

RESOLUCIÓN (Expte. A 16/91)

Pleno

Excmos. Sres
Hierro Sánchez-Pescador, Presidente.
Bermejo Zofío, Vocal.
Alonso Soto, Vocal.
Alcaide Guindo, Vocal.
de Torres Simó, Vocal.
Soriano García, Vocal.

En Madrid a 3 de Febrero de 1992.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, constituido por los señores que al margen se relacionan, reunido para resolver sobre el recurso interpuesto por la representación del Sr. Iglesias Sánchez contra Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia, de 31 de octubre de 1991, por el que se ordenaba el sobreseimiento del expediente 590/89 del Servicio, teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1º Con fecha 24 de octubre de 1989 don José Antonio Gómez Díaz, actuando en nombre y representación de don Alvaro Iglesias Sánchez, industrial, formuló ante el Servicio de Defensa de la Competencia denuncia contra la empresa "TECNOTRON, S.A." basada en supuesta infracción de los artículos 1.1. a) y d) y 6. 1 y 2. a) y d) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

A tenor de dicho escrito se enunciaban los siguientes elementos constitutivos del relato fáctico de la denuncia: 1) Don Alvaro Iglesias Sánchez es propietario de un negocio de fotografía y alquiler de videos sito en la Glorieta de los Cármenes nº1 de Madrid; 2) que, en fecha no determinada con exactitud, fueron colocadas a ambos lados de la puerta de entrada del mencionado local dos máquinas automáticas expendedoras de fotografías, propiedad de la empresa denunciada, máquinas éstas que en un principio expedían fotografías tipo carnet al precio de 300 ptas., pero que desde tres meses antes de la denuncia fue rebajado dicho precio al de 200 ptas para el mismo número de fotografías.

El precio de fotografía realizada por el denunciante es de 300 ptas por cuatro unidades, lo cual tiene anunciado a la puerta de su establecimiento; 3) según averiguaciones del propio denunciante la empresa "TECNOTRON, S.A." es la única propietaria, instaladora y explotadora de las referidas máquinas, al menos en Madrid, máquinas que, siempre según la denuncia, están instaladas sin licencia, transgrediéndose así la normativa aplicable al caso y concretamente el acuerdo plenario del Excmo. Ayuntamiento de Madrid de fecha 27 de febrero de 1987, en el que se prohíbe expresamente la instalación de dichas máquinas; 4) que todas las máquinas instaladas por "TECNOTRON, S.A." en Madrid expenden cuatro fotografías al precio de 300 ptas a excepción de las instaladas en la puerta del establecimiento del denunciante. Concluye suplicando que, tras la admisión del escrito y su copia, proceda a la incoación del correspondiente expediente contra la empresa "TECNOTRON, S.A." con adopción de medidas cautelares previstas en el artículo 45 de la Ley 16/89 y pidiendo como resolución de fondo que se declare que existe una práctica prohibida y abuso de posición dominante con aplicación de las medidas sancionadoras previstas en la legislación de defensa de la competencia.

- 2º Con fecha 22 de noviembre de 1989 tuvo salida del Registro del Ministerio de Economía y Hacienda el oficio de la Dirección General del ramo dirigido a "TECNOTRON, S.A." por el que se le requerían los datos jurídicos y económicos relativos a su configuración en derecho y el entorno económico en que se situaba, lo que fué contestado por la requerida con acompañamiento de los distintos documentos en que fundaba sus respuestas.
- 3º Tras diversas incidencias procedimentales tales como solicitud de información del estado de tramitación del expediente, contestación al mismo por parte de la Dirección General y remisión de documentación por parte del denunciante, se formuló Providencia por la Dirección General en cuya virtud, tras admitir a trámite la denuncia, se ordenaba la instrucción de expediente con nombramiento de Instructor y Secretario, publicándose los anuncios en el Boletín Oficial del Estado, en el Boletín de Información Comercial Española y en el diario "El País". Además, se dictó Providencia de fecha 28 de febrero de 1990 en requerimiento de ampliación de determinados datos.
- 4º Con fecha 20 de marzo de 1990 contestó "TECNOTRON, S.A." manifestando:
 - a) que no era cierto que las máquinas automáticas fueran colocadas delante del establecimiento del denunciante sino que llevaban allí instaladas varios años antes de que el señor Iglesias pusiese allí su negocio de video y fotografía automática (sistema Polaroid); b) que su política de precios está diversificada en función de los distintos factores del mercado y que, antes que incurrir en deslealtad, tal variedad en los precios lo que viene a demostrar es que existe libertad concurrencial; c) que las invocaciones del denunciante

sobre problemas de licencia no tienen nada que ver con las máquinas objeto de controversia ante los órganos de competencia; d) hizo alegaciones asimismo sobre la problemática referida a las licencias municipales; e) que además hubo numerosos problemas con clientela por parte de la denunciada que han llegado a situaciones de violencia. Concluye suplicando que se archiven las actuaciones previa admisión de los escritos y documentos que acompañaban a sus alegaciones.

- 5º Tras el cambio de la instrucción y secretaría del expediente por necesidades del servicio y nueva petición de datos y documentación a la requerida, se dictó Providencia por la Instructora del expediente en la que, tras señalar que se habían practicado las correspondientes diligencias, no resultaba acreditada la existencia de infracción alguna puesto que las máquinas expendedoras de fotografías, propiedad de la empresa denunciada y a las que hacía referencia el denunciante, fueron colocadas en la Glorieta de los Cármenes en 1978, mientras que el negocio de fotografía y alquiler de videos sito en la citada Glorieta y del que es propietario el denunciante comenzó a funcionar en 1987. Además, añade la Providencia, de la documentación aportada se desprende que las citadas máquinas automáticas gozan de las oportunas licencias fiscal y municipal y asimismo que la política comercial seguida por la empresa denunciada le hace mantener una gama de precios variada que van desde las 100 a las 300 ptas que se fija en función de distintos factores. Propone en conclusión el sobreseimiento del expediente.
- 6º Tal resolución administrativa fue objeto de contestación por la representación de la denunciante que en sustancia alegó: 1º) que era irrelevante la fecha de instalación ya que lo significativo era en realidad la política de precios seguida por la denunciada que había procedido a bajar sus precios con ocasión, precisamente, de la instalación del negocio de la denunciante; 2º) que en concreto de las máquinas objeto de expediente carecían de licencia. Concluye oponiéndose al sobreseimiento.
- 7º A petición de ciertos datos (máquinas instaladas a precios de doscientas pesetas) requeridos por la Instructora como diligencia complementaria, contesta "TECNOTRON, S.A." con fecha 10 de enero de 1991. Con tales datos se estudian los elementos fundamentales del mercado en un detenido trabajo realizado por la Subdirección General de Estudios, Investigación Sectorial e Información de la Dirección General de Defensa de la Competencia que es necesario resumir, aunque sea sintéticamente, a los efectos que aquí y ahora importan.
- El detallado análisis de la citada Subdirección General estudia el mercado de foto-carnet al instante, define el producto, describe el mercado y su estructura, analiza la posición de dominio y, en fin, ofrece una imagen clara de la situación del sector objeto de expediente.

El mercado de la fotografía instantánea tiene dos sistemas de acceso: las máquinas comúnmente denominadas de "Fotomatón" y las cámaras y películas "Polaroid". Estas últimas han de ser utilizadas a través de fotógrafo, mientras que las automáticas actúan sin operador.

Las máquinas automáticas, por un determinado precio que oscila según las zonas, ofrecen dos tipos de productos a elegir uno de ellos, bien con 4 fotos con un único disparo o bien 4 fotos con cuatro disparos independientes. A veces se ofrece un retrato a otro precio. Por el contrario, los establecimientos "Polaroid" ofrecen en el acto 4 fotos por un único precio. La existencia de operador implica la garantía de poder reclamar, posibilidad muy disminuida en las automáticas.

Tras la publicación de la Ordenanza de Mobiliario Urbano, se está exigiendo por algunas Administraciones Locales la homologación de todas las instalaciones situadas en lugares públicos.

En Madrid capital las máquinas se encuentran situadas, o bien empotradas en las fachadas de algunos establecimientos, o en los pasillos del "Metro", o a la entrada de grandes centros comerciales. Naturalmente se sitúan en lugares estratégicos (Facultades, Gestorías, oficinas abiertas al público, etc).

Las máquinas "Polaroid" también se han situado en entornos parecidos y normalmente visibles desde el lugar en que está instalada la máquina automática o en cualquier caso muy próxima a la misma.

El tipo de establecimiento que utiliza el sistema "Polaroid" suele ser, o bien antiguos estudios fotográficos que aceptan el sistema ante la pérdida constante de clientela, o bien tiendas dedicadas al revelado de fotografía o a la venta de material fotográfico o a la de video a la que añaden un nuevo producto.

Las máquinas automáticas en ocasiones tienen fallos, lo que provoca esporádicamente que la potencial clientela acuda precisamente a un establecimiento dotado del sistema "Polaroid".

Ocasionalmente hay fotógrafos ambulantes, especialmente en determinados momentos, tales como el período de matriculación en la Universidad, y están especializados en estos fragmentos del mercado.

En el mercado de empresas que explotan máquinas automáticas de foto-carnet al instante existen al menos cuatro empresas.

"TECNOTRON, S.A." es empresa de capital holandés, constituida en 1968. Adquiere máquinas en el exterior (Francia, Italia, Reino Unido). Ofrece otros productos (fotocopiadora de color, báscula, horóscopo, tarot, revelado instantáneo...). Ninguna precisa de operario.

El número de máquinas instaladas en la Comunidad de Madrid era de 306 si bien podía variar, incluso a diario, en función de determinados elementos tales como: terminación de los contratos, rentabilidad de la máquina, interés del concesionario en cambiar la situación.

La empresa Cayetano Sánchez posee seis máquinas automáticas, cinco en la Comunidad de Madrid. Había llegado a acuerdos de colaboración con "TECNOTRON, S.A."

Fotex Española tiene quince máquinas en funcionamiento sin que se conozcan sus ubicaciones exactas.

Fotoautomática ha abandonado el negocio.

En cuanto a "Polaroid", tiene seis distribuidores, limitándose a suministrar las películas, normalmente a través de sus distribuidores. Se estima en unos 425 el número de establecimientos en la Comunidad de Madrid (260 en la capital).

Tras un análisis detallado se llega a los siguientes datos: el precio medio de cuatro fotos tamaño carnet era de 268,75 ptas en el producto "Foto-Canet Fotomatón" teniendo en cuenta que en un número apreciable de puntos el precio era de 300 ptas (22 puntos frente a 10 de 200 ptas). El precio medio del juego "Foto-Carnet Polaroid" es más elevado (466,19), que el precio de foto estudio un día (424,25 ptas). En todo caso, el precio más bajo para una fotografía corresponde a Foto Carnet Estudio y el más elevado a Foto-Carnet Polaroid (114,88 ptas).

Tras estudios de distintas zonas de Madrid con análisis de precios, en los que siempre resultan inferiores los ofrecidos por "TECNOTRON, S.A.", se estudia en detalle la zona objeto del conflicto que motiva este expediente.

El estudio ofrece además otros datos de interés: a) en todas las zonas se da competencia entre "Polaroid" y "TECNOTRON, S.A." b) es más cara la de "Polaroid" en todas las zonas; c) hay zonas donde existe competencia aún más barata; d) sólo hay dos zonas en las que hay oscilaciones reales de precio (Leganés y Pozuelo-Somosaguas), en el resto no varía.

Como conclusiones señala el estudio: 1ª. La foto carnet de estudio está siendo desplazada por la instantánea (salvo búsqueda de calidad del producto). 2ª. En todos los estudios de fotografía prácticamente se ha instalado el sistema "Polaroid" para poder permanecer en el mercado. 3ª. Tales establecimientos existían con anterioridad a la instalación de dicho sistema. 4ª. Polaroid se limita al suministro del producto pero no influye para nada en el precio. Hay libertad de aplicación de tales precios en los establecimientos. 5ª. El precio aplicado por "TECNOTRON, S.A." suele ser de 300 ptas, si bien practica asimismo el precio de 200 ptas (no únicamente en el centro denunciante). 6ª. Hay otros fotógrafos que practican otros precios más bajos. 7ª. "TECNOTRON, S.A." practica el precio más bajo en función de la población con menor poder adquisitivo, gran consumo del producto y precios del competidor más cercano. Cuando se dan las condiciones para que surjan mercados competitivos, éstos afloran y solamente cuando nos encontramos con zonas en que las perspectivas de negocio son más reducidas los competidores disminuyen apareciendo "TECNOTRON, S.A." como único suministrador del servicio.

8º Con fecha 31 de octubre de 1991, el Ilmo. Sr. Director General de Defensa de la Competencia adoptó Acuerdo en el que, recogiendo en sustancia lo establecido en el anterior escrito de la Instrucción del expediente y a la luz del estudio citado, entiende que en el ámbito del mercado de fotografía instantánea no hay posición de dominio de "TECNOTRON, S.A." al existir "Polaroid". Añade que no se han demostrado indicios de práctica de competencia desleal y que en todo caso tales actos no afectarían al interés público, que en este caso además ha podido verse beneficiado al poder disfrutar de diversos precios para productos sustitutivos. Por todo ello ordena el sobreseimiento del expediente.

9º Con fecha 19 de noviembre de 1991 tuvo entrada en el Tribunal de Defensa de la Competencia escrito de la representación del Sr. Iglesias Sánchez contra dicho Acuerdo de sobreseimiento. En su escrito, tras una alusión de carácter formal al artículo 48 de la Ley de Defensa de la Competencia, recuerda el cambio de domicilio y procede a oponerse al sobreseimiento, lo que sustancia mediante alegaciones presentadas con fecha 13 de diciembre de 1991, en las que fundamentalmente argumenta: a) Que el momento en que se instalaron las máquinas en relación con el momento en que se instaló el negocio del señor Iglesias no es relevante, siendo relevante exclusivamente el cambio de precio efectuado por la denunciada con ocasión de la apertura del negocio de la denunciante. b) Que le resulta extraña la política de precios establecida por la denunciante ya que varía de 300 a 200 pesetas de un día para otro. Añade en esta misma argumentación que las máquinas estaban instaladas a ambos lados de la puerta del Sr. Iglesias. c) Que las máquinas no tienen licencia municipal y que hay expediente abierto en la Junta Municipal

del Distrito de Latina. d) Que es superficial la afirmación del Servicio de Defensa de la Competencia sobre que "TECNOTRON, S.A." no goza de posición de dominio y que "TECNOTRON, S.A.", al no tener necesidad de operador, hace competencia desleal y abusa de posición de dominio.

10º Mediante Providencia de este Tribunal se acordó otorgar los preceptivos plazos legales, siendo evacuadas alegaciones solamente por la representación de la denunciante en la que insiste en la posición de dominio y deslealtad suplicando, de una parte, que revoque la resolución adoptada por el Servicio de Defensa de la Competencia y, de otra, que se oficie a la Junta Municipal del Distrito de Latina y que quede unido al presente procedimiento.

Ha sido Ponente el Vocal Sr. Soriano García.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Nada existe en las alegaciones del denunciante que sirva para desvirtuar las fundadas razones ofrecidas por el Acuerdo de la Dirección General de Defensa de la Competencia la cual, tras un análisis detallado del mercado, ofrece conclusiones razonadas que no pueden ser sustituidas por las subjetivas y personales interpretaciones del denunciante quien se limita a extraer del hecho fáctico de que determinadas máquinas de la empresa "TECNOTRON, S.A." se encuentren ubicadas en lugar cercano a su establecimiento, una práctica desleal cuyo tipo concreto no se describe sino que simplemente se afirma. El Acuerdo recurrido se basa en la falta de abuso de posición de dominio (por falta de posición y por no afectar al interés público), lo que como tendrá ocasión de fundamentarse es totalmente cierto, puesto que la conducta de "TECNOTRON S.A.", no resulta reprochable desde la perspectiva en que nos sitúa la Ley de Defensa de la Competencia.

Segundo. La existencia de una posición de dominio es fundamentalmente cuestión de poder económico, técnico y en definitiva potencial de actuar en el mercado sin tener que someterse a las reglas efectivas de la competencia.

Tal es la conclusión fundamental a que nos lleva un análisis de la doctrina de la Comisión de la Comunidad Europea y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, que ha influenciado notoriamente en las jurisprudencias nacionales de los países miembros. Parece preciso, así, mostrar con algún detenimiento esta postura de tales órganos comunitarios.

El artículo 86 del Tratado de Roma establece una fórmula que contiene una incompatibilidad entre el abuso de la posición de dominio y la finalidad del mercado común, recogiendo en alguna medida los antecedentes que suponía la legislación antimonopolística norteamericana, inaugurada hace más de un siglo por la "Sherman Act", bien que molturada por el espíritu continental, singularmente francés, que, a través de su legislación (clásicamente la Ordenanza de 30 de junio de 1945), no impide la posición de dominio sino que impide el abuso de dicha posición. Lo cual ha sido fielmente recogido en nuestra legislación, tanto en la anterior Ley 110/1963, como en la actual legislación de 1989.

A diferencia del artículo 85, en el caso del artículo 86 del Tratado CEE se parte de la necesidad de fiscalizar una situación ya producida de restricción de la competencia, ya que la posición de dominio produce en primer término ese efecto. Por ello, no se precisa en dicho artículo que tal abuso de posición de dominio haya de producir como efecto una restricción de la competencia, ya que tal restricción se da por supuesta. El artículo 85 lo que procura más bien es que no llegue a tener lugar esa restricción de la competencia, por lo que se exige que tales acuerdos tengan por finalidad o produzcan el efecto de restringir la competencia. Además, en el caso del artículo 86, se observa que no caben matizaciones ni excepciones que permitan derogar singularmente la situación abusiva, a diferencia del artículo 85 en que precisamente caben ciertas excepciones en atención a fines lícitos y necesarios, que pueden compatibilizarse con la restricción de la competencia que provocan en el caso concreto, lo que se traduce en excepciones singulares o por categorías.

Puede ocurrir que ambas situaciones se conecten en el caso en que el abuso se cometa a través de acuerdos, por lo que serán de aplicación concreta en cada supuesto la figura que mejor cualifique la tipificación de la conducta concreta, puesto que entre ambos preceptos no existe jerarquía alguna, tal como confirma la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Hoffman-La Roche, sobre la que hemos de volver.

La posición de dominio de una empresa se ostenta cuando la empresa en cuestión en relación con un mercado específico tiene la posibilidad de tener un comportamiento independiente y que por esa sola cualificación restrinja la competencia. Tal es la postura de la Comisión de las Comunidades Europeas desde su Memorandum de 1965 en el que recogiendo la opinión de los expertos dirá: "Existe una posición de dominio en relación a un mercado específico cuando una o más

personas son capaces de ejercer una influencia importante en las decisiones de las restantes unidades económicas o a través de una estrategia independiente, de tal modo que una competencia practicable o suficientemente efectiva no pueda aparecer ni mantenerse en el mercado". Naturalmente, para examinar los caracteres que cualifican una posición de dominio, es capital atender a los datos económicos en que se mueve esa empresa y su entorno en el mercado específico, singularmente los datos de estructura, comportamiento, resultados y en general todos los que cualifiquen la presencia y actitud de dicha empresa en el mercado relevante específico que sea en cada caso objeto de análisis. (Así en la Decisión de la Comisión en el asunto Deutsche Grammophon Gesellschaft, de 8 de junio de 1971, en que, abordando la posición de dominio desde un análisis de las cuotas de mercado, señala :..."existe posición dominante cuando el titular del derecho posee una parte sustancial del Mercado Común, solo o conjuntamente con empresas pertenecientes a un mismo grupo, una participación importante en el mercado, cuando los otros distribuidores de productos similares ocupan en el mercado una posición sensiblemente más débil"). Prevalciendo en todo caso el análisis finalista de si en realidad tiene posibilidad de comportamiento independiente y de si supone tal posición de dominio una disminución sustantiva de la competencia, que es lo que en el examen global de la jurisprudencia, como tendremos ocasión de examinar, determina esta posición de dominio.

Comportamiento independiente y depresión de la competencia son, pues, los dos elementos que configuran claramente la posición de dominio. El primero, por cuanto implica que el dominante no tiene en cuenta sustantivamente la presencia de los competidores en el mercado -siendo así que la defensa de la competencia tiende precisamente a que exista el mayor número de operadores que compitan realmente entre sí- y el segundo, por cuanto es el elemento que justifica precisamente la interdicción del abuso, impidiéndole así al dominador la realización de determinados comportamientos que, de no darse dicha posición, serían perfectamente lícitos.

Así es como la Comisión CEE en el citado Memorandum señala que: "...la dominación del mercado no puede ser únicamente definida a partir de la porción de mercado que posee una empresa o de otros elementos cuantitativos de una estructura de mercado dada. Es, en primer lugar, un poder económico; es decir, la facultad que tiene cada empresa dominante de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y en principio previsible. Tal facultad económica de la empresa dominante influye sobre el comportamiento y sobre las

decisiones económicas de otras empresas, sea o no utilizada en un sentido dado. Una empresa que puede someter, cuando lo desea, a las otras empresas competidoras en el mercado puede ya disponer de una posición dominante y determinar de modo decisivo el comportamiento de las otras empresas, incluso si su propia parte de mercado es relativamente débil".

Tales ideas se concretaron en decisiones de la Comisión de la CEE, así en la Decisión "Continental Can" de 8 de enero de 1972 y en "United Brands" de 9 de mayo de 1976. Criterio éste que fue recogido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades. Así, por su Sentencia de 14 de febrero de 1978 ("Sentencia United Brands"), señala que: "una posición de poder económico ostentada por una empresa que le da un poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva sobre el mercado en cuestión, proporcionándole la posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciable frente a los competidores, los clientes y finalmente los consumidores". Asimismo, en la citada Sentencia de 13 de febrero de 1979, recaída en el asunto "Hoffman-La Roche", en la que para distinguir este concepto de la situación monopolística se señala: "...una posición tal, a diferencia de la situación de monopolio o casi monopolio, no excluye la existencia de una cierta competencia, pero sitúa a la empresa que se beneficia en situación, si no de decidir, al menos de influir especialmente en las condiciones en que se desarrollará esta competencia y, en todo caso, de comportarse en gran medida sin tenerla en cuenta y sin que esta actitud le produzca perjuicios". Por su parte, en la Sentencia de 9 de noviembre de 1983 (asunto "Michelin") se indica con claridad que existe una posición de dominio a los efectos del artículo 86 del Tratado de Roma cuando nos encontramos ante una posición de fortaleza económica de un operador que le permite eludir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante permitiéndole, por tanto, operar con una apreciable independencia tanto de sus competidores, de los compradores y en último extremo de los usuarios. Señalando que no basta a tales efectos que la investigación que se realice para determinar si la empresa en cuestión tiene posición de dominio se limite a las características objetivas de los productos relevantes, sino que es necesario examinar también las condiciones de competencia y la estructura de la oferta y demanda. Por ello, continúa esta importante resolución, la existencia de una relación competitiva entre dos productos no presupone una completa intercambiabilidad para un propósito determinado. Y, por tanto, no se exige la absoluta ausencia de competencia entre productos parcialmente intercambiables para que se determine que existe una posición de dominio, siempre que

dicha competencia no afecte a la capacidad del empresario dominante para influenciar apreciablemente en las condiciones en que se ha de desenvolver dicha competencia o, en todo caso, para comportarse en gran medida sin tener en cuenta a la competencia y sin sufrir ninguna suerte de efectos adversos como resultado de tal actitud.

Esta muestra representativa de la doctrina y jurisprudencia de los órganos europeos sirve a los propósitos de esta Resolución, ya que nos ilumina sobre los dos aspectos que han sido objeto de acusación por parte de la recurrente y que han sido rechazados por la Dirección General en el Acuerdo aquí combatido.

De acuerdo con esta línea doctrinal y jurisprudencial, para conocer cuándo una empresa ostenta posición de dominio es necesario pronunciarse previamente sobre cuál sea el mercado relevante.

Pues bien, en nuestro caso no hay duda de que el mercado geográfico relevante es Madrid capital.

En el supuesto que analizamos, el mercado relevante de producto está integrado por el conjunto de productos de fotografía rápida, los cuales pueden ser percibidos por el usuario como productos alternativos que permiten, en su caso, sustituirse unos con otros satisfaciendo así su necesidad de forma parecida al decidirse por cualquiera de ellos. (Criterio de intercambiabilidad utilizado ya por la Comisión CEE desde la Decisión de 26 de julio de 1988, asunto "Tetrapak"). Siempre, naturalmente, hemos de referirnos a operadores habituales que definen mercados estables, descartando las intervenciones esporádicas de operadores puramente ocasionales que actúen sobre segmentos específicos del mercado, bien por su índole temporal (período de matriculación en la Universidad, ad exemplum), bien por el producto que puedan ofrecer (fotógrafo ambulante en parques, sitios típicos, etc.).

Concretamente aparecen así cuatro productos en el mercado que nos interesa: a) foto instantánea sin operador, expandida a través de máquinas automáticas. b) foto instantánea con operador. c) foto-estudio de un día. d) foto estudio de dos días.

Todos ellos, aún cuando los productos no son enteramente idénticos y ofrecen pequeñas variantes, en conjunto definen un mercado de foto rápida que puede utilizarse normalmente para satisfacer exigencias parecidas y que en gran medida pueden sustituirse, naturalmente con las excepciones subjetivas de cada consumidor, individualmente considerado, que no desvirtúan esta regla general.

En tales mercados actúan distintos tipos de operadores y a través de diferentes sistemas.

De una parte, aparece la empresa "TECNOTRON, S.A.", que actúa en el mercado a través de máquinas automáticas sin operador. Su amplia presencia en el mercado, demostrada por el número de puntos de operación vistos en el ordinal séptimo de los Antecedentes de Hecho, determinan una significativa cuota en este mercado de fotografía rápida.

De otro lado, aparecen los fotógrafos independientes, que pueden utilizar el sistema "Polaroid", o bien ofrecer las otras dos modalidades de foto estudio (un día o dos días). Su número, según lo visto, es de aproximadamente unos 260 en la capital de Madrid en el momento de la instrucción.

Con toda claridad se observa que una empresa tiene por sí sola una considerable presencia en el mercado y que sus competidores aparecen atomizados en unidades individuales, bien que ofreciendo un producto homogéneo a través de un sistema de fotografía al instante (sistema "Polaroid"), además de ofrecer otros productos competitivos.

Tal como se señala en las conclusiones del estudio con carácter global y enseña el propio caso denunciado con carácter particular, el factor de competencia por parte de los competidores influye a la hora de determinar los precios por la empresa "TECNOTRON, S.A.". Lo que lleva sin solución de continuidad a sostener que, siendo esa competencia un factor relevante, junto con otros, no puede afirmarse que los precios practicados por la denunciada no tengan en cuenta los de los competidores. Y ello aún cuando ocurra que sea la única empresa que ofrece un producto determinado (Foto-automática sin operador), puesto que ha de estar y soportar la de productos que pueden constituirse y de hecho se constituyen en auténticas alternativas para el producto ofrecido en el mercado relevante concreto.

Ahora bien, todo lo expresado en el párrafo anterior no permite desconocer que -tanto por su cuota de mercado, como por constituir una única empresa frente a un conjunto disperso y atomizado de competidores y por la facilidad de localización de sus máquinas- concurren factores que podrían llevar a la conclusión de que pudieran concurrir indicios racionales de que la empresa "TECNOTRON S.A." tiene una cierta posición de dominio. No obstante, a la altura del

expediente y dada la naturaleza del tipo de procedimiento sobre el que este Tribunal tiene que pronunciarse, no existen elementos definitivos que permitan afirmar tajantemente que se den todos los elementos que configuran una posición de dominio. Máxime cuando, del resultado de la instrucción, tampoco tenemos elementos suficientes para pronunciarnos, por las razones arriba apuntadas, si existe un elemento cartelizador por parte de la competencia que pudiera neutralizar dicha presunta posición de dominio.

En todo caso, y como vamos a tener ocasión de razonar detenidamente en el siguiente fundamento de derecho, no puede considerarse abusiva la conducta practicada por la denunciada ni tampoco afecta al interés general este conflicto, por tanto no se dan ninguno de los supuestos que tipifican el ilícito concurrencial.

Tercero. En efecto, es capital para resolver este recurso recordar la secuencia fáctica del relato ofrecido en los antecedentes, ya que ello permitirá calificar la actuación de "TECNOTRON, S.A." desde la perspectiva de la deslealtad, que es otra de las acusaciones formuladas por la denunciante y que serviría para cualificar el abuso en su caso.

No es "TECNOTRON, S.A." la que mediante un supuesto abuso de posición de dominio de producto, y quizás de marca, lleve a cabo una práctica parásita consistente en seguir a un competidor para acabar con él expulsándole del mercado a través de un precio predatorio. Antes bien, tal como se desprende del relato fáctico, no desmentido por la parte denunciante que omitió este dato en su exposición primera, la empresa denunciada se encontraba ya en dicha ubicación, siendo por tanto el denunciante quien, mediante un producto en gran parte sustitutivo, pasa a ubicarse geográficamente en el territorio comercial en el que operaban los productos de la denunciada. De esta manera, la réplica comercial de la denunciada, que actúa por reacción, al seguir una práctica basada en la bajada de precios, no hace sino responder a la presencia de un operador nuevo. Lo cual es perfectamente lógico en principio y más bien resulta reconocimiento de lo que sucede en cualquier mercado cuando llega un competidor antes inexistente. La bajada de precios no puede calificarse en modo alguno de predatoria, ya que es practicada de acuerdo con patrones de conducta que existían en el mercado, ya que "TECNOTRON, S.A." tiene precios iguales a los denunciados por el Sr. Iglesias en otros lugares de Madrid. No puede admitirse en derecho de la competencia que, ante la llegada de un nuevo competidor, el operador económico que estuviera antes en el mercado no practique otra política de precios. Normalmente tendrá que hacerlo si no quiere salir expulsado

del mercado y si quiere defender su clientela. El único problema de este tipo de reacciones comerciales es saber si la reacción se realiza mediante medios lícitos y auténticamente respetuosos con las reglas de orden público constitutivas del derecho de la competencia. Esto es, si crea barreras con la finalidad de impedir la entrada o el asentamiento de otro operador en el mercado, o en general realiza políticas o conductas no concordes con la competencia, por dificultar ilícitamente el normal acceso y permanencia en el mercado por parte de quien pretende ingresar en el mismo, o por parte de quien no quiere verse expulsado.

Y no se observa ninguna anomalía por parte de "TECNOTRON, S.A.", ya que nada hay en su reacción comercial que indique que ha actuado predatoriamente, puesto que sus precios eran semejantes a otros que utilizaba habitualmente en el mercado madrileño con perfecta normalidad.

Conviene recordar en este punto que las máquinas automáticas carecen de la flexibilidad y graduación que pueden tener los operadores humanos. En los sistemas automáticos ha de actuarse mediante unidades monetarias fijas que son las que permiten utilizar la máquina, sin posibilidad de medir con todos los matices el precio para acomodarse al mercado. Es mediante múltiplos fijos de una unidad monetaria definida como actúa la maquinaria, por lo que se justifica que las subidas y bajadas de precios sean también realizadas mediante unidades fijas representativas del precio que son multiplicadoras de la pieza monetaria base. Así, es lógico que tomando como base la moneda de cien pesetas las subidas tengan que hacerse mediante múltiplos de esa unidad o de otra unidad menor -que coincida con el sistema de acceso a la maquinaria- pero siempre mediante subidas o bajadas de precios muy rígidas. No ha de sorprender, por tanto, que, además de lo antes dicho sobre que se trata de un precio ampliamente utilizado en el mercado geográfico definido, las subidas y bajadas sean múltiplos de una unidad determinada. Pretender que estas máquinas se estén adaptando constantemente a las fluctuaciones del mercado, es algo poco realista con el estado actual de la tecnología aplicada a este sector, salvo que se introdujeran unos costes enormes que no pueden ser exigidos a ningún operador sin justificación bastante.

Cuarto. En todo caso, tampoco se afecta aquí el interés general, ni se ha falseado en modo alguno de manera sensible la libre competencia, requisitos éstos que son imprescindibles para que el Tribunal de Defensa de la Competencia entre a conocer de los supuestos casos de conducta desleal.

El interés general genéricamente invocado por el denunciante más bien se ha visto favorecido por la existencia de competencia que ha provocado una bajada en los precios para ese sitio concreto objeto del expediente, y además no se ha acreditado por la denunciante ningún otro tipo de supuesta afectación a dicho interés general.

En un análisis global, como nos corresponde, hay que decir que ni el mercado nacional, en todo o en parte, se ha visto afectado, ni existe daño alguno para los consumidores en esta polémica comercial. Se trata, en definitiva, de un conflicto intersubjetivo entre dos operadores concretos que no tiene trascendencia suficiente para afectar al mercado, por lo que su tratamiento corresponde, en su caso, a los Jueces y Tribunales que constituyen la justicia ordinaria, pero sin que afecte al orden público económico. El interés público, en definitiva, no ha sufrido merma ni perjuicio alguno, ni la competencia desleal supuestamente cometida encaja en las definiciones de la legislación de defensa de la competencia.

Quinto. La reiterada denuncia de que las máquinas automáticas instaladas carecen de Licencia Municipal no afecta sustancialmente a los extremos en que tiene que pronunciarse este Tribunal en este expediente.

De un lado, solamente serviría a efectos de represión de una práctica anticompetitiva si dicha deslealtad afectara de manera sensible al mercado nacional, a tenor de lo establecido en el artículo séptimo de la citada Ley.

Lo que, según tenemos señalado, no concurre en este caso.

En efecto, el tipo legal que permitiría construir esa presunta deslealtad es el de violación de normas, en nuestro caso las que preceptúan la exigencia de licencia municipal para abrir en un lugar público dichas máquinas. Y si se demostrase incontestablemente que se ha omitido ese cumplimiento de normas, para rellenar el tipo, habría que traducir consecuentemente dicho incumplimiento o violación en un efecto anticompetitivo, como sería, por ejemplo, que la falta de pago de dicha licencia otorgue una ventaja sustancial frente al competidor, bien por razones de abaratamiento de costes (costes legales en este caso), bien por incumplir la preceptiva municipal sobre instalación en un determinado sitio (lugares estratégicos), bien, en definitiva, por acreditar que esa violación de normas fuera de entidad suficiente para que el operador que las desconociese, gracias a ese desconocimiento, pudiera beneficiarse de una ventaja ilegal.

No parece, sin embargo, ser éste el caso de autos.

De un lado, las máquinas han estado instaladas desde hace numerosos años sin que el Excmo. Ayuntamiento de Madrid haya procedido a exigir concretamente ese tipo de licencias por ocupación temporal de dominio público ya que, de acuerdo con el oficio de la Junta Municipal del Distrito de Latina de fecha 9/marzo/1990, dirigido a la Dirección General de Defensa de la Competencia, se señala que " dichas máquinas, al hallarse ubicadas en terreno de dominio privado y al mismo tiempo fuera de un establecimiento mercantil o industrial, no se hallan sujetas a las prescripciones establecidas en la Ordenanza General sobre Mobiliario Urbano ni tampoco a la normativa que regula la apertura de establecimientos", por lo que concluye encuadrando dicha actividad dentro de "Licencias para otras actuaciones".

No se trata de un incumplimiento claro de normas, máxime cuando en el oficio citado reconoce el Ayuntamiento que, puesto que se daban las condiciones citadas (fuera de establecimiento y en terreno de dominio privado), sólo tuvo conocimiento de dicha situación a través de la denuncia de D. Alvaro Iglesias Sánchez.

La empresa denunciada aporta al expediente algunas Resoluciones de otros Ayuntamientos en las que por las dos meritadas razones concluyen con que no es exigible ese tipo de licencias.

Desde luego, hay que concluir que no se trata de un incumplimiento flagrante, frontal y claro de normas y que no se ha incumplido para obtener una ventaja anticompetitiva que coloque a la empresa "TECNOTRON, S.A." en una posición beneficiosa en el mercado por este hecho. Ciertamente no puede afirmarse, como se hace en el expediente, que esta compañía tenía las licencia municipales pertinentes, entre otras cosas porque lo que está por ver -ante los Tribunales de lo Contencioso- es si era exigible dicha licencia. Pero lo que sí puede afirmarse, desde la limitada perspectiva del derecho de la competencia, es que la falta -en su caso- de la licencia municipal no constituye por sí misma en este caso una ventaja sustancial que altere las reglas en que se mueven los operadores de este mercado.

De otra parte, lo que sí ha aportado "TECNOTRON, S.A." son las Licencias Fiscales de Actividades Comerciales y sus respectivos recibos.

En resolución pues, si bien la violación de normas puede constituir un tipo de deslealtad, no ha quedado en este caso construido el tipo mismo de dicha violación a los efectos anticompetitivos en que ha de moverse este Tribunal, máxime viendo la actuación del Excmo. Ayuntamiento de Madrid desde la instalación de las máquinas y comprobando en el expediente el pago de las pertinentes licencias fiscales.

Sexto. Lo indicado en el fundamento anterior lleva sin más a rechazar la petición de que se oficie al Excmo. Ayuntamiento a fin de que nos remita expediente que versa sobre las cuestiones de dicha índole administrativa, debiendo añadirse en este fundamento de derecho que resulta impertinente para proceder a resolver sobre este recurso contra el Acuerdo de sobreseimiento del expediente.

Séptimo. En el Otrosí de las alegaciones del recurrente se indica que "como aportación de documentos al presente escrito se digne oficiar a la Junta Municipal del Distrito de Latina del Ayuntamiento de Madrid para que envíe el expediente nº JGP/SM 2090 y quede "nulo" el presente procedimiento".

Resulta evidente que la expresión "nulo" es un error mecánico y que en realidad la palabra que debería haberse utilizado es "unido".

En todo caso, si no se entendiera así, resultaría evidente que nada hay en el expediente que lleve a la nulidad de actuaciones y que tampoco ha sido fundada dicha nulidad por la parte, por lo que no procedería en su caso atender dicha pretensión.

VISTOS los artículos 48 y 49 de la Ley 16/89, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia, y demás preceptos de general aplicación, el Pleno de este Tribunal

HA RESUELTO

Desestimar el recurso interpuesto por la representación de don Alvaro Iglesias Sánchez y confirmar el sobreseimiento acordado por el Director General de Defensa de la Competencia el 31 de octubre de 1991.

Notifíquese esta Resolución a los interesados, y comuníquese al Servicio de Defensa de la Competencia, advirtiéndolo a aquéllos que contra la misma cabe recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar de su notificación.