

RESOLUCIÓN (Expte. r 342/98, Euskaltel)

PLENO

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Hernández Delgado, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Huerta Trolèz, Vocal
Franch Meneu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 26 de abril de 1999.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. Franch Meneu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r342/98 (1838 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado para resolver el recurso interpuesto por Facilnet Comunicaciones S.L., Jet Enlaces Telemáticos S.L., Sarenet S.A. y World Wide Web S.L. contra el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 11 de noviembre de 1998, por el que se archivaron las actuaciones iniciadas como consecuencia de su denuncia contra Euskaltel, S.A. por conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, consistentes en la realización de una práctica desleal y abuso de posición de dominio al regalar el acceso a Internet a sus clientes.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 9 de julio de 1998 recibió la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia un escrito de D. José Luis Martín Jaureguibeitia mediante el que, en representación de Facilnet Comunicaciones S.L., Jet Enlaces Telemáticos S.L., Sarenet S.A. y World Wide Web S.L., se formula denuncia contra Euskaltel, S.A. (Euskaltel en adelante) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio (B.O.E. del 18), de Defensa de la Competencia (LDC). Euskaltel sería responsable de las siguientes conductas prohibidas:

1.1 La realización de una práctica desleal consistente en la venta a pérdida al regalar el acceso a Internet a sus clientes con la finalidad de expulsar del

mercado a sus competidores. Euskaltel habría entrado en el mercado de proveedores de Internet del País Vasco para hacerse con el mercado mediante la conducta comercial descrita, lo que podría constituir una práctica desleal a la que sería de aplicación el artículo 7 de la LDC, puesto que restringe sensiblemente la competencia y afecta al interés público.

1.2 El deslizamiento desde un mercado en el que Euskaltel supuestamente ostenta una posición de dominio, el de la telefonía básica, a otro mercado, el de los proveedores de servicios de Internet (PSI, en adelante) del País Vasco, para hacerse con este último mediante la práctica desleal antes descrita. Constituiría, según los denunciantes, un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6 de la LDC.

1.3 La utilización de activos públicos para el desarrollo de su actividad comercial. En concreto, Euskaltel estaría usando la marca Euskalnet de la empresa pública en liquidación Euskalnet, S.A., propiedad del Gobierno Vasco, para comercializar su servicio de acceso a Internet. Esta actuación constituiría, según los denunciantes, un abuso de posición de dominio prohibido por el artículo 6 de la LDC.

2. El Servicio de Defensa de la Competencia decidió practicar una información reservada de acuerdo con el artículo 36.2 de la LDC con el objeto de determinar si pudieran existir indicios racionales de infracción de la LDC en los hechos denunciados.
3. En el transcurso de dicha información reservada se solicitó a la denunciada que respondiese sobre dos cuestiones: 1) Bajo qué condiciones económicas y jurídicas utiliza el nombre EUSKALNET para comercializar su servicio de acceso a internet, y 2) Que se describiera cómo proporciona Euskaltel a sus clientes el servicio de acceso a Internet.
4. Mediante escrito de 24 de septiembre de 1998, Euskaltel contestó en los siguientes términos: 1) que adquirió la marca Euskalnet en virtud de contrato de compraventa firmado el 13 de mayo de 1998 con Euskalnet S.A. en liquidación. Posteriormente solicitó a la Oficina de Patentes y Marcas la inscripción de la cesión de la misma y su inscripción en diversas clases y para una marca mixta con un gráfico diferente, y 2) que la prestación del servicio como PSI se limita a las áreas metropolitanas de las tres capitales vascas. La conexión del usuario a Internet se realiza por medio de una llamada que éste efectúa a un número de teléfono de Euskaltel para cada área geográfica. Euskaltel describe igualmente las condiciones económicas de los servicios Euskalnet y Euskalnet Premium, que coinciden con las expuestas en la publicidad que se acompaña con el escrito de denuncia.

5. Teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 51.1 de la LDC, en el artículo 1.c y 1.f) de la Ley 12/97, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, y en el artículo 28.2 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones(CMT), aprobado por Real Decreto 1994/96, se elevó escrito de solicitud de informe a la Comisión. La CMT no contestó dentro del plazo estipulado de quince días, lo que en ningún caso supuso la paralización de las actuaciones del Servicio.
6. El 11 de noviembre de 1998, el Servicio de Defensa de la Competencia, al no observar indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas por la LDC y que no procede entonces la incoación de expediente, decide, razonadamente, acordar el archivo de las actuaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 36 de la LDC. El Acuerdo, tras describir minuciosamente las características de tres mercados, distintos pero íntimamente entrelazados, que se engloban en el más general de los servicios de información a través de las telecomunicaciones, y explicar el alto grado de interrelación, dinamismo e innovación que experimentan continuamente, rechaza punto por punto los hechos denunciados justificando el archivo de las actuaciones.
7. El 27 de noviembre de 1998 tiene entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) un escrito en el que las denunciadas citadas anteriormente interponen recurso contra el Acuerdo del Servicio de 11 de noviembre de 1998 por el que se archivan las actuaciones seguidas por la denuncia formulada por las recurrentes contra Euskaltel por supuestas prácticas prohibidas en la LDC.
8. Las recurrentes, al impugnar el Acuerdo de archivo del Servicio, hacen varias alegaciones que, en lo que pudieran referirse al asunto que se ventila en el actual expediente, quedan resumidas a continuación:
 - a) aunque entienden que la actividad de Euskaltel puede analizarse desde la perspectiva general del mercado de operadores globales de telecomunicaciones, mantienen que debe analizarse también dentro de la competencia en los submercados que el propio Acuerdo del Servicio describe. Si bien la denunciada está compitiendo con la posición hegemónica de Telefónica regalando el servicio proveedor de Internet para ganar cuota de mercado en telefonía básica, está compitiendo a la vez con los proveedores de servicios de información (PSI) con una marca propia "Euskalnet" regalando el producto y conquistando con esta práctica relevantes parcelas de este submercado. Euskaltel no estaría promocionando telefonía básica mediante el regalo de la conexión a Internet, sino que estaría promocionando provisión de Internet y lo haría ofreciéndola gratis.

b) derivado de lo alegado anteriormente, si el único producto que se ofrece y promociona es la provisión de Internet, y ésta se realiza mediante la incidencia en el precio del propio producto, si este precio es inferior al coste, sólo cabe la calificación de "venta a pérdida" y no de "venta con obsequio".

c) si bien reconocen que no pueden probar que lo que Euskaltel pretende es expulsar a sus competidores del mercado, consideran que existen elementos suficientes para afirmar que la intención predatoria es fácilmente deducible. No es necesario que exista posición dominante para la aplicación del art. 7 de la LDC. Basta con la existencia de dos elementos: actuación desleal y afectación al interés público. Por otra parte, el carácter no expugnable del mercado no puede ser considerado como "condición" o requisito "imprescindible". Sólo servirá como elemento de juicio para analizar el alcance de la conducta ilícita.

9. El Tribunal remite fotocopia del recurso al Servicio, recabándole el preceptivo informe, la remisión del expediente, que precise la fecha de notificación del Acuerdo al denunciante para poder apreciar si el recurso está presentado en plazo hábil, y si es bastante la representación con la que actúa el recurrente.
10. El Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia informa al TDC que el recurso ha sido interpuesto en tiempo hábil y que es bastante el apoderamiento de los recurrentes, y añade que las alegaciones de éstos no añaden nada nuevo que haga modificar los motivos referidos en el Acuerdo de 11 de noviembre de 1998, por lo que debe entenderse que el contenido del recurso no desvirtúa el citado Acuerdo que debe mantenerse.
11. El 17 de diciembre entra en el Tribunal escrito de ampliación de alegaciones por parte de las recurrentes incorporando determinada información periodística relativa a la posible posición de dominio de Euskaltel.
12. El día 29 de diciembre de 1998 tiene entrada en el TDC escrito de Euskaltel presentando las alegaciones que resumimos a continuación:

1. En el contexto de la gran revolución que se ha producido en el mundo de las telecomunicaciones en el año 1998 con la liberalización del sector y la consiguiente aparición de nuevos operadores, Euskaltel nace con la vocación de convertirse en un operador global de telecomunicaciones en el ámbito territorial del País Vasco, lo que implica la prestación de la totalidad de los servicios a su alcance legal y técnico.

2. La conducta de Euskaltel denunciada no es una conducta desleal en tanto en cuanto: 1) no es venta a pérdida ya que los costes de prestación del servicio no son superiores a los ingresos derivados del mismo, ni siquiera en el supuesto de los clientes de Euskaltel a quienes se concede un descuento de un 100% de la cuota porque, desde el punto de vista empresarial, la operación de regalar la cuota de conexión es rentable al generar otro tipo de ingresos como los de interconexión que ha de pagar Telefónica a Euskaltel por cada llamada encaminada a un número de Euskaltel para acceder a Internet. 2) Tampoco se incurre en intención predatoria en tanto en cuanto en materia de precios la normativa española potencia la posibilidad de que los empresarios bajen los precios, porque ello beneficia a los consumidores. 3) Tampoco afecta al interés público por no falsear la competencia debido a la inexistencia de barreras de entrada, condición ésta necesaria para que se den las conductas predatorias. 4) No se produce una perturbación en los mecanismos que regulan el funcionamiento del mercado. 5) Euskaltel no ostenta posición de dominio en tanto en cuanto existen empresas, Telefónica en concreto, con mucho más poder de mercado.
13. El Tribunal designa Ponente al Vocal Sr. Berenguer Fuster quien, durante la tramitación del presente expediente y cuando sólo estaba pendiente su deliberación y fallo en el Pleno, cesa por el Real Decreto 382/99, de 5 de marzo. El Tribunal designa nuevo Ponente al Vocal D. José Juan Franch Meneu.
14. El Pleno del Tribunal delibera y falla este recurso en su sesión del martes 13 de abril de 1.999.
15. Son interesados en el expediente:
- Facilnet Comunicaciones S.L.
 - Sarenet S.A.
 - World Wide Web S.L.
 - Jet Enlaces Telemáticos S.L.
 - Euskaltel S.A.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El objeto de este procedimiento es resolver el recurso contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de archivar las actuaciones iniciadas, en aplicación de lo dispuesto en el art. 36.2 LDC. El art. 36 de la LDC, en su apartado 1, impone al Servicio la obligación de incoar

expediente ante una denuncia de conductas prohibidas en dicha Ley cuando se observen indicios racionales de su existencia y, en su apartado 2, le permite que, antes de resolver la incoación del expediente o, en su caso, el archivo de las actuaciones, pueda acordar la instrucción de una información reservada.

2. Es doctrina reiterada de este Tribunal que la tramitación de una información reservada constituye un procedimiento sumario, inquisitivo y no contradictorio, en el que es bastante que el Servicio únicamente indague los elementos idóneos para fundar el acuerdo de incoar el expediente o de archivar la denuncia, procediendo esto último cuando el Servicio no advierta indicios racionales de que hayan tenido lugar conductas prohibidas.
3. Para motivar el juicio de este Tribunal respecto al recurso presentado conviene recordar que el espíritu y finalidad de la LDC, a cuya luz deben interpretarse sus distintas normas, y en concreto los artículos 6 y 7 respecto a los que se denunció a Euskatel, están esbozados en la Exposición de Motivos cuando se dice que la competencia, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento consustancial al modelo de organización económica de nuestra sociedad y constituye, en el plano de las libertades individuales, la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa entroncando con el artículo 38 de la Constitución y respondiendo al objetivo específico de garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público. Es el interés público, esto es, el beneficio del conjunto de la ciudadanía, el fin básico que ilustra el contenido y la aplicación de la Ley en todo su articulado.

El interés público, en tanto que ventajas para los usuarios domésticos y empresariales de todos los servicios que posibilitan las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, es especialmente importante y significativo en esta nueva sociedad abierta y volcada hacia el futuro cada vez más dinámico. Los beneficios económicos y sociales que pueden derivarse de su uso generalizado, incluyendo la creación de empleo, dependen del éxito de un proceso de experimentación y aprendizaje social que vaya transformando los hábitos instrumentales en los diferentes sectores y operadores económicos. Así por ejemplo, en la Exposición de Motivos de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, se dice que "el objetivo, a corto plazo, no es otro que constituir una importante fuente de riqueza para la economía española que incida positivamente en la creación de puestos de trabajo". Esta nueva realidad tecnoeconómica, basada en un conjunto interconectado de innovaciones tecnológicas, que han reducido drásticamente el coste de

almacenaje, procesamiento, transmisión y difusión de la información, afectan al diseño, la gestión y el control de la producción y de los servicios del sistema económico en general. Todas las actividades industriales y de servicios, incluso las agrícolas, junto al estilo de vida de nuestras sociedades, se encuentran aceleradamente afectadas y ello implica cambios importantes institucionales, jurídicos y sociales, en algunos casos ciertamente complejos. Los ritmos de crecimiento de los PIB nacionales se ven incentivados cuando el gasto en tecnologías de la información y telecomunicación se incrementa corroborando que las tecnologías de la información conforman un sector dinámico que tiene enormes efectos de arrastre sobre el sistema económico. Por el lado de la oferta, las tecnologías de la información incrementan la productividad, el número de empleos y el de empresas, mientras que, desde el punto de vista de la demanda, los consumidores pueden hacer frente más fácilmente a su necesidad de comunicarse a distancia mejorando su nivel de utilidad. El imparable proceso de globalización, que obliga a las empresas a competir a nivel mundial y permite a los consumidores ampliar su capacidad de elección, no sería posible, en la actualidad, sin el vertiginoso avance de las telecomunicaciones y la irreversible modificación del medio ambiente económico.

De lo anteriormente expuesto se deriva la extraordinaria importancia que tiene el desarrollo de la abierta competencia en estos mercados fuente de innovaciones que, como tales, son aún desconocidas. Pero, debe insistirse en que la competencia tiene como fin último el interés público ya que está demostrado, por la lógica de la conducta humana que informa tanto el Derecho como la Economía, que, en aquellos mercados donde se asienta la competencia, los usuarios disponen de una variedad más amplia de bienes y servicios, en cantidades mayores y a mejores precios. Mientras el valor de uso de los bienes aumenta aceleradamente, su precio se mantiene o decrece por la mayor productividad fruto del estímulo servicial que sobre los productores propicia la competencia.

4. Una vez descrito el marco general de los fundamentos de derecho y de la fundamentación económica, podemos pasar a responder a las alegaciones planteadas por las recurrentes haciendo la siguiente consideración decisiva: La disparidad nuclear entre los argumentos de las denunciadas y recurrentes, y los del Servicio y la denunciada, gira en torno a la definición del mercado relevante a considerar.

En efecto, las recurrentes, tanto en su escrito inicial de denuncia como especialmente en sus alegaciones presentadas en este recurso contra el acuerdo de archivo de las actuaciones, insisten una y otra vez sobre este punto: la resolución (debería decirse Acuerdo) del Servicio define tres

segmentos que configuran sus propios mercados subrayando las recurrentes lo que el Servicio no subrayaba; Euskaltel puede estar compitiendo con Telefónica, regalando el servicio proveedor de Internet para captar cuota de mercado en telefonía, pero está compitiendo con los proveedores de Internet para ganar cuota precisamente en este submercado de proveedores de servicios de información (PSI); insisten pues, en que el análisis debe realizarse en este mercado PSI, como afirman prolijamente en su escrito inicial.

Si encasillamos el mercado a tener en cuenta exclusivamente en el de los PSI, entonces, argumentan las denunciadas, 1) Euskaltel está promocionando provisión de Internet y lo hace ofreciéndola gratis, para acceder rápida y eficazmente a este mercado nuevo para él; si este precio es inferior al coste, sólo puede haber la calificación de venta a pérdida; 2) regalar un producto en un mercado en plena expansión, casi exclusivamente sensible al factor precio, mediante una prestación de tracto sucesivo y continuada, con un elemento cierto de "clientela cautiva", nos permite afirmar que la intención predatoria es fácilmente deducible; 3) el mercado afectado es un mercado en el que es relativamente fácil obtener una "clientela cautiva", captada de forma inicial y que, por la inercia del propio consumidor, por el tipo de producto y por las incomodidades y gastos que supone el cambio de proveedor, el acceso para otros competidores estará, cuando menos dificultado.

Por su parte, la denunciada y el Acuerdo del Servicio argumentan con profusión que el mercado a considerar es el más global de los servicios de información a través de las telecomunicaciones. Así dicen por ejemplo: 1) que Euskaltel nace con la vocación de convertirse en un operador global de telecomunicaciones en el ámbito territorial del País Vasco, lo que implica la prestación de la totalidad de los servicios a su alcance legal y técnico. Ha comenzado prestando acceso telefónico indirecto, a continuación ha entrado en el mercado de Internet y, muy recientemente, ha empezado a facilitar el servicio telefónico de acceso directo; 2) la política comercial de Euskaltel respecto de la conexión a Internet consistió en conceder un descuento (en ocasiones de hasta un 100%) a los clientes del servicio de telefonía fija de la compañía. De esta forma se conseguía promocionar este servicio y, a su vez, dar a conocer sus servicios de Internet; 3) el servicio de acceso a Internet es un servicio tan vinculado a los otros segmentos, que no puede concebirse sin ellos. Es un hecho que no podría prestarse el mismo sin la concurrencia del servicio portador y del servicio de conmutación de datos; 4) Internet se enmarca en un contexto de globalización y cambios, por lo que tiende a integrarse con otros sectores de telecomunicaciones, no sólo los señalados sino también con teléfonos móviles, el cable o los demás medios de información y comunicación; 5)

para la delimitación del mercado hay que tener presente que este caso trata de distintos mercados estrechamente relacionados y cuya principal característica es el alto grado de dinamismo y de innovación que experimentan y que podría implicar que delimitaciones actuales de los mercados quedasen obsoletas en un futuro próximo;... etc.

5. Respecto a este punto fundamental objeto de controversia, este Tribunal entiende que no se puede encorsetar la dinámica empresarial innovadora a un ámbito tan restringido como sería el de los proveedores de los servicios de información y que en este caso hay que considerar el más amplio de los servicios de la comunicación e información teniendo en cuenta las siguientes motivaciones:

1. En el caso que nos ocupa, y en la dirección apuntada por el Servicio en su Acuerdo recogiendo lo indicado en la Resolución MC 18/96 SERVICOM/TELEFONICA, de 4 de febrero de 1997, en los servicios de información a través de las telecomunicaciones intervienen, conjunta y necesariamente, una concatenación de submercados, todos ellos complementarios entre sí, que podemos diferenciar en tres grandes segmentos, cada uno de ellos matizables a su vez en otros más reducidos de características diferenciables pero similares: 1) el submercado del servicio portador o servicio de acceso a la información, que pone en contacto al usuario final con su PSI, 2) el de los proveedores de servicios de información que gestionan, soportan y facilitan el acceso de los usuarios finales a internet, y que es el segmento al que pertenecen básicamente las empresas denunciadas, y 3) el submercado del servicio de conmutación de datos por paquetes o circuitos donde, tras la liberalización de las telecomunicaciones, compiten distintos operadores importantes respecto a su poderío financiero y tecnológico. No se pueden separar rígidamente a los efectos de la aplicación de la LDC estos segmentos. Mucho menos en tanto en cuanto dicha Ley trata de defender, como hemos dicho anteriormente, el interés público por las ventajas de la competencia y no está encaminada a proteger a los competidores ya establecidos en los distintos mercados.

2. Si hubiésemos aceptado el razonamiento de las recurrentes nadie nos impediría continuar en esa misma línea de argumentación y desmembrar cada uno de esos tres submercados en otros de características algo diferentes hasta llegar, en el caso de los PSI también, a unas subdivisiones tales en las que cada proveedor singular ejercería una cierta posición de dominio y donde alguna de las cualidades de su producto se estaría regalando dentro de una perspectiva más global. Cada producto o servicio que se ofrece y se demanda en los diferentes mercados lleva incorporado un haz de caracteres, valorados conjunta y subjetivamente por cada

usuario, que lo hace original e irremplazable, más aún si consideramos las variables de espacio y tiempo. En todo intercambio voluntario siempre se regala algo en tanto en cuanto el consumidor y usuario estaría dispuesto muchas veces a pagar más. Paga menos precisamente por la competencia que transfiere el excedente desde el vendedor al comprador. Los PSI no sólo obtienen sus ingresos del acceso a Internet, sino también de la publicidad, de la calidad de la conexión, del ancho de banda, etc.

3. Las integraciones y vínculos verticales y horizontales en distintas direcciones son especialmente significativos y convenientes en estos mercados y submercados que en muchos casos pueden estar sobredimensionados y que, en su diseño inicial, partían de una situación de monopolio en el mercado de la telefonía. Tanto los operadores de telecomunicaciones globales, como los grupos de comunicación, las cadenas de distribución más dinámicas, las instituciones financieras, las compañías eléctricas queriendo aprovechar sus redes y sus clientes, las grandes empresas de hardware o software informático...etc, o los mismos proveedores de servicios de información que más éxito vayan teniendo, van estableciendo alianzas estratégicas y ejerciendo presiones competitivas sobre el resto que llevan a ofertar nuevos servicios cualitativamente más atractivos a precios inferiores. El regalar la conexión a Internet no es una práctica sólo de Euskaltel y Retevisión (a ella ligada), sino de muchas entidades financieras, algunas universidades, de grandes grupos de comunicación, cadenas comerciales, editoriales de prestigio reconocidas, empresas de hardware y software,..etc. La tendencia, tanto en el mercado nacional como en el mundial, es a que esas conexiones acaben todas siendo gratuitas lo cual es bueno para los usuarios y el interés público del conjunto económico. Regalar el acceso a Internet, además de ser una práctica que tiene a extenderse con generalidad, no sólo beneficia a los usuarios finales, sino también, al aumentar el tráfico telefónico general y el acceso a la red, a los proveedores que operan en todos los submercados relacionados. Las oportunidades de negocio aumentan para todos y es lógica la expansión hacia los productos o servicios complementarios. Los denunciados y todos los PSI pueden integrarse verticalmente con los operadores dominantes en otros submercados aumentando su negocio y la oferta de sus servicios. Tal dinamismo de entradas y salidas entre los diferentes submercados es un argumento más para considerar un sólo mercado más global que el sugerido por las denunciados.

6. Considerando lo explicado en el punto anterior, y que se debe considerar como mercado relevante el más global de los servicios de información a través de las telecomunicaciones, cabe decir entonces:

1. Respecto a lo denunciado y descrito en el punto 1.1 de los Antecedentes de Hecho, cabe considerar entonces que la actuación de Euskaltel no es una estrategia para eliminar a los competidores ni forma parte de un plan destinado a deprimir la competencia, sino todo lo contrario ya que es la consecuencia inmediata de los esfuerzos de un operador entrante por ganar cuota de mercado frente a un monopolista; y, además y fundamentalmente, que el submercado de los PSI, en donde compiten denunciante y denunciada, dista mucho de ser un mercado no expugnable, como lo demuestra su propia evolución reciente. Se trata de un mercado que experimenta un elevado índice de entradas y salidas sometido a presiones competitivas eficientes y donde no se deben reprimir éstas ya que se estaría frenando entonces la propia dinámica del mercado y, por lo tanto, perjudicaría gravemente el interés público en el uso de un servicio de especial relevancia para el desarrollo personal y empresarial de todos los sectores productivos.

2. Respecto al hecho reseñado en el punto 1.2 podemos confirmar lo dicho también en el Acuerdo de archivo de las actuaciones en lo referente de nuevo a que Euskaltel no ostenta posición de dominio en el mercado de la telefonía básica en el País Vasco y que, en cualquier caso, la conducta imputada no es anticoncurrencial, por los motivos ya explicados anteriormente.

3. En cuanto al hecho que se señala en el 1.3, tras afirmar de nuevo que Euskaltel no ostenta posición de dominio en el mercado de la telefonía básica en el País Vasco, señalar que la denunciada adquirió la marca Euskalnet en liquidación. Posteriormente, solicitó a la Oficina de Patentes y Marcas la inscripción de la cesión de la misma y su inscripción en diversas clases y para una marca mixta con un gráfico diferente. Se rechaza, por lo tanto, esta tercera y última imputación.

7. Cabe añadir además que, siguiendo la doctrina de este Tribunal, para que un operador económico pueda incurrir en una conducta abusiva de posición de dominio de las tipificadas en el art. 6 LDC, es requisito previo que tal operador esté en una posición dominante en el mercado de referencia. La posición de dominio como tal no está sancionada en la legislación española de la competencia ni tampoco en la europea, pero constituye condición necesaria, aunque no suficiente, para que puedan llevarse a cabo los comportamientos que la Ley prohíbe por reputarlos de abusivos. Ya se ha dicho que Euskaltel no ostentaba una posición de dominio puesto que quien era dominante en todo el territorio nacional era Telefónica, en tanto en cuanto partía de una posición de monopolio, pero, incluso en el caso de que la ostentara, no sería una conducta prohibida en tanto en cuanto el mercado que nos ocupa goza de una elevada

expugnabilidad o flexibilidad de entradas y salidas. Por esta razón resulta irrelevante también en este caso que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no haya respondido a la petición de información realizada por el Servicio. Esa característica, llamada también contestabilidad, tan relevante en estos mercados de las tecnologías de la información, hace también que este Tribunal confirme los criterios expresados por el Servicio de Defensa de la Competencia. En cualquier caso, la normativa específica que regula la emisión de informes por parte de la CMT en procedimientos de defensa de la competencia -tanto la Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones, como la propia LDC, en cuanto regula la posibilidad de solicitar informes a otros órganos- no establece el carácter vinculante de los mismos ni altera la regla general de que la falta de su emisión no paraliza el procedimiento en que se solicite.

8. Una consideración final: liberalizado el sector de las telecomunicaciones y rotas las barreras tecnológicas que frenaban el desarrollo competencial no se debe permitir, mucho menos desde los órganos que tienen encomendada por Ley la defensa de la competencia, que se levanten barreras administrativas o interpretaciones jurídicas restrictivas que distorsionen esa dinámica abierta.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia

RESUELVE

Desestimar el recurso interpuesto por Facilnet Comunicaciones S.L., Sarenet S.A., World Wide Web S.L. y Jet Enlaces Telemáticos S.L. contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 11 de noviembre de 1998, mediante el que se archivaron las actuaciones seguidas por la denuncia formulada por los recurrentes contra Euskaltel, S.A., confirmando en todos sus términos dicho Acuerdo.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a partir de la fecha de la notificación de esta Resolución.