

RESOLUCIÓN (Expte. r 290/98, Comercializadores de Pescado de Vigo)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Berenguer Fuster, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Alonso Soto, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 15 de mayo de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal), con la composición antedicha y siendo Vocal Ponente D. Julio PASCUAL Y VICENTE, ha dictado la presente Resolución en el expediente r 290/98 (1743/97 del Servicio de Defensa de la Competencia, Servicio) incoado para resolver el recurso interpuesto por la Asociación Comercializadores de Pescado de Vigo (Asociación) contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia (Director General) de 13 de enero de 1998 por el que se archiva la denuncia formulada por la recurrente contra la Autoridad Portuaria de Marín-Pontevedra (Autoridad Portuaria) por práctica supuestamente contraria a los arts. 1 y 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en autorizar la celebración de subastas de pescado en la lonja en dos días festivos de ámbito nacional.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. D. José Luis Abad Curty, en representación de la Asociación, denuncia a la Autoridad Portuaria, mediante escrito que tiene entrada en el Servicio el día 17 de diciembre de 1997, por presunta práctica contraria a la libre competencia, supuestamente tipificada en los arts. 1 y 6 LDC, consistente en un acuerdo autorizando la celebración de subastas de pescado en la lonja de Marín los días 6 y 8 de diciembre de 1997, siendo ambos días festivos en el ámbito nacional. A la denuncia se une la solicitud de adopción de medidas cautelares.
2. El 13 de enero de 1998 el Director General dicta un Acuerdo de archivo de la denuncia "al no observarse indicios racionales de conductas prohibidas en la LDC", lo que se justifica en los siguientes términos:

«La Ley LDC se aplica a las personas físicas o jurídicas, incluidas las corporaciones o entes públicos, que actúan en el mercado como operadores económicos, quedando excluidos, solamente, los organismos cuyas actividades son típicamente prerrogativas de poder público y no presentan un carácter económico que justifique la aplicación de las normas de competencia.»

»La Autoridad Portuaria no ha actuado como operador económico al autorizar, en determinados días festivos, la subasta en lonja de la que no obtiene ningún beneficio, por lo que no le es de aplicación, en este caso, la LDC.»

»La Ley 27/92, de 24 de noviembre (BOE del 25), de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, establece en su art. 37 las funciones de las Autoridades Portuarias y entre ellas se encuentra la de gestionar, administrar y controlar los servicios portuarios y las operaciones y actividades que requieran su autorización o concesión.»

»Asimismo, en el art. 59 de la citada Ley 27/92 se establece que para el desarrollo, en el ámbito portuario, de actividades industriales, comerciales o de servicios al público, será necesaria la correspondiente autorización de la Autoridad Portuaria; las autorizaciones, y en concreto las actividades de mayoristas de pescado y de venta o subasta de pescado, se sujetarán a los pliegos de condiciones generales y, en su caso, a las condiciones concretas que determine cada Autoridad Portuaria para el puerto de su competencia.»

»La decisión de la Autoridad Portuaria de autorizar la subasta en lonja en determinados días festivos 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.»

3. El 6 de febrero de 1998 tiene entrada en el Tribunal un escrito del denunciante, presentado en el Servicio de Correos el día 29 de enero, mediante el que se recurre el Acuerdo del Director General, solicitando que se acuerde su anulación y la incoación de expediente en virtud de la denuncia presentada. La alegación en que se fundamenta el recurso es que la Autoridad Portuaria ha actuado como operador económico siéndole por ello de aplicación la LDC.

4. El mismo día 6 de febrero el Tribunal se dirige al Servicio enviándole copia del recurso y solicitando la remisión del correspondiente informe y las actuaciones seguidas, así como indicación sobre la fecha de notificación del Acuerdo recurrido y sobre si consta en dichas actuaciones la representación con que actúa el denunciante y, en su caso, si es bastante para recurrir el Acuerdo del Director General.
5. El 11 de febrero de 1998 tiene entrada en el Tribunal escrito del Director General en el que se hace constar lo siguiente:
 - 1º) El recurso ha sido interpuesto en plazo hábil.
 - 2º) No consta acreditación del denunciante.
 - 3º) La conducta de la autoridad portuaria denunciada no sólo no ha sido restrictiva de la competencia sino que ha favorecido ésta, ello con independencia de que la misma haya sido únicamente expresión de su potestad administrativa sólo impugnabile en la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Dice el Director General:

«Tal y como se recoge en el Acuerdo recurrido, la decisión de la Autoridad Portuaria de autorizar la subasta en lonja en determinados días festivos constituye un acto administrativo que sólo puede ser impugnado ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. La Autoridad Portuaria, al conceder dicha autorización, ha actuado con la potestad que le confiere la Ley 27/92, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante.»

6. El 16 de febrero de 1998 el Tribunal se dirige al denunciante advirtiéndole que deberá acreditar poder bastante para recurrir en nombre de su representada a lo que el denunciante responde con un escrito al que acompaña como documento acreditativo de poder escritura pública de solemnización de acuerdos sociales. En esta documentación el denunciante figura como presidente de la Asociación Comercializadores de Pescado de Vigo, con poder bastante para recurrir.
Entre los acuerdos sociales de la Asociación elevados a escritura pública figura uno de la asamblea general celebrado el 16 de abril de 1997, que aparece descrito en los siguientes términos:

«También se acuerda, por unanimidad, comunicar a todos nuestros Asociados la siguiente decisión: "A partir del próximo lunes, día 5 de mayo a aquella empresa (s) vendedora(s) que subasten o vendan antes de la 7 de la mañana en la Lonja de altura, se le retendrá, por parte de nuestras empresas Asociadas, los documentos de pago

correspondientes durante 1 semana, dos semanas, y así sucesivamente, si incumplen por primera, segunda o más veces, respectivamente".

»Esta circunstancia será comunicada, con la antelación suficiente, a todos nuestros Asociados para que, en los sobres que se depositen los viernes de cada semana en la Asociación no se introduzcan los documentos de pago (talones, cheques, etc) de aquella (s) empresa(s) vendedoras incumplidoras. Este acuerdo será comunicado, asimismo, a la Asociación de Vendedores.»

7. El 20 de marzo de 1998 el Pleno del Tribunal acuerda Providencia en la que designa Ponente y ordena poner de manifiesto el expediente a los interesados a fin de que puedan formular las alegaciones y presentar los documentos que a su derecho convenga.
8. El 15 de abril de 1998 tiene entrada en el Tribunal un escrito de la Autoridad Portuaria en el que se solicita Resolución que confirme el archivo de las actuaciones sobre la base de la siguiente alegación:

«La Autoridad Portuaria de Marín-Pontevedra dictó la oportuna autorización en uso de las facultades gestoras que establecen los artículos 37 y 59 de la Ley 27/92 de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, no habiendo actuado como operador económico ni siendo su conducta restrictiva de la competencia»

9. Son interesados en el expediente:
 - Asociación Comercializadores de Pescado de Vigo.
 - Autoridad Portuaria de Marín-Pontevedra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La cuestión que se ventila en el presente expediente de recurso es si el archivo de la denuncia acordado por el Director General ha sido o no procedente, para cuya resolución es preciso que el Tribunal de Defensa de la Competencia (Tribunal) establezca si la denuncia por transgresión de los arts. 1 y 6 LDC presentada por la Asociación es sostenible o, lo que es lo mismo, si la práctica denunciada supone una violación de los arts. 1 y 6 LDC.
2. El Servicio en su Informe concluye que la decisión de la Autoridad Portuaria que se denuncia, consistente en autorizar la subasta en lonja en determinados días festivos, constituye un acto administrativo dictado en aplicación de las

facultades de gestión, administración y control de los servicios portuarios y sus operaciones que le atribuye la Ley 27/92, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, no habiendo actuado la Autoridad Portuaria como operador económico, por lo que no le es de aplicación en este caso la LDC. En el mismo sentido, la Autoridad Portuaria en su alegato considera que actuó en uso de las facultades gestoras establecidas en los artículos 37 y 59 de la Ley 27/92 y no como operador económico, si bien su conducta no fue restrictiva de la competencia. El denunciante y recurrente, por el contrario, sostiene que la Autoridad Portuaria ha actuado como operador económico mediante una conducta contraria a la libre competencia que infringe los arts. 1 y 6 LDC.

El Tribunal, por su parte, considera cabal el criterio expresado tanto por el Servicio como por la Autoridad Portuaria según el cual la conducta de ésta que ha sido denunciada, consistente en autorizar la celebración de subasta de pescado en la lonja del puerto en dos días festivos, ni es anticompetitiva ni se tomó por la Autoridad Portuaria en calidad de operador económico. No le es por tanto de aplicación la LDC, siendo únicamente recurrible en la vía contencioso-administrativa. Efectivamente, la celebración de subastas de pescado en las lonjas de los puertos exige la determinación de fechas y horarios por la autoridad competente que en este caso es la Autoridad Portuaria de Marín-Pontevedra, quien ha actuado con la potestad que le confiere la Ley 27/92, particularmente en sus artículos 37 y 59. Procede, pues, desestimar el recurso y confirmar el Acuerdo del Director General de archivo de la denuncia.

3. En la tramitación de este expediente ante el Tribunal se ha revelado incidentalmente cierta conducta de la Asociación denunciante que no puede ser pasada por alto. Se trata del acuerdo tomado por la Asociación en su asamblea general de 16 de abril de 1997 reproducido en el AH 6. El Tribunal considera que este acuerdo podría constituir una conducta prohibida por el art. 1 LDC, bajo la forma de recomendación colectiva para unificar los comportamientos de los comercializadores de pescado frente a sus proveedores, en perjuicio de la competencia en la compraventa de pescado en la lonja del puerto de referencia. Por la práctica revelada en sí y por si la misma reflejara una conducta colusoria habitual por parte de la Asociación Comercializadores de Pescado de Vigo, el Tribunal debe ordenar al Servicio que incoe un expediente sancionador a la misma tendente a esclarecer el significado, alcance y valoración jurídica de la práctica que el reproducido acuerdo pone de manifiesto, así como si dicha práctica constituye un acto aislado o es habitual que esta Asociación actúe colusoriamente, lo que exigirá que el Servicio examine los Estatutos de la Asociación y las actas de las reuniones de todos sus órganos de gobierno celebradas en los últimos años.

4. Las asociaciones empresariales, a las que la Constitución Española reconoce en su artículo 7 su contribución a la defensa y promoción de los intereses económicos que les son propios, han desempeñado un importante papel en la conformación del sistema económico español como un régimen de libre empresa en el marco de la economía de mercado, que es como lo quiere el artículo 38 del texto constitucional. Así viene siendo desde los comienzos del asociacionismo empresarial español en los albores mismos del sistema democrático, en que las principales asociaciones se asignaron estatutariamente entre sus misiones la de defender la economía de mercado. Dicha actitud mercedora del reconocimiento social ha tenido como efecto que las asociaciones empresariales españolas hayan sido, en general, decididas propagandistas de los valores de la libre competencia y, consecuentemente, que sea poco frecuente que una de ellas se vea inculpada por llevar a cabo prácticas contrarias a la misma.

Estas circunstancias imponen, si cabe, mayor celo en evitar que tan imprescindibles instituciones puedan contaminar sus comportamientos adoptando conductas contrarias a la libre competencia. Y que haya que atajar de inmediato cualquier comportamiento indeseable que se produzca en este ámbito.

Por las consideraciones expuestas y vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación, el Tribunal

RESUELVE

Primero.- Desestimar el recurso interpuesto por la Asociación Comercializadores de Pescado de Vigo contra el Acuerdo del Director General de Política Económica y Defensa de la Competencia de 13 de enero de 1998 por el que se archivó la denuncia presentada por aquélla, y confirmar el citado Acuerdo en todos sus términos.

Segundo.- Interesar del Servicio de Defensa de la Competencia la instrucción de un expediente de oficio para, tal como regula el artículo 37 de la Ley de Defensa de la Competencia, esclarecer los hechos y determinar las responsabilidades que pudieran derivarse de la actuación presuntamente colusoria que revela el acuerdo tomado por la asamblea general de la Asociación Comercializadores de Pescado de Vigo el 16 de abril de 1997 que se reproduce en el AH 6. La investigación del Servicio comportará, al menos, el examen de los Estatutos de la Asociación y las actas de todas las reuniones de sus órganos de gobierno celebradas durante los últimos cinco años.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la presente Resolución agota la

vía administrativa y que, por tanto, sólo es susceptible de recurso contencioso-administrativo, el cual podrá interponerse ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.