

RESOLUCIÓN (Expte. 558/03, Mayoristas Pescado Alcantarilla)

Pleno

D. Gonzalo Solana González, Presidente
D. Antonio del Cacho Frago, Vicepresidente
D. Antonio Castañeda Boniche, Vocal
D. Julio Pascual y Vicente, Vocal
D. Miguel Comenge Puig, Vocal
D. Javier Huerta Trolèz, Vocal
D. Fernando Torremocha y García-Sáenz, Vocal
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Vocal
D. Miguel Cuerdo Mir, Vocal

En Madrid, a 30 de junio de 2005.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, el Tribunal, TDC) con la composición expresada al margen y siendo Ponente el Vocal Sr. del Cacho Frago, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 558/03 (2257/01 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, SDC), iniciado en virtud de denuncia formulada por D. José María Illán Fernández, en nombre y representación de la Asociación de Mayoristas de Pescado de la Región de Murcia por supuestas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) de 17 de julio de 1989.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Mediante escrito de 26 de febrero de 2001, D. José María Illán Fernández, 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. JOSÉ RIQUELME GARCÍA, D. ESTEBAN MENCHON MENÁRGUEZ, 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) consistentes:

1º.- En la adopción de un Convenio, el 23 de diciembre de 1987, entre D. Pedro Manuel Toledo Varelo, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Alcantarilla y D. José Riquelme García y D. Esteban Menchón Menárguez en calidad de Presidente y Vicepresidente-Secretario de la Asociación de

Asentadores-Comisionistas de la Lonja de Pescados, por el cual se adjudican la totalidad de los puestos de la Lonja de Alcantarilla.

2º.- En la adopción de otro Convenio, el 29 de julio de 2001, por D. Lázaro Mellado Sánchez, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Alcantarilla y por los Asentadores Comisionistas de la Lonja de Pescado de Alcantarilla, D. Francisco García García, en representación de pescados y Transportes Sangonera, concesionario de los puestos 1 al 12, D. Esteban Menchón Menárguez, en representación de Alqántara Asentadores de Pescado S.L., concesionario de los puestos 13 al 26, D. José Riquelme García, concesionario de los puestos 27 al 30, D. Miguel Fernández Millán, concesionario de los puestos 40 a 52, para la adquisición de terrenos y para la construcción de una nueva Lonja de Pescados.

3º.- En el Acuerdo de los asentadores de PESCAMURCIA S.L., D. José Manuel Uceda Asencio, D. Mateo Martínez Almagro, D. Joaquín Hernández Benítez, D. Domingo Joaquín Martínez Vivo, para no utilizar para la venta de pescados los módulos 22, 27, 28, 29, 30, 31 y 32 de MERCAMURCIA adjudicados por el Consejo de Administración, el 22 de diciembre de 1997 y extinguidos por el mismo, el 3 de abril de 2000, para evitar la competencia a la Lonja de Alcantarilla (folios 1 al 83 y 88).

2. Practicada información reservada sobre los hechos denunciados, el Servicio incoó expediente sancionador, de conformidad con las previsiones de los apartados 1 y 3 del art. 36 LDC, por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de la citada Ley.
3. Los hechos que se consideraron constitutivos de infracción se recogieron en el Pliego de Concreción de Hechos, formalizado en 22 de enero de 2003.
4. Concluida la instrucción y remitidas las actuaciones para resolución, el Tribunal, en sesión plenaria del día 24 de abril de 2003, acordó la admisión a trámite del expediente y concedió plazo a los interesados para proposición de prueba.
5. Advertido el error de notificación de la Providencia antes mencionada de 24 de abril de 2003 a la entidad mercantil Pescamurcia S.L. en la persona de D. Martín Peña de la Fuente, siendo así que éste no es Director Gerente de Pescamurcia S.L. sino de Mercamurcia (no interesada en el expediente), mediante Providencia de 9 de octubre de 2003 se acordó conceder un plazo de quince días a la Sociedad Mercantil Pescamurcia S.L. para proposición de prueba y petición, en su caso, de celebración de Vista.

6. El representante de Pescamurcia S.L., mediante escrito de 4 de noviembre de 2003, en respuesta a la notificación de la Providencia de 9 de octubre anterior alega quebrantamiento de las formas y trámites esenciales del procedimiento, porque desde la notificación de la Providencia de fecha 28 de octubre de 2002, no ha habido ninguna otra notificación, de forma que no ha podido contestar el Pliego de Concreción de hechos en el que figura la Sociedad que representa como supuesta infractora.
7. Del análisis de las actuaciones practicadas aparece comprobado el error cometido en la notificación del Pliego de Concreción de Hechos de 14 de enero de 2003 a Pescamurcia S.L. que se practica en el persona de D. Martín Peña de la Fuente, con domicilio en Carretera de Mazarrón, km. 2, El Palmar (Murcia), (folio 581 del expediente del Servicio), siendo así que el Consejero Delegado de la mencionada entidad mercantil domiciliada en Alcantarilla, calle Moreno, 1 Entreplanta, es D. Joaquín Hernández Benítez y el presidente del Consejo es D. José Manuel Uceda Asensio.
8. Mediante Providencia de 2 de diciembre último, el Pleno acordó dar traslado a todos los interesados del escrito de Pescamurcia S.L. de 4 de noviembre de 2003 para alegaciones sobre la infracción del procedimiento denunciada.
9. Transcurrido el plazo concedido en ejecución de la citada Providencia, no se presentaron alegaciones por los interesados.
10. El día 27 de febrero de 2004 el Tribunal acordó mediante Auto retrotraer el procedimiento a fin de que el Servicio practicase notificación a la supuesta infractora Pescamurcia S.L. del Pliego de Concreción de Hechos formulado el día 14 de enero de 2003, con declaración de nulidad de las actuaciones practicadas a partir del momento en que se produjo la infracción de las normas procedimentales.
11. El Servicio cumplimentó el Auto antes mencionado y formuló el Informe-Propuesta de fecha 26 de junio de 2004, en el que se hace constar :

VI CALIFICACIÓN

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. JOSÉ RIQUELME GARCÍA, 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. JOSÉ RIQUELME GARCÍA.

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.

VIII. PROPUESTA

Teniendo en cuenta las valoraciones anteriores se PROPONE:

Primero: *Que por el Tribunal de Defensa de la Competencia:*

- 1. Se declare la existencia de dos prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, consistentes en la inutilización de los módulos siguientes durante tres años:*

- PESCAMURCIA S.L. (Módulos 22, 27, 28, 29, 30, 31 y 32)*
- PETRANSA S.L. (Módulos 18 y 20)*

- ALQANTARA ASENTADORES DE PESCADOS S.L. (Módulos 19 y 21)
- D. RIQUELME GARCÍA (Módulos 24, 26, 33 y 34)

Segundo: Se adopten los demás pronunciamientos a que se refiere el art. 46 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia.

No obstante, ese Tribunal resolverá.

RESOLUCIÓN DEL EXPEDIENTE POR EL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Con fecha 5 de marzo de 2004 tuvo entrada en este Servicio el Auto del TDC, de fecha 4 de marzo de 2004, sobre nulidad de actuaciones, por el que se devolvió el expediente al Servicio, retrotrayendo las actuaciones al momento procesal de la notificación del Pliego de Cargos, de fecha 14 de enero de 2003, momento en el que tuvo lugar el error de omisión de notificación del Pliego a PESCAMURCIA S.L., lo que ha impedido que la mencionada Sociedad Mercantil, pudieran formular las alegaciones oportunas y proponer los medios probatorios pertinentes.

A la vista del Auto referido, con fecha 12 de marzo de 2004, el Servicio procedió a notificar el Pliego de Cargos a PESCAMURCIA S.L. dando los 15 preceptivos para formular alegaciones.

SUBSANACIÓN

Por error en la PROPUETA, apartado Primero a) del Informe-Propuesta anteriormente transcrito, donde dice “Se declare la existencia de dos prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el art. 1...” debe decir “Se declare la existencia de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el art. 1...” tal y como constaba en el Pliego de Cargos.

12. Una vez remitidas las actuaciones, el Tribunal admitió a trámite el expediente mediante Providencia de 16 de julio de 2004, practicándose la prueba solicitada y admitida, por Auto de 21 de octubre de 2004.
13. La representación legal de la ASOCIACIÓN DE MAYORISTAS DE PESCADO DE LA REGIÓN DE MURCIA, en el trámite de valoración de la prueba practicada, alega que los asentadores integrados en la denominada Asociación de Empresarios de Asentadores-

Comisionistas de la Lonja de Pescados de Alcantarilla, mediante el contrato celebrado con el Ayuntamiento de esta localidad el día 24 de diciembre de 1987, tuvieron un acceso privilegiado a la totalidad de módulos de la Lonja de Alcantarilla de forma directa, creando un oligopolio, de manera que todo el pescado que se descarga con destino a Murcia, tenía que ser recepcionado y descargado en la Lonja de Alcantarilla, y consignarse exclusivamente a nombre de asentadores titulares de todos los puestos de la Lonja, excluyendo a otros competidores y percibiendo una comisión de 5% al 8%.

Además, alega que hay que pagar un canon diario al Ayuntamiento de Alcantarilla, lo que supone un encarecimiento del coste del pescado en Murcia, con perjuicio de los consumidores.

Afirma que los cuatro asentadores comisionistas –D. José Riquelme García, D. Esteban Menchón Menarquez, D. Matutino García García y D. Miguel Fernández Millán-, además de consignarse a su nombre todo el pescado con destino a Murcia, consiguen que el Ayuntamiento de esta ciudad, a través de la Sociedad Municipal MERCAMURCIA, que gestiona los mercados centrales mayoristas del Ayuntamiento de Murcia, les adjudique los módulos que había en este mercado destinado al pescado, por reunión celebrada el día 22 de diciembre de 1997. De modo que una vez adjudicados los módulos a los asentadores, éstos los cierran no teniendo ninguna actividad, circunstancia que motivó la intervención de las autoridades administrativas competentes y un informe del Ayuntamiento de Murcia, en el que se destacan los perjuicios para la economía procedentes de esta situación.

Alega también la representación legal de la Asociación que, con fecha 30 de julio de 2000, el Pleno del Ayuntamiento de Alcantarilla, aprueba un nuevo convenio con los mismos asentadores, los cuales constituyen una Sociedad Anónima, EUROLONJA S.A. para la construcción y gestión del servicio público de la nueva Lonja de Pescado, por lo que ejercerán un negocio privado lucrativo en terrenos públicos.

Finalmente, la Asociación concluye que los acuerdos suscritos entre el Ayuntamiento de Alcantarilla y los asentadores, así como las mercantiles creadas, y el hecho de obtener los módulos de Mercamurcia y mantenerlos cerrados infringen los artículos 1, 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia. Con apoyo de estos preceptos y en relación a las alegaciones antes relacionadas, solicita las medidas a adoptar la mencionada representación de la Asociación.

Los representantes de la entidad PESCAMURCIA S.L. valoran los medios probatorios ejercitados en el expediente en el sentido de afirmar que no tienen la virtualidad y eficacia suficiente para atribuir la condición de hechos probados a aquellos en que se basa la imputación dirigida contra su representada, y concretamente sobre la existencia de acuerdo en que interviniera su representada para no abrir ni realizar venta alguna al por mayor en los módulos que le habían sido adjudicados en Mercamurcia con la finalidad de restringir la competencia con respecto a la Lonja de pescados de Alcantarilla. Entienden que carece de fuerza probatoria el informe emitido por el Director-Gerente de Mercamurcia, D. Martín Peña de la Fuente, que no deja de ser un mero testigo de referencia, además de que la entidad Mercamurcia tiene un interés evidente en la cuestión de fondo del asunto del procedimiento.

Afirman que los asentadores no tienen la autonomía e independencia de comportamiento que sería necesaria para adoptar el supuesto acuerdo contrario a la libre competencia, y niegan que su representada mantuviera inactivos en su totalidad sus módulos desde la fecha de su adjudicación hasta la fecha de revocación de la autorización, constando en el expediente documentación comercial y administrativa que revela la actividad desplegada en los mencionados módulos.

Entienden que no hay base objetiva para establecer un nexo causal entre el supuesto acuerdo adoptado entre los denunciados y la supuesta inactividad de los módulos resultantes de la ampliación del mercado de pescados de Mercamurcia, en el que estaban presentes otros operadores (mayoristas y minoristas) con capacidad de decidir y de influir en la oferta y demanda de productos. Hacen referencia al cambio de horario de venta decidido unilateralmente por la gerencia de Mercamurcia, pocos meses después de la adjudicación de los módulos, con el fin de hacerlos coincidir con el que regía tradicionalmente en la Lonja de Pescados de Alcantarilla a sabiendas de la imposibilidad de muchas de las empresas que operaban en ambos mercados para poder acudir simultáneamente con plenitud de recursos a ambos. No hubo negativa preconcebida a abrir algunos de los módulos de venta, como se concluye por el Servicio, sino una adecuación de los recursos que se disponen a la lógica económica que impone la oferta y demanda existente en cada momento y en cada uno de los mercados, además de que los módulos que tenían adjudicados los denunciados sólo representaban un tanto por ciento minoritario del conjunto de puestos existentes.

Afirman también que de la documentación aportada se viene en conocimiento de que tanto la entrada de pescado como la ocupación de puestos de venta, no han sufrido apenas variación en los distintos

ejercicios. Entienden, por último, que no existen efectos sobre el mercado a consecuencia del supuesto acuerdo imputado a los denunciados.

D. José Riquelme García comparece en el trámite de valoración de la prueba para manifestar, con carácter previo, que no se han practicado los medios probatorios por él propuestos en el momento oportuno, consistentes en dirigir comunicaciones a Mercamurcia S.A. y al Ayuntamiento de Alcantarilla, en solicitud de datos y antecedentes necesarios para la decisión a adoptar, y testifical de D. Miguel Angel Riquelme Serrano.

A continuación alega lo que estima oportuno y formula conclusiones en el mismo sentido y en idéntica línea de argumentación que la utilizada por los representantes de la mercantil Pescamurcia S.L., ya expuesta en este apartado, por lo que se da aquí por reproducida la relación que allí consta. Afirma, asimismo, que el compareciente tenía adjudicados con anterioridad –que venía explotando desde hacía más de veinte años- otros dos, para preguntarse el sentido que tendría mantener unos activos y otros no si el supuesto perseguido era restringir cuanto más mejor la competencia con el mercado de Alcantarilla.

D. José Riquelme García formula conclusiones para alegar como cuestiones previas, en primer lugar, la existencia de caducidad, con infracción del artículo 56 de la Ley de Defensa de la Competencia, por haber rebasado el Servicio el plazo máximo de doce meses de duración desde la remisión al Tribunal, y, en segundo término, los defectos de procedimiento ya invocados con anterioridad. En cuanto al fondo del asunto, reitera las afirmaciones efectuadas en el escrito de valoración de pruebas, en el sentido de que éstas no son directas, objetivas y concluyentes, sino indiciarias que no pasan de meras sospechas, y afirma que no hay base objetiva para establecer un enlace preciso y directo, entre el supuesto acuerdo adoptado entre los denunciados y la supuesta inactividad de los módulos resultantes de la ampliación de pescados de Mercamurcia. La existencia de otros elementos y datos decisivos interfieren y desvirtúan el ficticio nexo causal establecido por el Servicio. Insiste el compareciente en alegaciones precedentes sobre la inexistencia de restricción sobre la libre competencia en el mercado.

El representante de Alqántara Asentadores de Pescado S.L. formula conclusiones con alegaciones, en primer lugar, de dos cuestiones previas. La primera, en relación con la caducidad de procedimiento sancionador que fue admitido a trámite por este Tribunal el día 24 de abril de 2003, sin que se haya producido la Resolución del expediente pasados doce meses, y si bien es cierto que se ha retrotraído el procedimiento en virtud de Auto

de 27 de febrero de 2004, el defecto de procedimiento que motivó la retroacción afectaba solamente a uno de los presuntos infractores. La segunda cuestión previa es la relativa a la prescripción de la infracción, por haber transcurrido más de cuatro años desde la fecha del cuerdo que supone práctica restrictiva de la competencia por infringir el artículo 1 de la LDC, según el informe del Servicio de Defensa de la Competencia. En cuanto al fondo del asunto entiende que son insuficientes las pruebas de cargo producidas refiriéndose en primer término al acta de la reunión de 16 de enero de 1998 que fue, en realidad, una Asamblea de mayoristas promovida por Juan José Imbernon Cano, Presidente de la Asociación de Mayoristas de Pescado de la Región de Murcia y Administrador de Petramur S.L. En esta reunión se trataba, por parte de los mayoristas de evitar la duplicidad de venta de pescado, en el mismo horario, en los mercados de Alcantarilla y Mercamurcia, efecto que no está dentro de las posibilidades del poder de Alqántara Asentadores de Pescado S.L. que realiza la intermediación de pescado, y cuyo consentimiento en el ámbito de esa asamblea estaba viciado por la intimidación de los propios mayoristas. Resulta de cierta perplejidad que se pueda fundamentar la sanción en un simple escrito de esas características.

Consta como prueba documental la Resolución del Concejal de Plazas y Mercados del Ayuntamiento de Alcantarilla, de 15 de enero de 1998, donde queda probado que son los mayoristas, a instancia de los minoristas, los que inducen a trasladar las operaciones de intermediación al mercado de Mercamurcia, lo cual no sería propio de un acuerdo de los asentadores de Alcantarilla, entre los cuales figura su representado. Por otro lado, existen importantes movimientos por parte de los operadores del mercado de pescado para trasladarse a Mercamurcia, lo cual hizo que su mandante no procediera a renunciar a la concesión de los módulos adjudicados en aquel mercado, en espera de un eventual desplazamiento de las operaciones de venta al mismo, y que el importe de la concesión ascendía a 101.006 pts. mensuales por puesto.

La representación legal de Alqántara Asentadores de Pescado S.L. alega que esta entidad hizo uso de los módulos de Mercamurcia y nunca acordó la restricción del negocio de ese mercado, circunstancias acreditadas documentalmente en el expediente, sin que los hechos imputados hayan sido probados mediante indicios, en la forma que exige la jurisprudencia.

Por otra parte, se invoca el principio “non bis in idem”, porque en este caso el no uso ha sido objeto de sanción administrativa, ya que por Decreto de Alcaldía de 19 de febrero de 2001 del Ayuntamiento de Murcia, se extinguió la licencia a la citada entidad para ejercer la venta de pescado en Mercamurcia.

Asimismo, se afirma la insuficiente calificación por el Servicio de Defensa de la Competencia habida cuenta que las responsabilidades imputadas a los Asentadores no deben merecer la misma calificación ya que el supuesto no uso de los módulos merecería, en su caso, distinta sanción, ya que no todos los Asentadores disponían del mismo número de módulos ni su utilización fue igual en todos los casos. También hace referencia a los vicios de procedimiento relacionados con la prueba testifical y la notificación de resoluciones.

Por último, se reafirman las alegaciones vertidas por la misma representación en escrito precedentes, y solicita como diligencias para mejor proveer medios de prueba testifical y documental.

Los legales representantes de la entidad Pescamurcia S.L. con carácter previo afirman la existencia de caducidad por haber transcurrido el plazo máximo legal de duración del procedimiento ante el Servicio de Defensa de la Competencia, así como la concurrencia de vicios de procedimiento, porque ni en el Pliego de Concreción de hechos ni en el posterior Informe Propuesta se contiene de una forma clara y precisa la posible sanción que pudiera corresponder a su representada.

En cuanto al fondo del asunto, reiteran que ninguno de los medios de prueba practicados tiene la virtualidad y eficacia suficientes para atribuir la condición de hechos probados a aquellos en que se basa la imputación dirigida contra su representada.

Por otra parte, afirma que la mercantil Pescamurcia S.L. no tiene la autonomía e independencia de comportamiento que sería necesaria para adoptar eficazmente el supuesto acuerdo contrario a la libre competencia, ni para provocar el supuesto resultado obtenido, así como que no hay base objetiva para establecer un enlace preciso y directo entre el supuesto acuerdo adoptado entre los denunciados y la supuesta inactividad de los módulos resultantes de la ampliación del mercado de pescados de Mercamurcia. Insisten en precedentes alegaciones de inexistencia de restricción sobre la libre competencia en el mercado, y recuerdan la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de que en el ilícito administrativo no puede prescindirse del elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa, de forma que la propuesta sancionadora formulada vulnera el derecho de presunción de inocencia, por lo que solicitan que en su momento se declare la inexistencia de las prácticas prohibidas que se imputan.

14. El Pleno del Tribunal deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 22 de junio de 2005.
15. Son interesados:
 - Asociación de Mayoristas de Pescado de la Región de Murcia.
 - Pescamurcia S.L.
 - Alqántara Asentadores de Pescado S.L.
 - Petransa S.L.
 - D. José Riquelme García.

HECHOS PROBADOS

1. 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 1977 su superficie destinada a las transacciones de pescado. Los nuevos módulos quedaron adjudicados de la siguiente manera:

PETRANSA S.L. módulos 18 y 20. D. José Riquelme García, 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. CARRORRA E HIJOS S.L. módulo 25.
2. Mediante comunicación del Director Gerente de Mercamurcia de 14 de enero 1998, se notificó a los interesados que el horario para las transacciones de pescado comenzaría a las 10,30 horas de la noche.
3. La falta de actividad en los nuevos módulos motivó la incoación por Mercamurcia de procedimientos de extinción de las autorizaciones que se tramitaron durante el año 1999, y que terminaron por decisiones declaratorias de extinción en abril del año 2000.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Son varias las cuestiones de distinta naturaleza planteadas en este expediente, porque unas hacen referencia al procedimiento y otras están relacionadas con la realidad de la conducta prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que el Servicio imputa a los denunciados, en el Informe-Propuesta que pone fin al

expediente tramitado para averiguar los hechos denunciados tenidos en cuenta para su incoación.

2. Las peticiones deducidas por las partes sobre declaraciones de caducidad del procedimiento y prescripción de la infracción de la Ley de Defensa de la Competencia imputada por el Servicio, así como sobre solicitud de actividad probatoria, deben ser desestimadas, habida cuenta que el expediente, tanto en su fase de investigación como en la de tramitación y resolución ante el Tribunal, está ajustado a Derecho en cuanto a los requisitos formales y materiales. La única anomalía detectada –falta de notificación por el Servicio a Pescamurcia S.L., del Pliego de Concreción de Hechos- se subsanó mediante Auto de 27 de febrero de 2004, en el que se acordó retrotraer las actuaciones al momento de la omisión mencionada, medida que afectaba a todos los interesados por exigencias del principio de unidad de procedimiento tanto en su tramitación como en su resolución. El mencionado Auto, que se dictó una vez concedido trámite a todos los interesados para alegaciones sobre el incidente, los cuales dejaron transcurrir el plazo concedido sin manifestación alguna al respecto, afectó también al escrito de proposición de prueba presentado en 27 de mayo de 2003 por D. José Riquelme García, circunstancia que impidió adoptar decisión expresa sobre la petición de pruebas que el interesado pudo reproducir, en el supuesto de ser de su interés, de conformidad con la Providencia de 16 julio de 2004, en la que el Tribunal ordenó admitir a trámite el expediente y concedió a los interesados el plazo legal para la proposición de prueba, una vez remitido de nuevo el expediente por el Servicio, previamente subsanado el defecto de notificación del Pliego de Concreción de Hechos.
3. En la denuncia formulada por la representación de la Asociación de Mayoristas de Pescado de la Región de Murcia se mencionan como denunciados, en primer término, el Ayuntamiento de Alcantarilla y la Asociación de Empresarios Asentadores Comisionistas de la Lonja de Pescados de la citada localidad. Como ha quedado relatado en los Antecedentes de Hecho, la denuncia del Ayuntamiento se relaciona con dos convenios adoptados con los representantes de la Asociación de Asentadores de la Lonja mencionada. El primero de estos Convenios, de fecha 23 de diciembre de 1987, es el instrumento jurídico en el que ambas partes manifiestan el interés de la mutua colaboración para mejorar las condiciones de utilización de la Lonja, como lugar destinado a realizar las operaciones propias de las transacciones mercantiles sobre el pescado y productos del mar en general. En las estipulaciones se concretan los compromisos adquiridos por las partes durante el plazo de vigencia del Convenio -49 años-, adjudicándose a la Asociación la totalidad de los puestos del mercado, que cuenta con antecedentes históricos antiguos de

emplazamientos sucesivos en vías públicas de la localidad, muelles de atraques de camiones y venta en las plataformas de los vehículos, y posterior utilización de una nave. El funcionamiento en horario nocturno favorecía su actuación como mercado de redistribución a otros mercados definitivos –Cartagena, Mercamurcia, Hellín, Albacete y Alicante, entre otros-, con gran cantidad de mercancía, muy atractiva para compradores, detallistas y mayoristas.

La denuncia inicial alcanza también el Convenio adoptado, el 29 de julio de 2001, celebrado por el Ayuntamiento de Alcantarilla y los Asentadores de la Lonja de Pescados de la localidad, para la adquisición de terrenos y para la construcción de una nueva Lonja de Pescados. Interviene también como parte en el Convenio la Sociedad Mercantil “EUROLONJA S.A” constituida mediante escritura pública otorgada en 24 de mayo de 2000, cuyo objeto es, según sus Estatutos, “llevar a cabo la construcción de las instalaciones necesarias para la Lonja de Pescados de Alcantarilla” porque, como se manifiesta en el apartado tercero de la Exposición “El edificio de la Lonja y sus instalaciones, actualmente se encuentran en un estado que no puede calificarse de óptimo para que los agentes que intervienen en las transacciones económicas (mayoristas, minoristas y asentadores), desarrollen sus actividades de acuerdo con las aspiraciones que tiene el Ayuntamiento, en cuanto a su modelo de servicio. Por ello, el Ayuntamiento tiene la intención de trasladar el Servicio a unas nuevas instalaciones que cumplan los requerimientos anteriores adquiriendo previamente los terrenos en los que se ha de ubicar el Servicio”.

En virtud de Providencia de 23 de mayo de 2002, el Servicio archivó la denuncia respecto del Ayuntamiento de Alcantarilla habida cuenta que los Convenios de 23 de diciembre de 1987 y 29 de julio de 2001, firmados por el Alcalde y los Asentadores Comisionistas, han sido adoptados de conformidad con lo establecido en el art. 21.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y gozan del amparo legal del art. 2 de la LDC. Esta Providencia no se recurrió y ha quedado firme.

4. La Asociación de mayoristas de Pescado de la Región de Murcia, denunciante en este expediente, se constituyó mediante Acta Fundacional de 12 de julio de 1993 con los fines, entre otros, de defender los intereses propios de la actividad económica de quienes la constituyan en el desarrollo de sus actividades en la Región de Murcia, donde existen varias Lonjas de Pescado, entre éstas la de Alcantarilla, antes citada, y Mercamurcia.

El mercado de Pescados de Mercamurcia se desarrollaba en instalaciones construidas en 1977, divididas en 18 módulos de venta. La gestión corresponde a Mercamurcia, empresa participada por el Ayuntamiento de Murcia -51%- y la empresa pública MERCASA, a través de la cual está integrada en la red de Mercas, que en el conjunto nacional comercializa mayoritariamente los productos pesqueros frescos. En el recinto de la Unidad Alimentaria se ubican los mercados de Frutas y Hortalizas, Flores, Matadero y Servicios.

Según el Informe de 22 de junio de 2001, emitido por el Director Gerente de Mercamurcia “el pescado fresco era ofertado principalmente por tres de los cuatro asentadores de Alcantarilla, que disponen de 7 puestos de los 18 en el mercado. El pescado aportado procedía de la venta de Alcantarilla, lo que mantenía la oferta expuesta en Mercamurcia en un segundo plano de interés comercial. El resto de módulos estaban ocupados por mayoristas de pescado congelado y otros de poca envergadura sin capacidad de variar la situación. Por todas estas circunstancias el volumen de comercialización del mercado de Alcantarilla de pescado fresco era 6 ó 7 veces superior al de Mercamurcia”.

En el citado Informe, el Gerente de Mercamurcia expone las actuaciones encaminadas al objetivo de concentrar la venta al por mayor de la zona en un solo mercado amplio, abierto y con las condiciones técnicas e higiénicas sanitarias apropiadas. Con el fin de disponer del espacio necesario para concentrar toda la actividad y que estuvieran presentes los mayoristas de un cierto tamaño, Mercamurcia decidió acometer una ampliación que finalizó en octubre de 1997, y que permitió pasar de 17 módulos a 84 m² de superficie y uno de 24 m², a 26 módulos de 84 m² y 9 módulos de 24 m². En el momento de finalizar las obras se iniciaron las conversaciones con los asentadores de Alcantarilla, que presentaron sus solicitudes en noviembre de 1997, para ejercer su actividad en los nuevos módulos del mercado, aceptándose sus peticiones por el Consejo de Administración de Mercamurcia por entender que aquellos tenían prioridad, según los criterios que orientaban la gestión de la entidad en su proyección hacia el futuro en el sector de las transacciones de pescado.

5. Las adjudicaciones de los nuevos módulos quedaron en la situación expresada con anterioridad. No obstante, después de cumplido el trámite de adjudicación, y sin haber comenzado la actividad comercial en la zona ampliada de Mercamurcia, la gerencia de esta entidad anunció el cambio de horario que se hacía efectivo a partir del día 19 de enero de 1998, con alteración sustancial del régimen diario de la venta de pescado que ya no comenzaba a las 5,30 sino a las 10,30 de la noche, aunque manteniendo de manera provisional el horario de mañana, según se hizo contar en la

comunicación de fecha 14 del mes y año antes citados remitida a los interesados por el Director Gerente del mercado.

El cambio de horario hacía coincidir el ejercicio comercial del sector en Mercamurcia con el que tradicionalmente tenía lugar en la Lonja de Alcantarilla durante las horas de la noche, en período de tiempo superior a los cuarenta años. La coincidencia de horarios nocturnos en las dos lonjas de la región –separadas por siete kilómetros- produjo intranquilidad en los profesionales afectados, así como en las entidades locales y en la opinión pública. En los antecedentes que obran en este expediente hay muestras abundantes de desasosiego e incertidumbre creados por la nueva situación que conducía a la concentración de la venta de pescado en Mercamurcia y la probable desaparición de la actividad en la Lonja de Alcantarilla, con el resultado negativo para los industriales que participaban en esta Lonja, singularmente los mayoristas de pescado, así como para los consumidores que verían restringida la oferta.

Una muestra de la reacción protagonizada por el mencionado grupo es la reunión reflejada en el documento incorporado al expediente tramitado por este Tribunal (folio 32), de dieciséis de enero de 1998, a la que hace referencia el representante legal de Alcántara Asentadores de Pescado S.L., en el escrito de alegaciones con entrada en este Tribunal el día 26 de mayo de 2003, en el que afirma que la Asamblea en cuestión se convocó por los mayoristas y éstos invitaron a los asentadores que no tuvieron otra intervención que la que se deriva de su presencia en el acto, acreditada por su firma. Por otra parte, es de tener en cuenta a los efectos de esta Resolución, que el referido documento no ha sido objeto de investigación ni de prueba alguna, a fin de advenir su contenido y deducir, en su caso, las responsabilidades correspondientes, que no se puedan concretar de la simple lectura del escrito en el que destacan las enmiendas y tachaduras, así como los términos empleados, como el de “mayoría” sin especificar cual sea ésta.

Muestra de la inseguridad originada en aquellas fechas es la comunicación dirigida a los comerciantes de la zona por el Teniente de Alcalde de Plazas, Mercados y Lonjas del Ayuntamiento de Alcantarilla, de 15 de enero de 1998. En este documento se hace referencia a la corriente de opinión favorable en ese momento a dejar de comprar en la Lonja de la localidad, al tiempo que se afirma que no se cerrarán las instalaciones de la compra-venta de pescado. Anuncia la construcción de nuevas instalaciones y mejorar el Servicio prestado.

6. La coincidencia de los horarios de transacciones de pescado en ambas lonjas impidió la dedicación de los asentadores, con todos sus efectivos,

en los 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 operan en la lonja de Alcantarilla en cumplimiento de los compromisos contraídos en el convenio adoptado por el Ayuntamiento de fecha 23 de diciembre de 1987, con vigencia durante 49 años. La inactividad de los puestos de pescado motivó la incoación de procedimiento de extinción de las autorizaciones concedidas durante el año 1999, y que culminaron con decisiones definitivas en abril del año 2000 que, en su mayoría, han sido objeto de recurso en la jurisdicción contenciosa administrativa.

7. Las precedentes consideraciones deben ser tenidas en cuenta de conformidad con las orientaciones facilitadas por las Sentencias del Tribunal de Justicia Europeo. Este Tribunal en numerosas sentencias (Bosch de 6-IV-1962, entre las más antiguas y Delimitis de 28-II-1991, entre las más actuales) 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. En el presente caso el firme y decidido objetivo empresarial de Mercamurcia, de concentrar toda la actividad mayorista de transacción de pescado de la zona en un solo mercado, del que es ejemplo el informe de su Director Gerente de 22 de junio de 2001, y la incidencia que ha tenido su ejecución en las operaciones de transacción de pescado en la zona de Alcantarilla y Murcia, ya examinada, con la incertidumbre creada en los interesados (mayoristas, minoristas, asentadores) respecto del futuro del sector en la región murciana, 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 consecuencia, procede declarar la inexistencia de la conducta infractora atribuida a los denunciados, pronunciamiento que se hará constar en la parte dispositiva de esta Resolución.

Visto los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal por mayoría, con el voto en contra de los Sres. Castañeda, Comenge y Conde, que anuncian voto particular.

HA RESUELTO

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.

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

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULAN LOS VOCALES SRES. CASTAÑEDA BONICHE, COMENGE PUIG Y CONDE FERNÁNDEZ-OLIVA A LA RESOLUCIÓN DEL EXPTE. 558/03, MAYORISTAS PESCADO ALCANTARILLA.

Lamentamos discrepar de la Resolución de la mayoría del Tribunal que declara no acreditada la conducta imputada por el Servicio de la que era objeto el citado expediente, fundamentalmente, porque entendemos que la mayoría valora de forma errónea los elementos colusorios presentes en la conducta denunciada pese a la contundencia de las pruebas existentes.

En efecto, tras la instrucción del Servicio, estamos convencidos de que los tres Hechos Acreditados por el mismo, tanto en su Pliego de Cargos como en ambas versiones de su Informe-Propuesta, de fechas 8 de abril de 2003 y 26 de junio de 2004 (folios 615 y 646-647 del expediente del Servicio), no dejaban el menor margen para la duda de que, dado el carácter anticompetitivo del objeto y del efecto potencial del acuerdo adoptado conjuntamente por los cuatro mayoristas denunciados para no abrir ni realizar venta alguna en los módulos que se les habían adjudicado en la ampliación del mercado de pescado de Mercamurcia, tal conducta constituyó una infracción del artículo 1 LDC al limitar la distribución en el mercado mayorista de pescado de Murcia durante tres años.

Pues bien, nuestra discrepancia se fundamenta en que la Resolución de la mayoría se aleja tanto de los mencionados Hechos fijados por el Servicio como de su valoración que nosotros compartimos plenamente. Así, la mayoría, en el apartado de los Hechos Probados, excluye toda la sustancia infractora y los deja prácticamente vacíos de contenido. Veámoslo transcribiendo literalmente el segundo y el tercero de los tres existentes tanto en la versión del Servicio como del Tribunal cuyas diferencias, por evidentes, explican por sí solas las discrepantes valoraciones de ambos órganos:

A. SERVICIO:

2.- La fecha fijada para la apertura del Mercado de Pescados de MERCAMURCIA era el 19 de enero de 1998, pero cuatro días antes, PESCAMURCIA S.L., PETRANSA S.L., ALCÁNTARA ASENTADORES DE PESCADO S.L. y D. JOSÉ RIQUELME GARCÍA, decidieron no comenzar la actividad en la fecha fijada y anunciaron que habría represalias a los mayoristas del Mercado de Alcantarilla que tuvieran la tentación de traer su pescado a MERCAMURCIA, tales como no asentarle el pescado, o negarle los pagos de las operaciones de venta pendientes en el Mercado de Alcantarilla (folio 116).

3.- Con fecha 10 de mayo de 2000, el Ayuntamiento de Murcia emitió un Informe-Propuesta en cuyo apartado quinto se expone que, como consecuencia de los informes emitidos por distintas empresas de seguridad, del Notario D. Francisco Navarro Abellán y del Veterinario-Jefe del Servicio de Salud Pública de la Comunidad Autónoma de Murcia, los módulos estuvieron inactivos en su totalidad desde la fecha de su adjudicación hasta la fecha de la anulación de la concesión administrativa (folio 116).

B. TRIBUNAL:

2. Mediante comunicación del Director Gerente de Mercamurcia de 14 de enero de 1998, se notificó a los interesados que el horario para las transacciones de pescado comenzaría a las 10,30 horas de la noche.

3. La falta de actividad en los nuevos módulos motivó la incoación por Mercamurcia de procedimientos de extinción de las autorizaciones que se tramitaron durante el año 1999, y que terminaron por decisiones declaratorias de extinción en abril del año 2000.

En cuanto a la valoración que hace la mayoría del Tribunal, entendemos que, al variar drásticamente los hechos que se imputaban, se pasan por alto las acciones anticompetitivas adoptadas conjuntamente por los cuatro imputados que impedían realizar la actividad en los nuevos módulos de Mercamurcia anunciando, además, las graves represalias de las que serían objeto quienes llevaran el pescado a dicho mercado. De este modo, la mayoría basa toda la fundamentación de la Resolución en cuestiones que, en nuestra opinión, resultan realmente accesorias al fondo del asunto, como las consideraciones que hace sobre las circunstancias que se produjeron en la

ordenación de la actividad de los dos mercados en competencia, circunstancias que hubieran podido tenerse en cuenta para graduar la eventual sanción de haberse declarado la comisión de la infracción, pero nunca para eximir de responsabilidad a los imputados.

Además, se da la circunstancia, sobre cuya significación incomprensiblemente la mayoría pasa también por alto, de que, en la fase de tramitación del expediente ante el Tribunal, la Asociación denunciante ha aportado una prueba documental -que entendemos crucial para la correcta resolución del expediente y que figura en los folios 31 y 32 del mismo en el Tribunal- consistente en el Acta de la reunión o asamblea celebrada en Alcantarilla el 16 de enero de 1998 entre los asentadores y los mayoristas relativa a un acuerdo sobre los horarios de apertura de ambos mercados de pescado en la que figura literalmente la siguiente amenaza:

El asentador se compromete a sancionar al mayorista que incumpla estos acuerdos con la expulsión de la Lonja de (Alcantarilla).

La acreditación de la realidad de tal documento es clara puesto que, aparte de no haber sido impugnado, constan en él las firmas y DNI de todos los que lo suscribieron -incluidos los cuatro imputados-. Asimismo, en dicha asamblea también participó la Asociación denunciante que ha aportado el documento, según alega Alqántara Asentadores de Pescado S.L. en el folio 18 del expediente del Tribunal, por lo que la autenticidad del mismo es indudable.

Tan inequívoca prueba de las amenazas a quienes no secundaron el boicot a la apertura de un mercado mayorista competidor confirma la imputación de la práctica anticompetitiva que hace el Servicio y creemos que justifica nuestra insistencia en que el Tribunal debería haber acordado, al menos, declarar acreditada la conducta imputada, prohibida por el artículo 1 LDC, consistente en haber decidido los cuatro comerciantes imputados la no utilización durante tres años de los módulos que les fueron adjudicados en la ampliación del mercado de pescado de Mercamurcia.

Madrid, 4 de julio de 2005