

RESOLUCIÓN DE EJECUCION DE SENTENCIA

(Expte. 558/03 MAYORISTAS PESCADO ALCANTARILLA)

CONSEJO

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. M. Jesús González, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 2 de octubre de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante, el Consejo), con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 588/03 MAYORISTAS PESCADO ALCANTARILLA, en ejecución de Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6^a) de 10 de octubre de 2008 (recurso 457/2005) devenida firme por sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3^a) de 27 de noviembre de 2012 (recurso 2515/2009).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante escrito de 26 de febrero de 2001, D. [CONF], en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE MAYORISTAS DE PESCADO DE LA REGIÓN DE MURCIA, formula denuncia contra el AYUNTAMIENTO DE ALCANTARILLA, la ASOCIACIÓN DE EMPRESARIOS ASENTADORES COMISIONISTAS DE LA LONJA DE PESCADOS DE ALCANTARILLA, D. [CONF], D. [CONF], EUROLONJA S.A., PETRANSA S.L. ALQÁNTARA ASENTADORES DE PESCADOS Y PESCAMURCIA S.L. por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio (B.O.E. del 18) de Defensa de la Competencia (LDC), modificada por la Ley 52/99, de 28 de diciembre (B.O.E. del 29).
2. El 26 de julio de 2004, tras haberse retrotraído actuaciones el 27 de febrero de 2004 para subsanar error de notificación en el Pliego de Concreción de Hechos dictado por el Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) el 22 de enero de 2003, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), admite a trámite el expediente 558/03, Mayoristas de Pescado Alcantarilla, en el que el SDC proponía al TDC la declaración de infracción por valorar que: "A

la vista de lo anterior, el Servicio considera que el acuerdo de PESCAMURCIA S.L., PETRANSA S.L., ALQANTARA ASENTADORES DE PESCADOS S.L. y D. [CONF] adoptado 4 días antes de la fecha prevista para la ampliación del Mercado de Pescados de MERCAMURCIA, el 19 de enero de 1998, por el cual los denunciados acordaron mutuamente no comenzar la actividad de venta de pescado en los módulos que les habían sido adjudicados, que continuaron cerrados durante más de tres años, constituye una infracción encuadrable dentro del art. 1 de la LDC, tal como ha quedado acreditado a lo largo de este expediente.

Se consideran responsables del acuerdo a PESCAMURCIA S.L., PETRANSA S.L., ALQANTARA ASENTADORES DE PESCADOS S.L. y D. [CONF]

VII. EFECTOS SOBRE EL MERCADO

Tal como refleja el periódico La Opinión de Murcia, de fecha 19 de febrero de 2001, la Dirección General de Comercio y Consumo de Comunidad Autónoma de Murcia realizó un informe en que se hacía constar que, el precio medio de las especies de pescado más consumidas se vendían a nivel mayoristas un 26,6% más caro que el resto de España, y que eran especialmente graves los niveles de precios de productos tan populares como la bacaladilla y la sardina, que alcanzan precios un 94,3% y un 38,7% superiores respectivamente a la media nacional durante los 3 años que permanecieron cerrados los módulos (folio 30).

Sin embargo, la situación ha quedado restablecida desde que se anularon las concesiones administrativas por parte de MERCAMURCIA a los asentadores denunciados y fueron adjudicados a otros.”

3. El 30 de junio de 2005 el Pleno del TDC, dictó resolución en la que por mayoría se resolvió: *“Declarar no acreditada la conducta restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia, que era objeto de este expediente”*. Dicha Resolución fue recurrida ante la Audiencia Nacional por parte de la ASOCIACIÓN DE MAYORISTAS DE PESCADO DE LA REGIÓN DE MURCIA.

4. El 10 de octubre de 2008, la Audiencia Nacional dictó sentencia estimatoria en el recurso anterior en la que estableció los siguientes hechos probados:

“A estos efectos, resulta insuficiente la determinación de hechos probados que se contiene en la resolución administrativa impugnada porque, como acertadamente se sostiene por los firmantes del voto particular, la completa y exacta descripción de la conducta exige integrar tales hechos con otros que no han sido objeto de consideración en la resolución administrativa que ahora se examina. En tal sentido, no existiendo controversia sobre la realidad de su acaecimiento, la Sala considera hechos probados, cuya conjunción constituye la conducta que ha de ser examinada, los siguientes:

- La empresa Mercamurcia, participada por el Ayuntamiento de Murcia y la empresa pública MERCASA, a través de la cual está integrada en la red de Mercas, amplió en 1997 su superficie destinada a las transacciones de pescado. Los módulos de la ampliación fueron adjudicados por su Consejo de Administración el día 22 de diciembre de 1997 a Cetransa, S.L. (módulos 18 y 20), D. [CONF] (módulos 24, 26, 33, 34 y 35), Alqántara Asentadores de Pescado, S.L. (módulos 19 y 21), Pescados Dense, S.A. (módulos 15 y 17), Pescamurcia, S.L. (módulos 22, 27, 28, 29, 30, 31 y 32), Pescaluna, S.L. (módulo 23) y Carrorra e Hijos, S.L. (módulo 25).
- La fecha fijada como prevista para la apertura del mercado de pescados de Mercamurcia era el 19 de enero de 1998, pero escasos días antes se produjeron dos hechos de singular relieve (comunicación del Director Gerente y reunión de asentadores y mayoristas), que seguidamente van a referirse y que influyeron de manera decisiva.
- Mediante comunicación del Director Gerente de Mercamurcia, de fecha 14 de enero de 1998, se notificó a los adjudicatarios que el horario para las transacciones de pescado comenzaría a las 22,30 horas.
- El día 16 de enero de 1998 tuvo lugar una reunión o asamblea, celebrada en Alcantarilla, entre los asentadores y los mayoristas en la que, tratándose el tema de los horarios de apertura de ambos mercados de pescado, Pescamurcia, S.L., Petransa, S.L., Alqántara Asentadores de Pescado, S.L. y D. [CONF] decidieron no comenzar la actividad en la fecha fijada, constando literalmente en el acta de dicha reunión que "el asentador se compromete a sancionar al mayorista que incumpla estos acuerdos con la expulsión de la Lonja" (se refiere a la de Alcantarilla).
- Los módulos adjudicados a los denunciados permanecieron inactivos en su totalidad desde la fecha de su adjudicación, lo que motivó la incoación por Mercamurcia de procedimientos de extinción de las autorizaciones administrativas concedidas, que se tramitaron durante el año 1999 y que terminaron por decisiones declaratorias de extinción de abril del año 2000.
- Los denunciados justificaron la falta de actividad en los módulos adjudicados en la parte ampliada de Mercamurcia en la coincidencia de los horarios de transacciones de pescado en la misma con los de la lonja de Alcantarilla, en la que también operaban, lo que impidió la dedicación de los asentadores con todos sus efectivos en ambos mercados al mismo tiempo.
- La Dirección General de Comercio y Consumo de la Comunidad Autónoma de Murcia emitió un informe en que se hacía constar que el precio medio de las especies de pescado más consumidas era en el nivel de mayoristas un 26,6% más caro que el resto de España y que

eran especialmente graves los niveles de precios de productos tan populares como la bacaladilla y la sardina, que alcanzaban precios un 94,3% y 38,7% superiores respectivamente a la media nacional durante los tres años que permanecieron cerrados los módulos. Sin embargo la situación se restableció desde que por Mercamurcia se declararon extinguidas las concesiones administrativas a los asentadores denunciados y fueron adjudicadas a otros”.

Y fundamentó su fallo como sigue:

“4. La conducta expuesta, integrada por el sustrato fáctico que acaba de describirse, debe ser puesta en contraste con la norma contenida en el artículo 1 (“Conductas prohibidas”) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (por ser la norma vigente en el momento de realización de los hechos), precepto en cuyo apartado 1 disponía que “Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional...”.

“Tanto la resolución administrativa impugnada como los codemandados sostienen que la conducta no debe ser sancionada porque no es incardinable en ninguna de las conductas prohibidas enunciadas en el susodicho artículo 1, cuya norma genérica acaba de transcribirse, fundándose, en síntesis, en que la coincidencia de los horarios de las transacciones de pescado en ambas lonjas (la de Alcantarilla y la de Murcia) impidió la dedicación de los asentadores, con todos sus efectivos, en ambos mercados al mismo tiempo y, en consecuencia, la falta de actividad en los módulos adjudicados en la parte ampliada de Mercamurcia por parte de los que operaban en la lonja de Alcantarilla lo era en razón del cumplimiento de los compromisos contraídos en el convenio previamente suscrito con el Ayuntamiento de Alcantarilla, de fecha 23 de diciembre de 1987.

A ello añade la resolución administrativa impugnada que esta relación entre coincidencia de horarios y falta de actividad debe ser tenida en cuenta de conformidad con las orientaciones facilitadas por las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, órgano jurisdiccional que, según el Tribunal de Defensa de la Competencia, “afirma repetidamente la necesidad de analizar las circunstancias en las que se sitúan las conductas presuntamente anticompetitivas, al considerar que la aplicación de las normas de competencia exige una apreciación de las conductas, no sólo en función de su naturaleza jurídica, sino también de las que definen su contexto”, concluyendo que lo anterior, unido al “firme y decidido objetivo empresarial de Mercamurcia de concentrar toda la actividad mayorista de transacción de pescado de la zona en un solo mercado,..., son elementos de

valoración con motivación suficiente para entender que la conducta atribuida a los denunciados no tiene ni el propósito ni los efectos que definen la prohibición del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia”.

“En síntesis, sostiene la resolución administrativa impugnada -y coinciden con ella los codemandados- que Mercamurcia (por medio de su Director Gerente) estableció un requisito especialmente exigente en cuanto al horario de comercialización, por lo que las codemandadas se vieron forzadas a adoptar el acuerdo de no actividad en los nuevos módulos adjudicados con la finalidad de poder cumplir sus compromisos previamente contraídos en el convenio adoptado por el Ayuntamiento de 23 de diciembre de 1987.

5. La Sala no puede admitir esta argumentación. Es cierto que, en principio, no puede estimarse contrario a la competencia un acuerdo de no actividad en los módulos adjudicados en la parte ampliada de Mercamurcia, sino que su consecuencia jurídica directa e inmediata será la que venga fijada en el régimen jurídico por el que se regulaba la adjudicación que, en el presente caso, consistió en la revocación de la adjudicación, como acertadamente se produjo por las decisiones declaratorias de extinción dictadas en abril del año 2000.

Ahora bien, una cosa es la consecuencia jurídica propia y directa del no uso de una adjudicación (declaración de extinción de la misma) y otra bien distinta es lo que dicha no utilización pueda suponer para la eliminación de competidores, restringiendo la competencia en parte del mercado nacional, diferenciación de la que ha de partir esta Sala.

6. Y en tal función ha de decirse que este Tribunal no comparte la argumentación de la resolución impugnada, que hacen suya los codemandados. En efecto, son tres las cuestiones que interesa aclarar en relación con esta materia: la primera, que se refiere a la alegada imposibilidad de compatibilidad de horarios; la segunda, que para comprobar si los acuerdos entre los denunciados codemandados podían acogerse a la no utilización de los nuevos módulos adjudicados es preciso contemplar el alcance y significación del acuerdo celebrado entre ellos y no solamente la consecuencia inmediata de dicha no utilización; la tercera y última a examinar son los términos en los que, en el ámbito comunitario, resulta posible la admisión de convenios entre empresas en el marco del artículo 81 del Tratado de la Unión Europea.

En cuanto a la supuesta imposibilidad de conciliar los nuevos horarios impuestos por el Director Gerente con la actividad desarrollada simultáneamente en la originaria Lonja de Alcantarilla y en los módulos adjudicados en la parte ampliada de Mercamurcia hay que señalar, en primer lugar, que de existir tal hipotética imposibilidad las nuevas

adjudicatarias podrían haberla resuelto renunciando de manera inmediata a los nuevos módulos adjudicados (incluso en la misma reunión celebrada el 16 de enero de 1998, en que decidieron no utilizarlos) en lugar de esperar —reteniendo su condición de adjudicatarios— tres años a que fuera declarada extinguida la adjudicación en cuestión. En segundo lugar, en modo alguno ha quedado acreditado que dicha coincidencia de horarios, con la consiguiente dificultad de comercialización, no pudiese ser resuelta en forma que no resultase contraria al Derecho de la Competencia y, en particular, al artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; en efecto, hay que tener en cuenta que siempre podría haber existido por parte de los adjudicatarios una asignación (o, en su caso, ampliación) particularizada de medios personales y materiales, según las circunstancias, a la originaria Lonja de Alcantarilla y a los nuevos módulos adjudicados en Mercamurcia. Y, si bien es cierto que para asumir ambos se requería una capacidad adecuada a la ampliación, también lo es que existían las formas alternativas antedichas de afrontar dicha dificultad. Lo susceptible de sanción, por contrario al artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, es un acuerdo entre los adjudicatarios de los nuevos módulos destinado a impedir la utilización de una ampliación de Mercamurcia (ese fue, indudablemente, el resultado objetivo de dicho acuerdo), cuya puesta en funcionamiento estaba prevista para tres días después de adoptarse el citado acuerdo y que, en virtud del mismo, permaneció inactiva durante casi tres años.

La segunda de las cuestiones mencionadas es la relativa a la necesidad de contemplar el acuerdo a que llegaron las empresas denunciadas, ahora codemandadas. Estas acordaron que, al margen de la búsqueda de cualquier sistema de utilización conjunta de las instalaciones de ambos mercados, decidían, pura y simplemente, la falta de actividad en los nuevos módulos adjudicados de Mercamurcia sin (lo que hubiera sido coherente con tal decisión) renunciar, por otro lado, a las adjudicaciones que les habían sido hechas. De esta forma, resultaba indiferente la adjudicación; esto es, la adjudicación de los nuevos módulos devenía en algo ficticio, sustituida por el acuerdo entre los denunciados de no utilización de los mismos. Y es preciso recordar que entre los denunciados —ahora demandados— se encontraban empresas de significativo peso relativo en el ámbito empresarial que nos ocupa. Por consiguiente, a la hora de valorar la causa de justificación admitida por la resolución impugnada y alegada por los codemandados (supuesta imposibilidad de compatibilizar de horarios) es preciso considerar que, junto con el acuerdo de no utilización, existía otro destinado a evitar la posible concurrencia, pues no de otra forma cabe entender el compromiso de sancionar con la expulsión de la Lonja de

Alcantarilla al mayorista que incumpliese dichos acuerdos (acuerdo que recoge literalmente el acta de 16 de enero de 1998, que documenta el mismo).

Todo lo anterior haría innecesario examinar el contenido de los criterios comunitarios sobre la aplicación del artículo 81 del Tratado de la Unión Europea. Pero no resulta ocioso, sin embargo, añadir alguna consideración al respecto en relación con la Comunicación de la Comisión Europea de 29 de julio de 1968, referida a los acuerdos de cooperación horizontal (hay que tomar como referencia básica esta Comunicación y no la Directriz de 6 de enero de 2001, por ser esta última posterior a los hechos). Es cierto que la mencionada Comunicación de 29 de julio de 1968, de la Comisión Europea, se refería a un supuesto distinto de cooperación entre empresas, que es aquél en que ninguna de ellas puede asumir por sí sola determinado proyecto o actividad cubierto por la cooperación, pero no lo es menos que el principio que preside dicha Comunicación a la luz del artículo 81 del Tratado de la Unión Europea puede servir como criterio inspirador en el supuesto sometido al enjuiciamiento de esta Sala. Del examen de la Comunicación de 29 de julio de 1968 se desprende la posibilidad de acuerdo cuando concurra el presupuesto básico de imposibilidad material, pero siempre que no signifique un perjuicio al establecimiento o mantenimiento de una efectiva concurrencia y en el supuesto enjuiciado no sólo acontece —por lo anteriormente razonado— que no queda en modo alguno acreditada tal imposibilidad (o que, en cualquier caso, los denunciados hubieran podido adoptar una actitud de renuncia a la adjudicación plenamente coherente con la legislación vigente) sino, sobre todo, que se cercenó la posibilidad futura de competencia, como queda plenamente acreditado por el Informe de la Dirección General de Comercio y Consumo de la Comunidad Autónoma de Murcia, que reflejaba un porcentaje significativo superior de precios mientras se mantuvo esa situación de no utilización de los nuevos módulos adjudicados y que desapareció desde que fueron adjudicados a otros.

Digamos, como conclusión, que una cosa es la mayor o menor dificultad en el desarrollo de una actividad en dos locales diferentes con coincidencia de horarios y otra bien distinta que la respuesta a dicha dificultad pase inevitablemente por un acuerdo claramente restrictivo de la competencia, como el celebrado por los denunciados, ahora codemandados. Por ello, la conducta en cuestión es subsumible en la prohibición que contiene el artículo 1.1, párrafo inicial, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia”.

Y en cuanto al cálculo de la multa que corresponda a la infracción señala:

“Del propio modo, no procede que esta Sala -como también pretende la actora- imponga la sanción administrativa inherente a la conducta

contraria a la competencia. Y no sólo por la indefinición y carácter genérico de la pretensión ejercitada (“multas que procedan conforme a derecho”, dice el suplico de la demanda, sin mayor concreción) sino, sobre todo y fundamentalmente, porque este órgano jurisdiccional no puede sustituir las potestades –y consiguiente actividad- de la Administración competente, sino que puede proceder –y en ello consiste la potestad jurisdiccional- a su revisión, como aquí se ha hecho.”

Por lo que falla:

“ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad ASOCIACIÓN DE MAYORISTAS DE PESCADO DE LA REGIÓN DE MURCIA, contra la resolución de 30 de junio de 2005 del entonces Tribunal de Defensa de la Competencia, dictada en el expediente 558/03 (Mayoristas Pescado Alcantarilla) de los seguidos ante el mismo y, en consecuencia, anular la resolución impugnada, ordenando a la Administración competente que dicte nueva resolución sobre la base de la calificación de la conducta como contraria al artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, desestimando el resto de las pretensiones ejercitadas por la actora”.

5. El 27 de noviembre de 2012, el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación 2515/2009 interpuesto por PESCAMURCIA, S.L., D. [CONF], ALQUANTARA ASENTADORES DE PESCADO, S.L. y por el Abogado del Estado contra la SAN de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional antes descrita (recurso 457/2005). En su fallo declaraba:

“Primero.- Declarar no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por las representaciones procesales de la mercantil PESCAMURCIA, S.L., de Don [CONF], de la mercantil ALQÁNTARA ASENTADORES DE PESCADO, S.L., y por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2008, dictada en el recurso contencioso-administrativo 457/2005.

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a las partes recurrentes, en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía.

6. El 7 de mayo de 2013 se recibió en la CNC testimonio de la referida sentencia del Tribunal Supremo, ordenando proceder a su ejecución.
7. El 31 de julio de 2013, con objeto de dar cumplimiento a lo establecido en la SAN citada en el AH 4, se notificó Acuerdo de Consejo solicitando información de los volúmenes de negocios totales del año 2012 a PESCAMURCIA S.L., PETRANSA S.L., ALQUANTARA ASENTADORES DE

PESCADOS S.L. y los ingresos totales de 2012 de *D. [CONF]*. Igualmente se solicitó el volumen de facturación de cada uno de los cuatro responsables de la infracción correspondiente a la actividad de asentadores de pescado en la Lonja de Alcantarilla y la zona de Murcia capital los años 1998, 1999, 2000 y 2001.

8. El 21 de agosto de 2013 se recibió respuesta de PERTRANSA S.L. aportando la información referida a 2012, pero no la de los años 1998 a 2001, alegando que dada la antigüedad de los datos solicitados y la ausencia de obligación legal para mantener dicha información, no disponen de ella. La LONJA de ALCANTARILLA ha recibido el requerimiento pero no ha respondido. No habiendo atendido los demás notificados el requerimiento, a pesar de los avisos recibidos para ello, el 30 de agosto de 2013 se procedió a una segunda notificación, sin que ninguno de ellos haya retirado el requerimiento de la oficina de Correos correspondiente.
9. El Consejo de la CNC terminó de deliberar y fallar esta Resolución en su reunión del día 25 de septiembre de 2013.
10. Son interesados en este expediente:
 - PESCAMURCIA, S.L.
 - PETRANSA, S.L.
 - ALQANTARA ASENTADORES DE PESCADO, S.L.
 - *D. [CONF]*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la resolución

La presente Resolución tiene por objeto dar cumplimiento a lo establecido por la Audiencia Nacional en su sentencia de 10 de octubre de 2008, devenida firme por Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012, resolviendo el recurso contencioso administrativo planteado contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de junio de 2005 en el expediente 558/03 MAYORISTAS PESCADO ALCANTARILLA. La Audiencia Nacional, en el ejercicio de su competencia de revisión jurisdiccional encontró que las imputadas por el Servicio de Defensa de la Competencia, en su Informe propuesta de 26 de julio de 2004, habían infringido la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, al haber acordado no proceder al desarrollo de la actividad de venta mayorista de pescado en los locales que previamente les habían sido asignados para ello en el Mercado de Pescados de MERCAMURCIA.

En dicha Sentencia (AH 4) la Audiencia Nacional ordena a *“la Administración competente que dicte nueva resolución sobre la base de la calificación de la*

conducta como contraria al artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia". Y ello después de declarar respecto a la calificación de la conducta que: "la conducta en cuestión es subsumible en la prohibición que contiene el artículo 1.1, párrafo inicial, de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia". Y en cuanto al cálculo de la multa que corresponda a la infracción señala se pronuncia como sigue: "Del propio modo, no procede que esta Sala –como también pretende la actora- imponga la sanción administrativa inherente a la conducta contraria a la competencia. Y no sólo por la indefinición y carácter genérico de la pretensión ejercitada ("multas que procedan conforme a derecho", dice el suplico de la demanda, sin mayor concreción) sino, sobre todo y fundamentalmente, porque este órgano jurisdiccional no puede sustituir las potestades –y consiguiente actividad- de la Administración competente, sino que puede proceder –y en ello consiste la potestad jurisdiccional- a su revisión, como aquí se ha hecho."

Establecido por la Audiencia Nacional, y ratificado por el Tribunal Supremo, que el acuerdo que PESCAMURCIA S.L., PETRANSA S.L., ALQANTARA ASENTADORES DE PESCADOS S.L. y D. [CONF], habían adoptado 4 días antes de la fecha prevista para la ampliación del Mercado de Pescados de MERCAMURCIA, el 19 de enero de 1998, para no comenzar la actividad de venta de pescado en los módulos que les habían sido adjudicados, resulta contrario al artículo 1 de la Ley de defensa de la Competencia, queda por determinar la sanción que procede a tal declaración de infracción, objeto de esta resolución.

SEGUNDO.- Cálculo de la sanción

La conducta declarada infractora tuvo lugar entre los años 1998 y 2001, estando en vigor la Ley 16/1989, de 18 de julio de Defensa de la Competencia, lo mismo que la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia que dio lugar a las sentencias de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo que motivan la presente Resolución de Ejecución de Sentencia, por lo que el Consejo estima que es dicha Ley, y no la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, la que debe ser aplicada.

Y el artículo 10 de dicha Ley regula que a los agentes que infrinjan, deliberadamente o por negligencia, lo dispuesto en los artículos 1,6 y 7 se les podrá imponer multas de hasta 150.000.000 de pesetas (901.518,16 euros), cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondientes al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal.

Y el mismo precepto establece que la cuantía de las sanciones se fijará atendiendo a la importancia de la infracción, para lo cual se tendrán en cuenta los siguientes criterios: a) La modalidad y alcance de la restricción de la competencia; b) La dimensión del mercado afectado; c) La cuota de mercado de la empresa correspondiente; d) El efecto de la restricción de la competencia

sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores y usuarios; e) La duración de la restricción de la competencia; y f) La reiteración en la realización de las conductas prohibidas

En este caso se trata de un acuerdo entre competidores para restringir el acceso al mercado de la distribución mayorista de pescado en la región de Murcia, ya que mientras los infractores operaban en el mercado de Alcantarilla, estaban bloqueando los espacios habilitados para la misma actividad en el mercado de MERCAMURCIA, localizado a pocos kilómetros uno de otro. Los cuatro asentadores, que controlaban todo el pescado descargado en la Lonja de Alcantarilla, impidieron que se desarrollase la misma actividad, en competencia, en Mercamurcia. Se trata pues de un acuerdo entre competidores para cerrar el mercado a terceros, una infracción muy grave, en atención a la significativa alteración que supone de las condiciones competitivas de un mercado. La infracción alcanzaba gran parte de la población que reside en la Región de Murcia, por cuanto los espacios bloqueados por los infractores se localizaban en Murcia capital, resultando afectadas como mínimo Murcia y Alcantarilla donde residen aproximadamente 500.000 habitantes, de los 1,5 millones con que cuenta la Comunidad Autónoma.

La gravedad de la infracción, valorados los criterios anteriores es innegable. Los efectos de la misma fueron incontestables: los únicos espacios habilitados en la zona para poder desarrollar la actividad de venta mayorista de pescado alternativos a los explotados por los cuatro imputados permanecieron cerrados durante más de tres años, impidiendo la entrada de otros operadores con los que ineludiblemente tendrían que haber competido. Consta en el expediente el Informe de la Dirección General de Comercio y Consumo de Comunidad Autónoma de Murcia donde se denuncia que el precio medio de las especies de pescado más consumidas se vendían a nivel mayoristas un 26,6% más caro que el resto de España, y que eran especialmente graves los niveles de precios de productos tan populares como la bacaladilla y la sardina, que alcanzaban precios un 94,3% y un 38,7% superiores respectivamente a la media nacional durante los 3 años que permanecieron cerrados los módulos. La duración de la conducta fue muy elevada, más de tres años, y solo la intervención del ayuntamiento de Murcia, retirándoles la licencia, puso fin a la misma.

El Consejo ha valorado que la sanción que ahora se fija se hace en ejecución de sentencia de los órganos jurisdiccionales revisores de la resolución del TDC de 30 de junio de 2005, debiendo ser calculada teniendo en cuenta el contexto en el que debiera haber sido impuesta en su momento, en aras a la aplicación del principio de proporcionalidad en la sanción. Entre las resoluciones por infracción del artículo 1, se han revisado aquellas que presentaban parámetros comparables a los que concurren en la presente resolución, y que tras ser recurridas ante la Audiencia Nacional, estas han sido confirmadas y son actualmente firmes.

En la RTDC 547/02 Gas Natural de Alicante, de 18 de junio de 2004, la infracción del artículo 1 consistía en que durante tres años GESA, con un volumen de ventas en su mercado de suministro de gas del orden de 6 millones de euros, dirigió el cierre y reparto del mercado de instalaciones de gas en la provincia de Alicante, participando todos los instaladores presentes del mercado, por lo que el TDC le impuso a GESA una multa de 300.000 euros y de 18.000 euros a cada uno de los instaladores.

En la RTDC 555/03 Líneas Marítimas del estrecho, de 21 de junio de 2004, durante tres años, Euroferrys S.A., Líneas Marítimas Europeas S.A. (LME), Transmediterránea S.A., Compagnie Maritime Marocco-Norvegienne (Comarit), Compagnie Marocaine de Navigation (Comanav) y Lignes Maritimes du Detroit (Limadet) mantuvieron un acuerdo para aplicar idénticas tarifas para viajeros y vehículos en la línea de transporte marítimo Algeciras-Tánger-Algeciras y en el mantenimiento durante todo el año de los acuerdos de intercambiabilidad de billetes adoptados excepcionalmente durante la Operación Paso del Estrecho. El TDC estimó que el volumen de mercado afectado era de unos 36.5 millones de euros al año, e impuso una sanción a las cuatro mayores operadoras de 300.000 euros y de 150.000 euros a las dos menores.

En la RTDC 561/03 Líneas Marítimas del estrecho 2, de 26 de mayo de 2004, durante tres años, Transmediterránea, S.A., Comarit España, S.A., Lignes Maritimes du Detroit (LIMADET), Europa Ferrys, S.A. (EUROFERRY) y Líneas Marítimas Europeas (LME) mantuvieron un acuerdo para aplicar una política de precios homogénea y paralela, basada en descuentos comunes sobre una tarifa común de referencia en el transporte de mercancías. El TDC estimó que el volumen de mercado afectado era de unos 3.3 millones de euros al año, e impuso una sanción cada una de ellas de 60.000 euros.

Y en la RTDC 578/03 EKO-AMA MONDARIZ, de 2 de noviembre de 2004, se trataba de una infracción de fijación vertical de precios, donde el TDC estimó que el efecto no pudo haber sido muy significativo, dado el tipo de conducta, la duración de 15 meses y que el alcance del mercado no iba más allá de Galicia y que en el mismo la cuota de mercado del infractor no superaba el 15%. La sanción fue de 90.000 euros.

Atendiendo a todos estos antecedentes contemporáneos, y a que en el caso presente estamos (i) ante una conducta del artículo 1 que consistió en un acuerdo entre todos los operadores presentes en ese momento en el mercado afectado, el de venta mayorista de pescado fresco, para cerrar y repartirse el mercado; (ii) que el acuerdo se mantuvo activo durante tres años; (iii) que el mercado afectado, calculado en base a la encuesta de presupuestos familiares del INE y a la población afectada, pudo superar los 48 millones de euros; y (iv) que el volumen de facturación anual de cada infractor, para los años de infracción (partiendo de datos del Registro Mercantil en unos casos y en otros aportado por la parte, y deflactados según IPC de pescado fresco) variaba entre 7 y 8 millones de euros, este Consejo estima proporcionado imponer a

cada uno de los cuatro asentadores de pescado imputados por el SDC en su Informe Propuesta, una multa de 250.000 euros.

Por último, con el fin de garantizar que las sanciones impuestas no superen el límite máximo legal establecido en el antes citado artículo 10 de la ley 16/1989, éste Consejo procedió a solicitar la información que consideró relevante para ello. Como consta en los Antecedentes de Hecho, solo ha habido una respuesta, aportando información para los años 2011 y 2012. Consultadas otras fuentes posibles de información, en concreto el Registro Mercantil, se han podido obtener datos para otras dos empresas imputadas, para los años 2008 en un caso y para 2011 en otra (sobre la que consta nota de encontrarse en situación concursal).

Estos volúmenes de negocios son los siguientes:

EMPRESA	2008	2011	2012
PESCAMURCIA SL (En concurso)	[CONF]		
PETRANSA SL		[CONF] €	[CONF] €
ALQANTARA		[CONF] €	
[CONF]		nd	

La sanción de 250.000 euros impuesta a cada una de ellas está muy lejos de alcanzar siquiera el límite del 10% del volumen de negocios del año anterior al de imposición de la sanción según la información que consta en el expediente y la del Registro Mercantil.

Por todo cuanto antecede, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar, en ejecución de sentencia, que PESCAMURCIA S.L., PETRANSA S.L., ALQANTARA ASENTADORES DE PESCADOS S.L. y D. [CONF] son responsables de infringir el artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, al haber acordado durante más de tres años no desarrollar la actividad de venta de pescado en los módulos que les habían sido adjudicados en la ampliación del Mercado de Mercamurcia para estar operativos el 19 de enero de 1998.

SEGUNDO.- Imponer, por la comisión de la infracción declarada en el anterior resuelve, las siguientes sanciones:

- PESCAMURCIA SL, doscientos cincuenta mil euros (250.000 €)

- PETRANSA SL, doscientos cincuenta mil euros (250.000 €)
- ALQANTARA ASENTADORES DE PESCADOS S.L., doscientos cincuenta mil euros (250.000 €)
- [CONF], doscientos cincuenta mil euros (250.000 €)

TERCERO.- Encomendar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia que vigile el cumplimiento de la presente Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y a la Audiencia Nacional y notifíquese a las partes interesadas, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.