor importante de ruptura del equilibrio hasta dentro de unos dos años, o incluso más, si el GPRS arrancase con fuerza, dado que el nuevo operador tiene que afrontar en solitario o con poca ayuda el desarrollo del mercado de servicios de datos de mayor ancho de banda, de tercera generación, en tecnología UMTS.

A este respecto, es preciso indicar que el derecho a roaming nacional sobre las redes GSM que le proporcione su licencia, no podrá ser aprovechado en el mercado de voz hasta que estén disponibles terminales duales (GSM-UMTS), que lógicamente serán más caros. Indudablemente esto generará a este nuevo operador un mayor coste de adquisición de clientes (SAC)”.

A la vista de todo lo expuesto, no puede sino concluirse que se han agravado sustancialmente las posibilidades competitivas de XFERA, tanto por el retraso en la disponibilidad de la tecnología UMTS como por el comienzo por parte del resto de operadores de servicios GPRS.

La ventaja competitiva de los operadores ya establecidos se traducirá en todos aquellos aspectos que se han destacado como favorables para la implantación futura del UMTS: experimentación de nuevos servicios, constitución de una base inicial de abonados que pueda ser migrada con facilidad de los servicios GPRS a los de UMTS, aprovechamiento de las redes ya instaladas, parcialmente amortizadas, conclusión de contratos con proveedores de contenidos que puedan ser servidos tanto con GPRS como con UMTS...



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Estas ventajas le estarían vedadas al operador nuevo UMTS si tuviera que esperar al desarrollo tecnológico de este sistema específico tal como está normalizado por el ETSI. Con lo cual, en el momento de iniciar la prestación del servicio, se encontraría con redes de competidores, de gran similitud, plenamente operativas y probadas, con una base de clientes, ya operando en servicios de datos, de difícil captura (cuando menos más difícil que el supuesto en el que los clientes móviles sólo fueran de voz y se tratara de competir en el mercado para los servicios de datos); con suministros de contenidos, prioritarios en el caso de los servicios de tercera generación, ya comprometidos con los competidores.

Añádase a lo anterior el coste de imagen y financiero que supone para el nuevo operador el que aparezcan en el mercado nuevos servicios de datos similares o equivalentes a los de tercera generación ofrecidos por sus competidores, sin que al tiempo pueda replicar esa oferta de lo que además constituye su mercado natural según el Pliego: los servicios de tercera generación.

En fin, la situación competitiva no sería la adecuada para un entorno ya adelantado y concebido en el Pliego: que todos los operadores con licencia IMT-2000, sean los titulares de otras licencias de móviles, sea el adjudicatario de la licencia específica UMTS, puedan comercializar servicios de tercera generación en situación de partida similar.

d) Respuesta a las cuestiones planteadas.

En esta tesitura, examinados los aspectos tecnológicos y de competencia, puede ya procederse a la contestación de la consulta planteada por XFERA.

La pregunta de XFERA es doble:

- a) Si puede iniciar la comercialización de servicios GPRS/GSM.
 - b) De ser afirmativa la respuesta, si la comercialización puede hacerse bien con red propia, bien utilizando las redes de sus competidores.
-
- a) Del análisis tecnológico sobre los diferentes sistemas puede muy bien afirmarse que los operadores que disponen de una red con tecnología GSM de acceso radio y un núcleo de red GPRS estarían prestando servicios de tercera generación sobre una red de acceso de segunda generación.

Esto es, desde el punto de vista de los servicios que se van a desplegar, que suponen una combinación de voz y datos con una velocidad de acceso



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

superior a la que hoy se viene empleando en soluciones como “WAP-GSM”, se puede sostener perfectamente que esos servicios se clasifican mejor dentro de lo que se entiende por comunicaciones móviles de tercera generación que en los hoy calificados como servicios de segunda generación.

Ya hemos dicho que en la telefonía móvil el desarrollo de nuevos servicios responde a una evolución tecnológica paulatina, que determina un acomodo, a veces difícil de encontrar, en las categorías de licencias que se van otorgando precisamente valorando, entre otros aspectos, la tecnología más idónea para prestar esos servicios.

En este sentido, a diferencia de casos anteriores, no existe una mención específica del sistema GPRS como la tecnología a implantar en la regulación de los diferentes servicios de comunicaciones móviles, por lo que resulta preciso realizar una interpretación aclaratoria como la que plantea XFERA.

Pues bien, esta Comisión considera que a falta de esta mención específica, puede muy bien interpretarse que los servicios GPRS pueden ser prestados al amparo de las Licencias B2 llamadas de tercera generación, y ello por tres razones esenciales:

- Por las razones tecnológicas y de prestación de servicios, ya expuestas.
- Por razón de un adecuado desarrollo de la competencia en el mercado, que quedaría dañado si se interpretara que los servicios GPRS quedan comprendidos en el ámbito de las licencias GSM/DCS-1800, pudiendo erigirse en tal caso barreras de entrada en el mercado de cierta importancia respecto del operador XFERA.
- Por razón de un desarrollo armonizado en el ámbito europeo de las diferentes situaciones que se plantean en la comercialización de servicios UMTS, una vez acreditado el retraso tecnológico de esta opción. Este desarrollo armonizado parece encauzarse, según recomienda la Comisión Europea, por la implantación de servicios GPRS, que deben propiciar el que los operadores con licencias nuevas UMTS no queden desplazados, ya sea por razones tecnológicas, ya financieras, ya de despliegue de red.

En este sentido, puede concluirse indicando que las licencia B2 otorgada, entre otros operadores, a XFERA, ampara la prestación de servicios de tercera



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

generación, y entre ellos puede considerarse incluido el denominado servicio GPRS.

b) Respecto de la segunda cuestión, esto es, si ese servicio podría prestarse a través de red propia o a través de las redes de otros operadores, debe señalarse que desde el punto de vista tecnológico y de red, caben varias opciones de prestación de los servicios de comunicaciones móviles de tercera generación:

- Prestación del servicio con un núcleo de red IMT2000 propio y utilización de la red de acceso GSM de los licenciatarios GSM y DCS-1800.
- Prestación del servicio utilizando núcleo de red IMT2000 (GPRS/GSM) y red de acceso GSM de los licenciatarios GSM y DCS 1800, mediante el correspondiente acuerdo de itinerancia.
- Prestación del servicio con un núcleo de red IMT 2000 propio y una red de acceso UTRAN (IMT-2000) propia.

Pues bien, como se vio en el apartado primero de este informe, la cláusula 38 del pliego recoge la posibilidad de que XFERA pueda exigir a los operadores móviles ya instalados itinerancia nacional. Esta posibilidad no exime a XFERA de la obligación de que en su red propia preste el servicio exclusivamente a través de la tecnología IMT.2000, en su modalidad UMTS.

En este sentido, no sólo la cláusula 38 abona esta interpretación, sino otras cláusulas del Pliego como la cláusula primera que ordena que al menos una de las licencias B2 estará reservada a la implantación de sistemas UMTS, o el conjunto de cláusulas que reconocen el derecho a obtener el espectro radioeléctrico necesario para la prestación del servicio.

Precisamente respecto del desarrollo de esta red propia UMTS, la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la sociedad de la información ha resuelto prorrogar por un período de diez meses el cumplimiento de la obligación de implantación de ese servicio, lo cual no significa que en el interín no puedan desarrollarse otros servicios como el GPRS, que debe coexistir en el medio plazo con el servicio UMTS, tal como asimismo se reconoce en esa misma resolución.

En consecuencia, no resulta posible de acuerdo con el Pliego considerar que XFERA pueda prestar con red propia el servicio GPRS.

Cosa diferente es que el servicio pueda ser prestado mediante redes de otros



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

operadores.

En este marco tiene pleno sentido la aplicación de las disposiciones de las Directivas comunitarias en materia de acceso a las redes e interconexión, las de nuestra LGTel, a la que el propio pliego se remite como hemos visto en su cláusula 3ª, y el conjunto de previsiones contenidas en la normativa de desarrollo de dicha Ley, de la que el propio pliego es un elemento.

Cobran así importancia esencial las disposiciones que se contienen, por remisión, en las Directivas comunitarias y en nuestra legislación de telecomunicaciones, así como, el análisis de la naturaleza de los denominados servicios GPRS.

Por lo que se refiere al primero de los puntos hay que destacar lo establecido en la **Cláusula 23ª. “Derechos de los titulares de las licencias”** al señalar en su **letra g)** que les corresponden “En general, **cualesquiera otros derechos que se le reconozcan en el presente pliego o le correspondan como titular de la licencia en virtud de lo establecido en la legislación vigente**” y la **cláusula 36ª** que en materia de “Interconexión con redes públicas telefónicas fijas y con otras redes públicas de telecomunicaciones establece que “Los titulares de las licencias tendrán los **derechos de acceso e interconexión** a las redes públicas telefónicas fijas y a otras redes públicas **recogidos en el capítulo IV del título II de la Ley General de Telecomunicaciones en el Reglamento de Interconexión y Numeración** y en el punto b) de la cláusula 23 del presente pliego”.

Además añade que dichos acuerdos de interconexión, serán libremente fijados entre las partes resolviendo la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones si no se llegase a un acuerdo satisfactorio entre ellas, reconociendo el derecho de interconexión y acceso con redes fijas y “**otras redes públicas**”, lo que (de acuerdo por otra parte con la Directiva 97/33/CE, como veremos) incluye a los móviles.

Ello atrae por consiguiente, la aplicación de las previsiones de la legislación vigente sobre acceso a las redes: accesos especiales y normas de competencia, de acuerdo con el Derecho nacional y comunitario.

En este ámbito, de acuerdo con la Decisión 128/1999 “UMTS” ya citada, es preciso tener en cuenta lo establecido en las siguientes Directivas:

- Directiva 96/2/CE (Considerando 8º). En concreto, cuando un Estado miembro conceda o ya haya concedido licencias DCS 1800, la concesión de licencias nuevas o suplementarias a operadores de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

GSM o DCS 1800 sólo podrá tener lugar en condiciones que garanticen una competencia efectiva.

- Directiva 96/19/CE (Considerando 13º). En principio, el acceso y la interconexión deberá ser objeto de negociación entre las partes, sin perjuicio de la aplicación de las normas de competencia aplicables a las empresas.

Pero a los efectos que aquí interesan resulta aún más esencial la invocación de los principios recogidos en la Comunicación de la Comisión Europea sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en materia de telecomunicaciones.

En este sentido, la Comisión Europea indica que al analizar los mercados afectados, es preciso observar la **evolución del mercado a corto plazo**. (Apartado 37º), siendo conceptos especialmente importantes los que se refieren a:

- 1) **Mercados afectados**. Distingue la Comisión dos tipos de mercados a considerar:
 - **Servicios.- Apartado 43**. Este mercado consiste, en términos generales, en la prestación de cualquier tipo de servicios de telecomunicaciones a los usuarios. Se considerará que los diferentes servicios de telecomunicaciones son sustituibles si presentan un grado suficiente de **intercambiabilidad** para el usuario final, lo que significaría que **puede desarrollarse una competencia efectiva entre los diferentes prestadores de tales servicios**.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- **Instalaciones.- Apartados 44 y 47.**

Para que los proveedores puedan prestar servicios a los usuarios finales, a menudo **será necesario que dispongan de acceso** a una o más instalaciones (en la parte anterior o posterior del mercado). Por citar un ejemplo, si se desea prestar físicamente el servicio a los usuarios finales, han de disponer de acceso a los puntos terminales de las redes de telecomunicaciones a las que están conectados tales usuarios finales. Dicho acceso puede lograrse a nivel físico mediante infraestructura local exclusiva o compartida, ya sea prestada por el propio prestador de servicios o arrendada aun suministrador de infraestructura local. Asimismo, puede conseguirse mediante un prestador de servicios que ya dispusiese de estos usuarios finales como suscriptores o mediante un prestador de interconexión que disponga de acceso directo o indirecto a los correspondientes puntos terminales.

Cabe la posibilidad de que algunos operadores tradicionales de telecomunicaciones estén tentados de resistirse a facilitar el acceso a terceros prestadores de servicios u otros operadores de red, especialmente en los ámbitos en los que el servicio propuesto vaya a competir con un servicio prestado por el propio operador de telecomunicaciones. Esta resistencia se puede manifestar en forma de denegación del acceso o de concesión del mismo, aunque exclusivamente en condiciones desventajosas. Corresponde a las normas de competencia garantizar el desarrollo de estos mercados potenciales de acceso y evitar que los operadores tradicionales utilicen su control de acceso para impedir que evolucionen los mercados de servicios.

Se debería hacer hincapié en el hecho de que, en el sector de las telecomunicaciones, cabe esperar que la liberalización conduzca al desarrollo de nuevas redes alternativas que, en último término, influirán en la definición del mercado de acceso en relación con el operador tradicional de telecomunicaciones.

2) **Derecho de acceso.** Considerando el texto analizado que el acceso es elemento determinante de la competencia recoge a su respecto varias previsiones especialmente relevantes ahora:

- Apartado 72.- Se pueden dar tres situaciones distintas que resultarían contrarias a la legislación de competencia entre ellas "La denegación de acceso en relación con un servicio en el caso



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de que el proveedor haya concedido acceso a otro operador para ejercer su actividad en dicho mercado de servicios”.

Para determinar si la denegación de ese acceso puede desembocar en una situación anticompetitiva y las condiciones en que en su caso debe reconocerse, los apartados 75, 76, 79 y 80 resultan determinantes.

- Apartado 75.- Se trata de determinar si el proveedor de acceso debería estar obligado a celebrar un contrato con el prestador de servicio para que este último pueda operar en un nuevo mercado de servicios.
- Apartado 76.- Si no existiesen alternativas comercialmente viables al acceso que se solicita, la parte que lo solicita no podría operar en el mercado de servicios. En consecuencia, la denegación en este caso limitaría el desarrollo de nuevos mercados o nuevos productos en dichos mercados en sentido contrario a lo dispuesto en la letra b) del artículo 86.
- Apartado 79.- El punto de partida para el análisis de la Comisión será la identificación de un mercado ya existente o potencial para el que se solicita el acceso. Con objeto de determinar la conveniencia de que se concede el acceso en aplicación de las normas de competencia, se tendrá en cuenta toda vulneración por parte de la empresa dominante de su obligación de no discriminar los siguientes elementos, con carácter acumulativo:
 - a) El acceso a la instalación en cuestión es, en términos generales, fundamental para que las empresas compitan en dicho mercado afín.
En este caso, se trata de dilucidar qué es esencial. No bastaría con que, en caso de concederse el acceso, la posición de la empresa que lo solicita fuese más ventajosa, sino que es preciso que su denegación implique la imposibilidad o la inviabilidad absoluta e inevitable de las actividades propuestas.
 - b) Se dispone de suficiente capacidad para facilitar el acceso.
 - c) El titular de la instalación no consigue satisfacer la demanda en un mercado de servicio o producto ya existente, bloquea la irrupción de un nuevo servicio o producto potencial, o impide la competencia en un mercado ya existente o potencial de servicios o productos.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- d) Las empresas que solicite el acceso está dispuesta a abonar el precio razonable y no discriminatorio fijado y, por lo demás, aceptará unas condiciones de acceso no discriminatorias.
 - e) No existe justificación objetiva alguna para denegar el acceso.
- Apartado 80.- La cuestión de la justificación exigirá un análisis especialmente riguroso en este ámbito. Además de determinar si las dificultades mencionadas en un caso específico revisten la gravedad suficiente para justificar la denegación del acceso, las autoridades pertinentes también han de decidir si tales dificultades bastan para compensar el perjuicio acarreado a la competencia en caso de denegación del acceso y la consiguiente limitación de los mercados de servicios descendentes.

Todos estos principios informan y permiten interpretar las disposiciones contenidas en el **art. 24 de LGTel** que establece los principios aplicables al **acceso a las redes**:

- “1. Los titulares de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de dominantes deberán facilitar el acceso a sus redes en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, a todos los usuarios y prestadores de servicios de telecomunicaciones que lo soliciten.
Además, deberán atender las solicitudes técnicamente viables y debidamente justificadas, de acceso a la red de puntos distintos a los de terminación de red ofrecidos a la generalidad de los usuarios. A estos efectos, las partes, en función de dichas solicitudes negociarán el correspondiente acuerdo y, a falta de éste, se estará a lo dispuesto en el artículo siguiente, en cuanto a la resolución de conflictos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.
- “2. En el reglamento al que se refiere el artículo 22.7 se establecerán los requisitos para el acceso abierto a las redes de telecomunicaciones, de acuerdo con la normativa comunitaria y con los principios recogidos en este capítulo. Asimismo, en dicho reglamento, se establecerán las condiciones exigibles para permitir accesos especiales a las redes a los grupos cerrados de usuarios. Las condiciones deberán someterse a los criterios de objetividad, transparencia y no discriminación que se fijan en el apartado anterior y habrán de tomar en consideración la importancia de la red y de los servicios propios del grupo cerrado de usuarios y la circunstancia de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que éste puede estar integrado por una Administración pública y sus Entes públicos.

Los elementos a tomar en consideración para la valoración de los costes para determinar las condiciones de los accesos especiales, serán similares a los tomados en consideración para los acuerdos de interconexión”.

Ello resulta conforme con lo establecido en la Directiva 97/33/CE, cuyo Considerando 6º previene que “Para favorecer el desarrollo de nuevos tipos de servicios de telecomunicación, es importante fomentar las nuevas formas de interconexión y acceso especial a la red en puntos distintos de los puntos de terminación e la red ofrecidos a la mayoría de los usuarios finales”.

Igualmente su Considerando 13º, señala que, “de conformidad con la Directiva 90/387/CEE, los requisitos esenciales que justifican la restricción del acceso a las redes o servicios públicos de telecomunicación y el uso de los mismos se limitan a la seguridad del funcionamiento de la red, el mantenimiento de su integridad, la interoperabilidad de los servicios en casos justificados y la protección de los datos, según proceda; que los motivos de tales restricciones deben hacerse públicos; que las disposiciones contenidas en la presente Directiva no impiden a un Estado miembro tomar medidas justificadas por las razones enunciadas en los artículos 36 y 56 del Tratado, y en particular por razones de orden públicos, moralidad y seguridad públicas”.

En consonancia con ambos, **el art. 4.2** dispone que, “Los organismos autorizados a suministrar redes públicas de telecomunicaciones y servicios de telecomunicaciones accesibles al público que figuran en el Anexo I que tengan un peso significativo en el mercado deberán satisfacer todas las solicitudes razonables de conexión a la red, incluso en puntos distintos de los puntos de terminación de la red ofrecidos a la mayoría de los usuarios finales”.

La parte 3 del Anexo I citado en dicho art. 4.2 recoge específicamente como redes sometidas a las condiciones de acceso:

- Redes públicas de telefonía móvil. Por red pública de telefonía móvil se entenderá una red pública de telefonía en la que los puntos de terminación de la red no están en ubicaciones fijas.
- Servicios públicos de telefonía móvil. Por servicio público de telefonía móvil se entenderá un servicio cuya prestación consiste, total o parcialmente, en el establecimiento de radiocomunicaciones con un usuario móvil, y que utiliza, total o parcialmente, una red pública de telefonía móvil.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Finalmente el **Reglamento de Interconexión** contiene dos artículos relevantes a los efectos que aquí interesan en virtud de lo, establecido en las cláusulas 3ª, 23ª y 36ª del pliego de condiciones tantas veces citado:

- **Art. 6. Acceso a las redes.** Las condiciones de acceso a las redes públicas de telecomunicaciones o a los servicios de telecomunicaciones disponibles al público, deberán fundarse en los principios generales de objetividad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación.
No se podrá limitar el acceso, excepto cuando esté justificados en el respeto de los requisitos esenciales o en los supuestos a que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de este Reglamento. En los accesos a las redes públicas de telecomunicaciones, serán de aplicación las condiciones establecidas para la conexión de equipos terminales a la red.
- **Art. 7.1. Accesos especiales.** Los titulares de redes públicas de telecomunicaciones que tengan la consideración de dominantes deberán atender las solicitudes técnicamente viables y debidamente justificadas de acceso especial a la red. A estos efectos, se entiende por acceso especial el que se lleva a cabo en puntos distintos de los de terminación ofrecidos, con carácter general, a los usuarios finales. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá limitar la obligación de proveer accesos especiales en casos concretos, cuando resulten inadecuados en relación con los recursos disponibles par atender la solicitud y existan alternativas técnica y comercialmente viables.
Cuando los operadores a los que se refiere este apartado denieguen una solicitud de acceso especial a la red, deberán comunicar a los petitionarios, pro escrito, una explicación justificada de las razones por las que se ha rechazado la solicitud.

CONCLUSIÓN.

XFERA está habilitada por su Licencia B2 para prestar servicios GPRS de conformidad con el marco jurídico que se ha expuesto en la presente Consulta.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Vº Bº EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José María Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes

D. José M^a Vázquez Quintana, en su calidad de miembro del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y en relación con la Resolución del Consejo de la CMT respecto al expediente RO 5368 aprobada en sesión nº 35/01 del día 11 de octubre de 2001, emite el siguiente voto particular.

La Resolución aprobada se fundamenta en una valoración de la situación relativa en que se encuentran los concesionarios de licencias para operar servicios UMTS en España. De una parte, se valoran las posibilidades de evolución del negocio de los tres concesionarios que disponen previamente de licencias para la segunda generación GSM o DCS-1800 de comunicaciones móviles, y por otra parte se valoran las oportunidades que tiene el cuarto licenciataria de la tercera generación de comunicaciones móviles, XFERA.

8 De este análisis se desprende que la posición de XFERA frente a los otros tres operadores de comunicaciones móviles está desfavorecida desde su inicio y que la moratoria, al parecer no prevista, de la disponibilidad de medios para iniciar la oferta de servicios propios de la tercera generación de las comunicaciones móviles, no hará sino acentuar aquella desventaja competitiva.

W Sobre esas valoraciones la Resolución aprobada proyecta un análisis del marco jurídico aplicable, destacando los principios de liberalización de los mercados que han inspirado la redacción tanto de las directivas comunitarias como de la legislación española.

En mi opinión, el marco jurídico español aplicable a esta consulta concreta, acaba de perfilarse en las condiciones establecidas en las bases del concurso para la concesión de cuatro licencias de tipo B2 habilitantes para la explotación de servicios de comunicaciones móviles de tercera generación, y en los ofrecimientos y compromisos que cada operador licenciataria haya asumido en sus ofertas. Todo ello se ha integrado en el marco jurídico con los demás instrumentos de rango mayor que entroncan en su origen con los principios de libertad de empresa.

En la Resolución aprobada parece opinarse que de todo aquel marco jurídico, hay partes que no son aplicables a la situación estudiada. Varias hipótesis he considerado que pudieran respaldar esta opinión:

1. Las cláusulas de los concursos mediante los que se otorgaron las correspondientes licencias de tercera generación no permiten respetar los principios de fomento de la competencia, por lo que deben ser obviadas en las resoluciones de la CMT. A mi juicio, si tal fuera el caso, debe proponerse

la modificación de las cláusulas a la Administración competente para ello, pero la CMT no puede obviar su eficacia mientras estén vigentes.

2. Los concursos, una vez resueltos, han creado una nueva situación en la que juegan cuatro operadores solamente. Las desventajas –especialmente si fueran sobrevenidas e imprevisibles- de Xfera respecto a los otros tres justifican la adopción de criterios por parte de la CMT en los que no cuenten ya los preceptos que sí fueron válidos para resolver los concursos. A mi juicio, si tal fuera el caso, Xfera habría venido a ser elegido frente a otros muchos interesados precisamente por aplicación de todos los preceptos incorporados en las bases del concurso. Una vez excluidos los demás la CMT exime a Xfera del cumplimiento, siquiera parcial y transitoriamente, de algunas de aquellas condiciones. De haber conocido que tal hubiera de ser el régimen real de explotación de los servicios, quizá otros candidatos hubieran presentado ofertas diferentes a las que les excluyeron. En mi valoración, esta hipótesis no es asumible.
3. Lo que se autoriza a Xfera no es ningún servicio de aquellos que ampara la licencia obtenida en el concurso, sino otro diferente, como el GPRS. Una vez que Xfera tiene una licencia para la tercera generación de móviles, puede prestar otros servicios que no estén explícitamente excluidos en las condiciones del concurso, pero que tampoco tienen que estar sujetos a estas condiciones. Así, Xfera puede prestar GPRS pero en condiciones no limitadas por las bases del concurso para su licencia. A mi juicio, si tal fuera el caso, cabe preguntarse si otros operadores titulares de licencias varias, que no impidan explícitamente la prestación de servicios GPRS, no podrán prestar también este servicio, lo que parece fuera de lo razonable en el régimen actual de explotación de servicios como el GPRS.
4. Perfilando aún más la hipótesis anterior, cabe pensar que el GPRS es un servicio que sólo tiene sentido para operadores titulares de una licencia tipo B2 como la de Xfera. Buscando una compensación a la situación de desventaja con que afronta la competencia de los otros tres operadores se justificaría la excepción hecha a favor de Xfera. A mi juicio, sin embargo, la posibilidad de operar GPRS sin disponer de medios propios que se reconoce a Xfera en esta hipótesis es también sumamente interesante para equilibrar las posibilidades de competir de muchos otros operadores. Una vez que para Xfera se encuentra una fórmula que le permite prestar estos servicios salvando las limitaciones justificadas por la escasez de radiofrecuencias, es difícil justificar, para mí, por qué puede negarse la misma fórmula a otros operadores. Sin embargo, considero que esta apertura está fuera de lo razonable en la situación jurídica actual.

Reconociendo que ninguna de las hipótesis anteriores, o combinación de ellas, se presentan claramente en la resolución como sustratos para la decisión adoptada, y que pudiera haber otras, el hecho es que no he encontrado otra explícita o implícita que me permitiera adherirme a una propuesta por demás

interesante. Realmente, no encuentro completo el iter del discurso que llevara a la conclusión aprobada.

En mi opinión, si se encuentra una clara inadecuación entre los principios generales de un conjunto normativo como el que afecta a las telecomunicaciones y algunos preceptos, lo que corresponde es modificar y corregir formalmente este marco jurídico y acomodarlo para que resulte eficaz en la consecución de los objetivos generales y en el servicio a los principios generales.

8
w
En el caso particular de las comunicaciones móviles los principios generales de libertad de emprender que se predicán para las telecomunicaciones en la legislación de la Unión Europea y en la española, se han servido muy matizadamente en todos los instrumentos jurídicos de cualquier rango aplicables a las comunicaciones móviles. Se ha aceptado durante los años pasados que la limitación de las radiofrecuencias disponibles para estos servicios conllevara la limitación de redes y la limitación de operadores que compitieran entre sí. Esto no es un error ni un olvido de otras fórmulas posibles que ciñeran la limitación en cuanto al espectro de radiofrecuencias disponible estrictamente a aquellas actividades y funciones que, como la construcción de estaciones de radio de base, no pueden existir ni funcionar sin disponer de ese escaso recurso. La regulación hubiera podido, de haberlo querido así el legislador, dejar libertad para que cualquier empresa pudiera extender la parte fija de las redes de comunicaciones móviles, que en absoluto requiere de radiofrecuencias para funcionar, de la misma forma que hubiera podido prescribir que cualquier empresa comercializara servicios de comunicaciones móviles adquiriendo las prestaciones de las estaciones de base y de las escasas radiofrecuencias disponibles a los titulares de éstas. De esta forma, la escasez de la competencia impuesta por la escasez de los recursos se hubiera ceñido estrictamente a la operación de las estaciones base, pero se hubiera admitido con toda la amplitud posible la libertad de empresa en todas las demás funciones que conducen hasta la comercialización de servicios móviles.

Debe reconocerse, pues, una clara consciencia y voluntad de establecer unas condiciones matizadas en cuanto al ejercicio de la competencia para la actividad de los operadores de comunicaciones móviles que tanto el legislador europeo como el español han mantenido, condiciones que han supuesto un éxito singular en el desarrollo de estos servicios en Europa y en España.

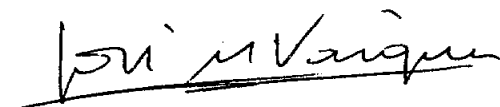
En estas actividades puede reconocerse que el legislador ha atemperado un maximalismo posible en la selección de los preceptos en cuanto a su fidelidad respecto al principio de libre empresa para preferir acompañarlas de condiciones que, atemperando las incertidumbres de una excesiva competencia, supongan un estímulo para que los operadores licenciarios

realicen inversiones mayores contando con una atenuación de los riesgos con respecto a otros escenarios más abiertos.

8 En todo caso, entiendo que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede resolver, via interpretación, las inconsistencias formales que existan entre instrumentos jurídicos diferentes. Asimismo, la CMT puede acabar de definir una posición indefinida del marco jurídico, siempre que no entre en contradicción formal con éste. Cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones encuentre que el marco jurídico es consistente formalmente, pero inadecuado para la situación a la que se refiere, la CMT debe informar para que ese marco jurídico pueda ser formalmente adaptado. Pero la CMT no puede resolver contrariando formalmente un marco jurídico que en sí mismo no tenga contradicciones formales, eligiendo a su propio criterio cuáles preceptos aplicar y cuáles ignorar. Ello supondría crearse un espacio de libertad en la aplicación de las reglas, por el simple expediente de desvincular su criterio de aquellos preceptos e instrumentos jurídicos que en cada momento le parezcan inapropiados. En mi opinión, tal prerrogativa no le corresponde a la CMT.

Por todo lo anterior, y considerando que la resolución aprobada en este expediente pudiera tener interpretaciones y consecuencias importantes y perturbadoras para la evolución del mercado, manifiesto mi disconformidad con dicha resolución

Madrid, 11 de octubre de 2001



José Mª Vázquez