

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. 558/03 MAYORISTAS PESCADO ALCANTARILLA)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortíz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 21 de mayo de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente 558/03, 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.-Con fecha 30 de junio de 2005, el Pleno del TDC dictó resolución en el expediente 558/03 Mayoristas Pescado Alcantarilla, en la que resolvió declarar no acreditada la existencia de una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia.

2.-Contra la citada Resolución, la Asociación de Mayoristas de Pescado de la Región de Murcia interpuso recurso contencioso-administrativo, siendo estimado parcialmente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en su sentencia

de 10 de octubre de 2008, que anula la resolución impugnada ordenando se dicte nueva resolución sobre la base de la calificación de la conducta denunciada como contraria al artículo 1 de la LDC.

3.-Con fecha 27 de noviembre de 2012, el Tribunal Supremo dictó sentencia desestimatoria del recurso de casación interpuesto por PESCAMURCIA, S.L., D. JOSE RIQUELME GARCÍA, ALQÁNTARA ASENTADORES DE PESCADO, S.L., y por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2008.

4.-Con fecha 2 de octubre de 2013, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) dictó resolución en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2008, en la que declara que PESCAMURCIA S.L, PETRANSA, S.L., ALQANTARA ASENTADORES DE PESCADOS S.L, y D. JOSE RIQUELME GARCÍA son responsables de infringir el artículo 1.1. de la Ley 16/1989, de 17 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, imponiendo a cada una de las infractoras una multa de 250.000 euros.

5.- La anterior resolución de la CNC fue notificada a D. JOSE RIQUELME GARCÍA, de acuerdo con lo previsto en el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, mediante edictos en el BOE núm 296, de 11 de diciembre de 2013, al no haber sido posible la notificación en el domicilio conocido de D. Jose Riquelme García.

6.- Con fecha 25 de febrero de 2015, tuvo entrada en la CNMC escrito del representante de D. JOSE RIQUELME GARCÍA, en el que solicita se inicie procedimiento de revisión de oficio y se declare la nulidad de pleno derecho de la notificación de la Resolución de la CNC de 2 de octubre de 2013 y la notificación del requerimiento de información acordado por el Consejo de la CNC en su sesión de 30 de julio de 2013.

7.- Con fecha 18 de marzo de 2015 tuvo entrada en la CNMC nuevo escrito del representante de D. JOSE RIQUELME GARCÍA en el que amplía los motivos de nulidad puestos de manifiesto en el escrito presentado el 25 de febrero de 2015, solicitando adicionalmente que se declare la nulidad de la sanción impuesta por haber utilizado un método para su cálculo que el Tribunal Supremo ha declarado nulo en virtud de la sentencia de 29 de enero de 2015.

8.- Con fecha 9 de abril de 2015, la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia dictó Resolución en la que acuerda revocar parcialmente la resolución del Consejo de la CNC de 2 de octubre de 2013, dictada en el expediente 558/03 Mayoristas de Pescado Alcantarilla, en lo relativo a la sanción impuesta a D. José Riquelme García y retrotraer las actuaciones al momento anterior a la notificación del requerimiento de información acordado por el Consejo de la CNC en su sesión de 30 de julio de 2013; requiriendo nuevamente al interesado para que en un

plazo de quince días aporte: a. el volumen de ingresos realizado en la Lonja de Alcantarilla desde el año 1998 hasta 2001, ambos incluidos, desglosado por años y antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, y b. el volumen de ingresos totales de los años 2012, 2013, y 2014, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados.

9.- Con fecha 23 de abril de 2015 tuvo entrada en la CNMC escrito de D. JOSE RIQUELME GARCÍA de contestación al requerimiento de información, en el que alega la imposibilidad de aportar documentación alguna, dado que no dispone de contabilidad, ni siquiera en el registro mercantil, pues ejercía su actividad como persona física, ni de documentos que den soporte al mismo, habida cuenta del tiempo transcurrido. Asimismo, añade que en el año 2003 causó baja como autónomo por jubilación. Por ello, ante la inexistencia de medios para valorar la sanción solicita la no imposición de sanción.

10.- La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 21 de mayo de 2015.

9. Es interesado en este expediente de recurso D. JOSÉ RIQUELME GARCÍA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de octubre, del Ministerio de Economía y Competitividad, se determinó el 7 de octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“Las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de la Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del recurrente.

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 firma 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 el 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."*

La extinta CNC con fecha 2 de octubre de 2013 dictó resolución en ejecución de la anterior Sentencia, en la que declaró a PESCAMURCIA, S.L, PETRANSA, S.L, ALQANTARA ASENTADORES DE PESCADOS, S.L y D. JOSE RIQUELME GARCÍA, responsables de una infracción del 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, imponiendo a todas ellas una multa de 250.000 euros.

La anterior Resolución, fue revocada parcialmente por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, el 9 de abril de 2015, únicamente en lo relativo a la sanción impuesta a D. José Riquelme García, manteniéndose la Resolución de la CNC de 2 de octubre de 2013 en los demás extremos. Por tanto, únicamente es objeto de la

presente Resolución el cálculo de la multa inherente a la conducta contraria a la competencia de D. Jose Riquelme García.

TERCERO.- 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 la Sala de Competencia 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.

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.

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.

La representación de D. JOSE RIQUELME GARCÍA, en su escrito de fecha 15 de abril de 2015, con entrada en la CNMC el 23 de abril de 2015, de contestación al requerimiento de información de la CNMC, manifiesta la imposibilidad del interesado de aportar documentación alguna, dado que no dispone de contabilidad, ni siquiera en el registro mercantil, pues ejercía su actividad como persona física, ni de documentos que den soporte al mismo, habida cuenta del tiempo transcurrido, más de 15 años desde los ejercicios requeridos (1998 a 2001). Asimismo, añade que en el año 2003 causó baja como autónomo por jubilación, cesando su actividad comercial por lo que le es imposible aportar documentación alguna relativa a los ingresos totales de los años 2012 a 2014, dado que no percibe ingreso alguno, a salvo de su pensión.

Por todo ello, solicita la no imposición de sanción, dado que no existen medios para valorar el importe de la sanción, de acuerdo con los criterios que fija el artículo 10.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio de defensa de la competencia.

En atención a todas estas circunstancias, pese a haber quedado acreditado la participación del Sr. Riquelme García en la conducta anticompetitiva, teniendo en cuenta: (i) la imposibilidad de conocer la facturación en los ejercicios requeridos. (ii) que el interesado causó baja como autónomo por jubilación en el año 2003, cesando en el ejercicio de actividades económicas. (iii) la incapacidad contributiva del Sr. Riquelme para hacer frente al pago de una eventual multa; (iv) la ausencia de carácter disuasorio de la imposición de multa en el presente caso, la Sala de Competencia, siguiendo otros precedentes (Resolución de la CNC 23 de mayo de 2013, Expte. S/0303/10 Distribuidores de Saneamiento; Resolución de la CNC de 28 de febrero de 2013, Expte. S/03342/11 Espuma de Poliuretano), considera procedente la imposición a D. JOSE RIQUELME GARCÍA de una multa simbólica que se cifra en 100 euros.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general aplicación, el Consejo en Sala de Competencia,

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar, en ejecución de sentencia, que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del artículo 1.1 de la Ley 16/1989, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en acordar durante más de tres años no desarrollar la actividad de venta de pescado en los módulos adjudicados en la ampliación del Mercado de Mercamurcia.

SEGUNDO.- Declarar responsable de dicha infracción a D. JOSE RIQUELME GARCÍA.

TERCERO.- De conformidad con lo señalado en el Fundamento de Derecho TERCERO de esta resolución, imponer a D. JOSÉ RIQUELME GARCÍA una multa de 100 euros.

CUARTO.- Encomendar a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que vigile el cumplimiento de la presente Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.