

## **RESOLUCIÓN (Expte. r 366/99, Mercamálaga)**

### **Pleno**

Excmos Sres.:

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

En Madrid, a 30 de diciembre de 1999.

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 D. José Juan Franch Menéu, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente r 366/99 (1791/98 del Servicio de Defensa de la Competencia, en adelante, el Servicio), incoado para resolver el recurso interpuesto por la Asociación Provincial de Mayoristas de Pescado del Puerto de Málaga, (en adelante Asociación) contra el Acuerdo del Servicio por el que se archivó la denuncia de la recurrente contra diversas autoridades y representantes de la empresa mixta Mercamálaga, S.A. (en adelante Mercamálaga) por prácticas presuntamente contrarias a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC), concretadas en el acuerdo por el que se prohíbe la segunda venta de pescado en el recinto portuario de Málaga creándose un monopolio en favor de Mercamálaga.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El 13 de abril de 1998 tuvo entrada en el Servicio un escrito de denuncia de Dña. Eva Castillo Sánchez, D. Luis Ferrary Ojeda y D. Juan Fernández Martínez, en nombre y representación de la Asociación contra diversas autoridades y representantes de la empresa mixta Mercamálaga que firmaron todos el acuerdo de 3 de febrero de 1997 en el que se concierta y establece la salida de la segunda venta de pescado fresco del Recinto Pesquero del Puerto de Málaga a partir del uno de marzo del mismo año creándose, en su virtud, un monopolio en favor de Mercamálaga vulnerando, según la denunciante, el artículo 1 de la LDC, en concreto las letras b) y c): "la limitación o el control de la producción, la distribución..." y "el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento", así como un posible abuso de posición dominante

contemplado en el artículo 6.

2. El 23 de marzo de 1999 el Servicio dicta Acuerdo de archivo de la denuncia, que suscribe el Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, en el que explican sucesivamente las siguientes cuestiones:

2.1. "Hasta el 1 de abril de 1996, la segunda venta de pescado se realizaba en la Lonja de Pescado del Puerto de Málaga, fecha en la que pasó a realizarse en el edificio de la Lonja anexo a la sala de subasta de 1ª venta, hasta el 1 de marzo de 1997."

2.2. El 3 de febrero de 1997, en la sede del Gobierno Civil de Málaga y en presencia del Gobernador Civil de Málaga, representantes de la Administración con competencias en el sector pesquero, en virtud de las competencias que la Junta de Andalucía tiene en la materia, acuerdan "establecer como fecha definitiva para la salida de la segunda venta de pescado del Recinto Pesquero del Puerto de Málaga el día 1 de marzo de 1997."

2.3. "Los locales en los que se venía realizando la segunda venta, a pesar de encontrarse en un edificio distinto al de la Lonja, son considerados auxiliares de ésta, tanto por la Junta como por las Autoridades Portuarias. Dichos locales, al ser parte del recinto pesquero, están sometidos a la prohibición de realizar en los mismos segundas y sucesivas ventas, de acuerdo con el Decreto 147/97, habiéndose extinguido las autorizaciones o concesiones administrativas que tenían."

2.4. "La legislación comunitaria, estatal y de la Comunidad Autónoma de Andalucía, define las lonjas como centros de comercialización en origen donde, además de las actividades de comercialización, se realizan otros controles reglamentarios (estadísticos, sanitarios, pesqueros, etc.) que serían distorsionados si se mezclase esta primera venta con la procedente de segundas y sucesivas ventas. Por ello, el Decreto 1998/1995, de 7 de diciembre, prohíbe las segundas ventas de pescado en las lonjas. A su vez el Decreto 147/1997, de la Junta de Andalucía, establece la prohibición de las segundas ventas tanto en las lonjas como en los recintos pesqueros portuarios."

Concluyendo que:

2.5 "La prohibición de la segunda venta de pescado en el recinto pesquero del Puerto de Málaga, constituye un acto administrativo sujeto a normas de derecho público, para cuya revisión no es competente el Tribunal de Defensa de la Competencia debiendo ser recurridos dichos actos en

vía administrativa e impugnados ante la Jurisdicción contencioso-administrativa." Además, el acuerdo denunciado ha sido adoptado en aplicación de la normativa establecida al respecto, por lo que según el Servicio, no le es de aplicación la prohibición del artículo 1 de la Ley 16/89, de 17 de julio de Defensa de la Competencia, de acuerdo con el artículo 2.1 de la misma.

3. El 16 de abril de 1999 tiene entrada en el Tribunal escrito de recurso de la denunciante contra el Acuerdo de archivo, en el que se pide que se instruya expediente por las prácticas denunciadas. En su escrito de recurso, el denunciante y recurrente contesta las consideraciones del Servicio en los términos que seguidamente se resumen:

Aun reconociendo que el acuerdo denunciado es un acto administrativo, entiende que ello no es óbice para que sea analizado en el ámbito de la LDC en tanto en cuanto en él no se expresa únicamente la voluntad de la Administración Pública, cuyo objetivo debería ser un interés general, sino la voluntad conjunta de la Administración y de los particulares donde ese interés general queda más desnaturalizado en favor de intereses particulares. En este caso, según la recurrente, creándose un monopolio en la venta de pescado fresco a favor de una empresa mixta. Se añade, además, que los firmantes del acuerdo actuaron como operadores económicos en cuanto que su decisión repercutía en perjuicio de las empresas radicadas en el puerto de Málaga y a favor de las radicadas en Mercamálaga, pudiendo por ello ser juzgado a la luz de la LDC según la Resolución del TDC de 20 de marzo de 1998 (expte. 419/97, Cruz Roja de Fuengirola).

Se indica, por último, la discrepancia con el Servicio respecto a que el acuerdo fuera adoptado en aplicación de la normativa al respecto ya que la segunda venta en el puerto de Málaga sólo ha estado prohibida en determinados espacios, tales como la lonja pesquera o recinto pesquero portuario que, en este caso, no está delimitado.

4. Con fecha 16 de abril de 1999, el Tribunal pone en conocimiento del Servicio el contenido del recurso y, conforme con lo dispuesto en el artículo 48.1 LDC, recaba su Informe y las actuaciones seguidas. También le indica que, no constando en este Tribunal la fecha de notificación del Acuerdo recurrido, debe indicarse dicha fecha a fin de apreciar, en su caso, la extemporaneidad del recurso y proceder a su rechazo sin más trámites. Al no acreditar la recurrente ante el Tribunal la representación con la que actúa se le pide que indique si aquélla consta en las actuaciones seguidas en el Servicio.
5. El día 20 de abril de 1999 el Director General efectúa la preceptiva remisión, indicando expresamente que el recurso ha sido interpuesto en plazo, que en el

expediente consta copia de la escritura de otorgamiento de poder y señalando que las alegaciones del recurrente ya han sido debidamente contestadas por el Servicio ya que aquél presentó una argumentación similar en la denuncia, que no disvirtúan el Acuerdo de archivo, que debe mantenerse.

6. El 23 de abril de 1999 el Tribunal, mediante Providencia, designa Ponente y, conforme a lo dispuesto en el art. 48.3 LDC, acuerda poner de manifiesto el expediente a los interesados a fin de que formulen las alegaciones y presenten la documentación que estimen pertinente.

La recurrente se reitera en el escrito de formulación del recurso y aporta como documentos nuevos la Orden de 21 de enero de 1999 por la que se establecen medidas para la aplicación del Decreto 147/1997, de 27 de mayo, y la resolución de la Junta de Andalucía autorizando la vuelta de la segunda venta al puerto de Málaga.

Mercamálaga S.A., a través de su Director General, alega por su parte que la manifestación conjunta de una voluntad de la Administración y de los particulares no califica lo correcto o incorrecto del acto administrativo y que el interés general no queda desnaturalizado, sino que los mayores poderes de la Administración condicionan y reconducen los intereses particulares. Reitera además lo argumentado por el Servicio en su Acuerdo de archivo en cuanto que la prohibición de la segunda venta en los recintos portuarios pesqueros es un acto administrativo no revisable derivado del contenido de las normas comunitarias e internas. Por último, señala algunas inexactitudes en que, a su juicio, incurre la recurrente.

El Presidente de la Asociación señala, en primer lugar, que la participación de los ciudadanos en los procedimientos no sólo no entorpece el procedimiento sino que es una exigencia constitucional según el art. 125 de la CE. En segundo lugar, explica que Mercamálaga S.A. no se dedica a la comercialización de ninguna clase de productos sino que es sólo la titular de la gestión del servicio público de los Mercados Centrales de Abastecimiento reiterándose además en que el Acuerdo denunciado contiene la prohibición de segunda venta en los recintos portuarios pesqueros según lo establecido en la legislación comunitaria e interna. Indica, por último, que la Disposición Transitoria Tercera del Decreto 147/1997 sólo autoriza la continuidad de segundas ventas cuando no exista en el área de influencia un mercado de destino como es el caso de Mercamálaga, y que la Orden de 21 de enero de 1997 fue dictada para toda Andalucía como instrumento para aplicar el Decreto 147/1997.

7. El Tribunal de Defensa de la Competencia, en su reunión plenaria del día 2 de diciembre de 1999, deliberó y adoptó la presente Resolución, encargando

su redacción al Vocal Ponente.

8. Son interesados:

- Asociación Provincial de Mayoristas de Pescados del Puerto de Málaga.
- Dirección General de Pesca de la Junta de Andalucía.
- Mercados Centrales de Abastecimiento de Málaga S.A. (Mercamálaga S.A.)
- OPP. 40 (Agrupación de Productores)
- Autoridad Portuaria de Málaga
- Asociación de Mayoristas de Pescados de Mercamálaga S.A.
- Cofradía de Pescadores de Málaga

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El acuerdo denunciado, firmado por miembros de la Administración y del sector pesquero imputados en este expediente, tuvo lugar en la sede del Gobierno Civil de Málaga el día tres de febrero de 1997 y textualmente dice:

*"Teniendo en cuenta la legislación vigente y la inminencia de la publicación del Decreto de la Junta de Andalucía, por el que se Ordena, Regula y Fomenta la Comercialización de los Productos de la Pesca y, en virtud de las competencias que la Junta de Andalucía tiene en esta materia, las partes reunidas ACUERDAN como más conveniente, sin perjuicio de sus derechos y competencias, establecer como fecha definitiva para la salida de la segunda venta de pescado del Recinto Pesquero del Puerto de Málaga el día uno de marzo de mil novecientos noventa y siete."*

El acuerdo está firmado por el Gobernador Civil de Málaga, el Director General de Pesca de la Junta de Andalucía, el Presidente de la Autoridad Portuaria de Málaga, el Director Provincial de Agricultura, Pesca y Alimentación, el Director Técnico y el Jefe de Explotación de la Autoridad Portuaria, el Jefe del Servicio de Desarrollo Pesquero de la Junta de Andalucía, Mercamálaga S.A. y representantes del sector pesquero (Cofradía de Pescadores, Asociación de Mayoristas de Mercamálaga, OPP 40).

2. En primer lugar hay que contestar a una cuestión sustancial que la recurrente alega con toda claridad y que no es otra que la de si, aun entendiendo que el acuerdo de fecha 3 de febrero de 1997, objeto de controversia, sea un acto administrativo, puede enmarcarse en el ámbito de aplicación de la LDC, planteándose, en definitiva y por ampliación, la cuestión relativa a la aplicación de las normas de la competencia a las Administraciones Públicas.

Aunque el Derecho de la Competencia se inició en el contexto empresarial privado, progresivamente ha ido extendiendo su ámbito de aplicación hasta llegar a considerar con toda claridad que entre los destinatarios de las normas de competencia se encuentran los entes y empresas públicas, y, también, las Administraciones Públicas cuando actúan como operadores económicos. Así, desde el momento que se constitucionaliza el principio de libre empresa en el marco de la economía de mercado, tanto en el Tratado de Roma como en la Constitución Española de 1978 y en el Tratado de Maastricht, entre otros muchos, se acrecienta la necesidad de que la actividad de las Administraciones Públicas nacionales esté sometida al principio de libre competencia, con lo que éste alcanza ya un rango supralegal.

El TDC, en este sentido, ha interpretado en numerosas ocasiones que el criterio para delimitar el alcance de la intervención de las Autoridades encargadas de la competencia para enjuiciar cuándo las Administraciones Públicas pueden convertirse en sujetos de las conductas prohibidas consiste en diferenciar si actúan como reguladores y ordenadores de la actividad económica y concurrencial o si, por el contrario, lo hacen como operadores económicos. Si sus actos y decisiones son de carácter regulatorio no están sometidas a la LDC aunque esta o aquella regulación tengan, como es habitual, consecuencias económicas sobre los distintos agentes participantes en ese sector de actividad. Si la Administración actúa, en cambio, como operador del mercado está sujeta a la LDC. Así, por ejemplo, el Tribunal entiende, y lo ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones, la última en el expte. r 372/99 (AENA), que la resolución de los concursos mediante los que la Administración se provee de los bienes y servicios necesarios para desarrollar sus actividades constituye un ejemplo de actos en los que dicha Administración actúa como operador económico, por lo que no es inconcebible que incurra en prácticas anticompetitivas, susceptibles de denuncia ante los órganos de defensa de la competencia.

Tiene razón la recurrente cuando alega esta cuestión. Pero, sin embargo, en este caso concreto, entiende el Tribunal que las autoridades están actuando como ordenadoras y reguladoras de la actividad concurrencial como a continuación se explica.

3. En efecto, tanto la legislación comunitaria, como la estatal y de la Comunidad Autónoma de Andalucía, corroboran que en aquella reunión las autoridades estaban actuando como reguladoras tratando de ordenar e implementar, de la forma que entendían mejor, lo que la legislación les exigía.

Respecto a la normativa aplicable al sector pesquero hay que comenzar diciendo que, por sus características peculiares, está detalladamente

reglamentado en numerosos aspectos. Así, en los considerandos del Reglamento (CEE) nº 2847/93 del Consejo, de 12 de octubre de 1993, por el que se establece un régimen de control aplicable a la política pesquera común, se dice que "el éxito de la política pesquera común depende de la aplicación de un régimen eficaz de control de todos los aspectos de esa política", así como que, "para alcanzar este objetivo, es necesario incluir normas de control de las medidas de conservación y gestión de los recursos, medidas estructurales, medidas de organización común de los mercados y determinadas disposiciones para sancionar los casos de incumplimiento de dichas medidas que deberán aplicarse a la totalidad del sector pesquero, del productor al consumidor", que "el cumplimiento de las medidas de conservación y gestión de los recursos pesqueros requiere una mayor responsabilización de todos los operadores de la industria pesquera", que "es necesario establecer normas generales que permitan a los inspectores comunitarios designados por la Comisión garantizar la aplicación uniforme de la normativa comunitaria y verificar el control llevado a cabo por las autoridades competentes de los Estados miembros" y que "conviene establecer normas de desarrollo para determinadas medidas establecidas en el presente Reglamento". En este sentido, en el artículo 2, se indica que se inspeccionará en particular las actividades de desembarque, venta, transporte y almacenamiento de productos de la pesca y el registro de desembarques y ventas. En el artículo 9, por último, se detallan minuciosamente los requerimientos a cumplir por las lonjas u otros organismos autorizados por los Estados miembros, encargados de la primera comercialización de los productos desembarcados y de cuya exactitud serán responsables los citados organismos ante las autoridades competentes del Estado miembro en cuyo territorio se efectúe la primera comercialización. Las exigencias de rigor en el control de los productos pesqueros son, como se ve, especialmente relevantes.

Este rigor en las exigencias queda patente también en los distintos capítulos y secciones de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre de 1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante en la que, entre otras muchas disposiciones, se indica en los artículos 10 y 11 que la competencia exclusiva sobre los puertos de interés general corresponde a la Administración del Estado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.20ª) de la Constitución, y que dichas competencias serán ejercidas, en los puertos e instalaciones de carácter civil, a través de Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias, sin perjuicio de las competencias que correspondan a otras Administraciones. Y en el artículo 15.2 se dice que "la delimitación de la zona de servicio se hará, a propuesta de la autoridad portuaria, a través de un plan de utilización de los espacios portuarios que incluirán los usos previstos para las diferentes zonas del puerto, así como la justificación de la necesidad o conveniencia de dichos usos".

Conviene señalar también que la Ley Orgánica 6/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Andalucía, en su artículo 15 dice que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía, en el marco de la regulación general del Estado, el desarrollo legislativo y la ejecución de las materias, entre otras, de ordenación del sector pesquero y de los puertos pesqueros.

A su vez, y para el caso que ahora concierne, el Real Decreto 1998/1995, de 7 de diciembre, de productos pesqueros, normas para el control de la primera venta, en cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Reglamento (CEE) 2847/93 antes citado establece en su artículo 3 que "La primera venta de productos pesqueros frescos en los puertos se realizará mediante subasta pública en las lonjas pesqueras o en otros establecimientos autorizados por las Comunidades Autónomas. No se podrán realizar en los mismos segundas o sucesivas subastas y/o ventas, una vez que en la primera haya recaído adjudicación".

Es claro, entonces, que el acuerdo denunciado se enmarca en el ámbito jurídico de aplicación de la normativa nacional que, a su vez, desarrolla y concreta la comunitaria. Al entender el legislador que para poder ejercer de modo eficaz los controles reglamentarios, tanto sanitarios como estadísticos y pesqueros, es conveniente que no se mezclen en el recinto de la lonja productos de primera venta con otros que no son de primera venta, y que la mezcla de productos desembarcados en el puerto con otros procedentes de otros lugares que ya han tenido otras transacciones comerciales distorsiona la primera venta, era lógico y obligado que las autoridades actuaran en consecuencia y que su aplicación, no inmediata, se hiciera ordenadamente y contando con los responsables encargados de participar en su gestión futura facilitando el proceso de cambio sin perjudicar, en último término, a los consumidores finales.

4. Los mercados, con su juego de ofertas y demandas distintas que se van armonizando merced a la libre competencia, sólo pueden actuar con claridad, eficacia y transparencia cuando se cumplen los requisitos y normas establecidos por las distintas leyes con sus desarrollos normativos, incluidas la LDC y la de Competencia Desleal. Este efecto regulador y ordenador es vital para la correcta actuación concurrencial en tanto en cuanto la propiedad y responsabilidad son haces de derechos que la legislación establece y que los operadores económicos deben respetar.

Las Administraciones Públicas están obligadas a cumplir las diferentes normas que están establecidas. En este caso, debían de cumplir con la norma según la cual las segundas ventas de pescado fresco deberían salir del recinto pesquero y a su cumplimiento y distinta reordenación de dicho mercado iba

dirigida la reunión y acuerdo denunciado. Ni transgredían el artículo 1 de la LDC ni estaban abusando de su posición dominante en tanto en cuanto trataba de cumplir la ley.

5. Respecto a la cuestión de dilucidar si los locales en los que se venía realizando la segunda venta, y que se encontraban en un edificio distinto al de la Lonja, se puedan considerar, o no, del recinto pesquero es algo sobre lo que el Tribunal no debe pronunciarse. Cuando la Administración no actúa como operador económico, sino en el ejercicio de sus potestades legales, en tales casos, en virtud de los principios tradicionales del Derecho Administrativo, la LDC no atribuye a este Tribunal facultades para enjuiciar las disposiciones reglamentarias dictadas por los órganos de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus atribuciones legales ni para dictar resoluciones ejecutivas o declarativas en relación con su validez y eficacia, correspondiendo esas facultades de forma exclusiva a los órganos de la Jurisdicción ordinaria, conforme resulta de lo dispuesto por el artículo primero de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

6. Conviene señalar, por último, dos cuestiones puntuales:

6.1. El texto literal del acuerdo denunciado no dice que, a partir de la fecha del uno de marzo de 1997, la segunda venta de pescado fresco se realizará exclusivamente en las instalaciones de Mercamálaga S.A. tal y como señala la recurrente. Simplemente establece como fecha definitiva para la salida de la segunda venta de pescado del Recinto Pesquero del Puerto de Málaga el día uno de marzo de 1997. Tal acuerdo, por lo tanto, no establece un monopolio a favor de la Empresa Mixta Mercamálaga S.A. en lo referente a la segunda venta. A partir de esa fecha se podría realizar en Mercamálaga o en otros lugares adecuados, incluyendo el lugar donde se realizaba anteriormente suponiendo que se reinterpretase que éste dejaba de pertenecer al Recinto Pesquero del Puerto de Málaga.

Otra cosa es que -teniendo en cuenta que la pesca no puede someterse a las mismas reglas que el resto de los sectores, sino que precisa de reglas específicas, y teniendo en cuenta que se deben considerar aspectos distintos de los estrictamente comerciales, como la protección del consumidor con la adecuada salvaguarda de la calidad de los alimentos- fuese Mercamálaga el lugar concreto más cercano que cumplía con esos requisitos necesarios.

6.2. Los distintos Mercas, además, no se dedican a la comercialización de ninguna clase de productos, sino que sólo son titulares de la gestión del servicio público de los diversos Mercados Centrales de Abastecimiento. Esa gestión de servicio público no necesariamente tiene que estar monopolizada, pero, donde lo está, no implica monopolio en ninguno de los mercados de

productos que allí se comercializan. Es más, desde el punto de vista de la competencia la mayor concentración de ofertas y demandas en un mismo lugar, con mayor número y riqueza de la variedad entre operadores ofertantes y demandantes, puede implicar una mayor flexibilidad y transparencia en los distintos mercados de productos allí comercializados. Basta con pensar en los grandes mercados de valores en el mundo, el comercio electrónico en el "lugar" virtual de la red de internet o, por citar también el pasado, las grandes ferias del siglo de oro español donde, en fechas y lugares concretos como Medina del Campo, se concentraban multitud de ofertas y demandas, no sólo nacionales sino también transacciones internacionales de todo tipo.

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

### **HA RESUELTO**

**Único.** Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación Provincial de Mayoristas de Pescados del Puerto de Málaga contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 23 de marzo de 1999, por el que se archivó la denuncia presentada contra la Dirección General de Pesca de la Junta de Andalucía, Mercados Centrales de Abastecimiento de Málaga S.A. (Mercamálaga S.A.), OPP. 40 (Agrupación de Productores), Autoridad Portuaria de Málaga, Asociación de Mayoristas de Pescados de Mercamálaga S.A. y Cofradía de Pescadores de Málaga, por presuntas prácticas prohibidas en los artículos 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

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