



Roj: SAN 4008/2012 - ECLI:ES:AN:2012:4008
Id Cendoj: 28079230062012100469
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 608/2011
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MERCEDES PEDRAZ CALVO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a quince de octubre de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 608/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido **AECОВI-JEREZ SCA** representada por la Procuradora Sra. Rodríguez Chacón frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 6 de octubre de 2011, relativa a **sanción por infracción de la Ley de Defensa de la Competencia**, con una cuantía de 60.000 euros, siendo codemandada la **JUNTA DE ANDALUCIA** representada por Letrado de su servicio jurídico. Siendo Ponente la Magistrado **D^a MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO -. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 18 de noviembre de 2011. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO -. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 14 de marzo de 2012 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso anulando el acto administrativo enjuiciado, y consecuentemente anulando la multa impuesta.

TERCERO -. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La codemandada contestó a la demanda mediante escrito presentado el día 18 de mayo de 2012, en el cual, solicitó que *"dada la postura procesal mantenida por esta representación, no va a hacer uso del trámite de contestación a la demanda conferido"*.

CUARTO -. Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO -. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 9 de octubre de 2012 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO -. Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 6 de octubre de 2011 en el expediente S/0167/09 PRODUCTORES DE UVA Y VINOS DE JEREZ por el que se sanciona, entre otros, a la recurrente, con una multa de sesenta mil euros, como responsable de una infracción del art. 1 LDC y del art. 101 TFJU por haber llevado a cabo una práctica concertada para fijar los precios de la uva y del mosto contraria a dichos artículos, en el periodo que va desde abril del año 1991 hasta al menos marzo de 2009.

SEGUNDO -. La resolución impugnada en el relato de hechos probados señala, entre otros extremos, que esta Sala considera relevantes para la resolución de este recurso, lo siguiente:

-. AECОВI constituida en 1.989 es una sociedad cooperativa de segundo grado en el marco de Jerez, es decir, sus socios son otras cooperativas, cuatro en la fecha de redacción de la resolución, que representan a más de 1.200 viticultores cooperativistas con el 20% de la superficie total del viñedo del Marco de Jerez que producen y comercializan vinos, vinagres y salsas.

-. La Resolución describe a continuación las restantes partes:

ARJEMAN

ASAJA CADIZ y ASEVI ASAJA

CONSEJO REGULADOR DE LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN JEREZ-XEREZ-SHERRY, MANZANILA SANLUCAR DE BARRAMEDA y VINAGRE DE JEREZ (Consejo Regulador)

FEDEJEREZ

UAGA-COAG CADIZ y

CONSEJERIA DE AGRICULTURA y PESCA de la JUNTA de ANDALUCIA.

-. Describe las características más destacadas del mercado, en los siguientes términos:

-. **Mercado de producto afectado** : la uva y el mosto de Jerez, calificado o sin calificar, materia prima para las bodegas del Marco de Jerez, tanto de crianza y expedición como de crianza y almacenado.

-. Para elaborar los vinos de Jerez con denominación de origen se emplean uvas Palomino, Pedro Ximénez y Moscatel, siendo la Palomino la base principal para la elaboración de la mayoría de los vinos y vinagres, y la predominante en el marco de Jerez.

-. El denominado Marco de Jerez constituye una zona geográfica que incluye ocho municipios de la provincia de Cádiz y dos de la de Sevilla cuyas características climatológicas y de composición del suelo constituyen un factor determinante para la maduración de la uva. Presenta dos zonas diferenciadas por la calidad de la uva, que repercute en el precio de transacción correspondiente: Jerez Superior y Jerez Zona.

La oferta de uva y mosto de jerez proviene de los agricultores que cultivan su producto en los viñedos del Marco de Jerez.

La demanda de uva y mosto proviene de las bodegas del sector para elaborar vinos con denominación de origen Jerez o manzanilla.

El 23 de abril de 1991 los miembros de la denominada "Mesa del Jerez", acuerdan el Plan de Reconversión del Marco de Jerez (también denominado Plan del Jerez). Firman el Acuerdo AECОВI (que firma como AECОВI-FECOAGA), ASEVI-ASAJA, FEDEJEREZ y una Asociación denominada APYME-CEJ no imputada y de la que no se tiene información posterior.

Dicho Plan, que fue remitido al Secretario General del Consejo Regulador en la misma fecha de su firma, tenía una vigencia temporal de cuatro años, abarcando desde la campaña 1991/1992 hasta la campaña 1994/1995 e incluía tres acuerdos: "1. Acuerdo para el control de la calidad en origen. 2. Acuerdo sobre los cupos de venta. 3. Acuerdo para la absorción de cosecha, producciones, precios y plazos."

En relación con este tercer acuerdo, se fijaban los precios mínimos por kilogramo de uva y litro de mosto.

Tras el Plan de Reconversión del Marco de Jerez anterior, el precio de la uva y el mosto fue de nuevo negociado y fijado en un acuerdo sectorial para las campañas 1997/1998 a 2000/2001.

AECОВI admitió que se había firmado este Acuerdo Sectorial para las campañas 1997/1998 a 2000/2001, con un contenido similar al anterior firmado en 1991.

A principios del año 2001 comenzaron las negociaciones entre las partes, las cuales finalizaron en septiembre de 2002 con la firma de un nuevo Acuerdo Sectorial suscrito por las organizaciones del Marco de Jerez y la CAP.

El denominado "Plan Estratégico para el marco de Jerez" contemplaba, entre otras, las siguientes medidas (folios 214 a 222) :

"(...) Se establece un acuerdo de precios para la uva, a 4 años, partiendo de 57-ptas/kg. para la uva calificada, con un incremento anual del 3,5% ó IPC (el que sea mayor)

Se establece un acuerdo de precios para bota con destino vinagre a 4 años partiendo de 35.000 ptas./bota, con un incremento anual del 3,5% ó IPC (el que sea mayor)

Se establece un acuerdo de precios para la uva no calificada, a 4 años, partiendo de 39 ptas. kg. con destino a Vino de Mesa, con aplicación del 3,5% ó IPC (el que sea mayor)

Se establece un acuerdo para el mosto no calificado, a 4 años, partiendo de 32.000 ptas./bota para Vino de Mesa, con aplicación del 3,5% ó IPC (el que sea mayor)".

Igualmente se había previsto la constitución de una Comisión de Seguimiento del Plan Estratégico del Sector Vitivinícola del Marco de Jerez, cuya primera reunión se celebró el 11 de noviembre de 2002 en la Estación de Viticultura y Enología de Jerez, dependiente de la CAP de la Junta de Andalucía. Como primer punto del orden del día se constituyó esta Comisión, que quedó formada por el Secretario General de Agricultura y Ganadería de la CAP, la Directora General de Industrias y Promoción Agroalimentaria de la CAP, el Delegado de la CAP en la provincia de Cádiz, dos representantes por cada una de las Organizaciones presentes en la mesa -AECОВI, ARJEMAN, ASAJA (con la asistencia de representantes de ASAJA-CÁDIZ y ASEVI-ASAJA), FEDEJEREZ, UAGA-COAG (asiste al menos un representante de UAGA-COAG CÁDIZ) y el Consejo Regulador- y por los técnicos responsables de la elaboración del Plan, según consta en el Acta de la reunión (folios 39 a 42).

A lo largo del año 2003 se discutió sobre la interpretación del acuerdo en relación con el incremento para ese año, cuándo debía calcularse el IPC, y sobre qué base, y después de *"un debate, convenientemente preparado con la mayoría de las asociaciones sectoriales, se aprobó una subida del 3,5%"*.

A lo largo del año 2004 se mantuvieron y aplicaron los acuerdos adoptados en el Plan Estratégico en relación con los precios de la uva y el mosto de Jerez por las entidades firmantes como se deduce del documento elaborado por la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía sobre el Plan Estratégico para el Marco de Jerez 2002-06, que hacía balance de la campaña 2003/2004, afirmando literalmente que *"se ha cumplido de forma general el acuerdo de precios de uva y mosto establecidos en el Plan"* (folio 225).

A lo largo del año 2004 continuaron las negociaciones entre todas las partes implicadas para revisar el acuerdo marco en relación con diversas cuestiones, entre otras el precio de la uva y del mosto.

En el mes de agosto de 2005 las organizaciones llegaron a un principio de consenso para la renovación del Plan y la propuesta que finalmente se firmó por FEDEJEREZ, AECОВI y ARJEMAN fue la contemplada en el punto 4.4 del acta levantada al efecto: *"En el caso de no contar con los suficientes apoyos, presentar la propuesta (2) de revisión (denominada alternativa, a firmar entre FEDEJEREZ, ARJEMAN y Aecovi), solicitando el amparo de la Junta de Andalucía . "*

Este Acuerdo Sectorial entre FEDEJEREZ, AECОВI y ARJEMAN fue enviado a la Secretaría General de Agricultura y Ganadería de la CAP, con copia al Director General de Industrias y Promoción Agroalimentaria y al Delegado de Agricultura de la Junta de Andalucía en Cádiz el 16 de septiembre de 2005. (folios 436 a 439).

A pesar de la división del bloque productor, que desembocó en la firma del citado acuerdo sectorial únicamente por FEDEJEREZ, ARJEMAN y AECОВI, la mesa de negociación del Plan Estratégico no se disolvió y se siguió intentando llegar a un acuerdo con las otras organizaciones. A tal fin, a principios de 2006 se sucedieron una serie de reuniones entre las Organizaciones del Marco de Jerez, de las que salió una propuesta de acuerdo entre ASEVI-ASAJA, AECОВI, ARJEMAN y FEDEJEREZ en febrero de 2006, en la que se modificaba el precio de referencia establecido en el Plan Estratégico de 2002, tanto para la uva como para el mosto, y se comprometían a estudiar la posibilidad de reiniciar un nuevo plan.

El 25 de mayo de 2006 se celebró una reunión de la Comisión de Seguimiento del Plan Estratégico del Marco de Jerez en la Estación Enológica de Jerez entre AECОВI, ASAJA-CÁDIZ, ASEVI-ASAJA, UAGA-COAG CÁDIZ, el Consejo Regulador, FEDEJEREZ y la CAP. El Orden del Día de dicha reunión incluyó, en primer lugar, la ratificación del Acuerdo sectorial de marzo de 2006 que contenía las medidas para la campaña en vigor y, en segundo lugar, el debate sobre el futuro del Marco de Jerez. A pesar de que durante las conversaciones de los meses previos en las que se elaboró una propuesta de acuerdo UAGA-COAG CÁDIZ no se encontraba entre los firmantes, en esta reunión se hace entrega a la Secretaria General de Agricultura y Ganadería del Acuerdo Sectorial firmado por todas las organizaciones del Marco de Jerez, que incluía a esa

entidad. Los precios fijados en el acuerdo facilitado a la CAP se referían únicamente al Jerez Superior, por lo que durante la reunión, por parte de la CAP se facilitó una tabla con el resto de precios para esa campaña, según se indica en el Acta de la reunión (folios 99 a 106).

El día 24 de julio de 2006 las organizaciones agrarias firmaron el acuerdo para la vendimia de 2006 y 2007, fijando el precio de la uva de Jerez superior y de la bota de mosto (folios 253 a 257).

El 31 de julio de 2006 se firma un nuevo Acuerdo Sectorial entre ASEVI-ASAJA, AECovi, FEDEJEREZ y UAGA-COAG CÁDIZ, para las campañas 2006/2007 y 2007/2008, para dar continuidad a los acuerdos adoptados en el Plan Estratégico de 2002, tal y como se afirma en el propio acuerdo.

En el mismo se fijaba el precio tanto de la uva como del mosto de las categorías Jerez Superior, Albarizones y Zona, en este caso para las campañas 2006 y 2007 y establecía, también para ambas vendimias, un Fondo para la diversificación con el fin de gestionar excedentes, mediante el ingreso en el Consejo Regulador de una determinada cantidad por uva para la que se solicitara calificación, a excepción de la uva con integración vertical (folio 1.154 a 1.156).

El resumen es que ha tenido lugar una conducta de negociación y acuerdo de los precios de la uva y del mosto de cada campaña entre las asociaciones de los productores (sociedades cooperativas y organizaciones profesionales agrarias) y las asociaciones empresariales de los transformadores o bodegueros.

La CNC concluye que tal conducta es constitutiva de una infracción de los arts. 1 LDC y 101 TFUE porque se trata de acuerdos, acreditados en el expediente y no negados por la hoy actora, que son susceptibles de falsear la libre competencia. La infracción es única y continuada.

Señala la resolución que, como consecuencia del largo periodo de tiempo en que se ha desarrollado la conducta, es difícil establecer los efectos concretos de la misma: el nivel de precios que se hubieran fijado de no existir el acuerdo, el efecto sobre la asignación de los recursos en los agentes del sector, productores y transformadores que no han tenido que competir en el precio de la materia prima. Esto a su vez facilitaba otros acuerdos que ya han sido sancionados por la CNC.

TERCERO -. Con carácter previo es preciso examinar la alegación de la actora relativa a la nulidad de pleno derecho de la resolución impugnada por falta de jurisdicción de la CNC con fundamento en que no ha tenido lugar la afectación a los intercambios comunitarios y por tanto no es de aplicación el artículo 101 del TFUE, que es precisamente el fundamento señalado por la resolución impugnada para residenciar en la CNC la competencia para enjuiciar una conducta que ha tenido lugar en un marco geográfico muy reducido enclavado en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, Comunidad que cuenta con su propia autoridad autonómica de la competencia, la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía.

La CNC analiza su propia competencia en el fundamento de derecho segundo:

-. Las conductas están circunscritas geográficamente a un territorio en la provincia de Cádiz, al tratarse de operaciones entre los agentes del Marco de Jerez, productores y transformadores ubicado en la referida zona. Pero tiene aptitud para afectar a los intercambios comunitarios porque los acuerdos conjuntos de precios entre productores y bodegueros se refieren a la uva y el mosto de Jerez materia prima con la que se producen los vinos de Jerez cuyo destino principal es la exportación a países de la UE.

-. Las conductas tienen aptitud para afectar al comercio intracomunitario y por tanto, en virtud del *Reglamento 1/2003*, están sometidas y debe aplicárseles la normativa comunitaria.

-. Como consecuencia, la asignación del caso entre la Comisión y las Autoridades nacionales se efectúa sobre la base del criterio de autoridad mejor situada y se ha considerado, que la autoridad mejor situada para analizar los ilícitos de que trata este expediente es la CNC.

El análisis del concepto "*efecto sobre el comercio intracomunitario*" debe llevarse a cabo partiendo de la base que se trata de un concepto comunitario, y teniendo en cuenta las "*Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado*" (documento 2004/C 1010/07) que como señalan en su introducción, "*establecen los principios desarrollados por los tribunales comunitarios en relación con la interpretación del concepto de efecto sobre el comercio*".

La autoridad autonómica de la competencia de Andalucía, en el informe elaborado al efecto, manteniendo su propia competencia, recuerda que en el apartado 92 de dichas Directrices se señala que los acuerdos de carácter local no pueden afectar en si mismos de manera apreciable al comercio entre los Estados Miembros. Ahora bien, este párrafo 92 se encuentra dentro del apartado 3.2.4 "*Acuerdos que solo*

abarcen una parte de un Estado miembro" que se inicia con el párrafo 89, según el cual " Desde el punto de vista cualitativo, el enfoque aplicado a la evaluación de los acuerdos que solo abarcan una parte de un Estado miembro es similar al aplicado a los acuerdos que cubren la totalidad de un Estado miembro. Esto significa que se aplica el análisis de la sección 2 "

El Tribunal de Justicia en la sentencia de 30 de enero de 1985 dictada en el asunto 123/83 respondía entre otras, a la siguiente cuestión prejudicial:

"¿Debe considerarse que la fijación de un precio mínimo de compra de los aguardientes puede afectar al comercio entre Estados miembros y tener por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común, a la vista de que los aguardientes a que se refiere el acuerdo de 7 de noviembre de 1980 responden a la denominación de origen controlada del coñac, y de la naturaleza del coñac, aguardiente de vino, que se bebe casi exclusivamente puro?"

El Tribunal recuerda que el aguardiente es un producto semielaborado que normalmente no se comercializa fuera de la región de Cognac y dice literalmente (pfo. 29):

"A este respecto, ha de señalarse que cualquier acuerdo que tenga por objeto o por efecto restringir la competencia mediante la fijación de precios de compra mínimos de un producto semielaborado puede afectar al comercio intracomunitario, aunque, por sí mismo, el producto semielaborado de que se trate no sea objeto de comercio entre los Estados miembros, siempre que tal producto constituya la materia prima de un producto distinto comercializado en otro lugar de la Comunidad. Es irrelevante el hecho de que el producto elaborado goce de una denominación de origen."

En este marco, la uva y el mosto que específicamente se utilizan para la elaboración del vino de Jerez, sobre cuyos precios se ha producido el acuerdo enjuiciado no son objeto de comercio entre Estados Miembros, pero sí lo es, como lo era en el caso del cognac francés, el producto final.

La tesis de la recurrente, que fué antes la tesis de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, es por otra parte que según establece el apartado 38 de las referidas Directrices, es necesaria una afectación "*significativa*" y en este caso no ha habido ni podría haber efecto indirecto porque el comercio del producto final debería verse afectado de forma significativa como consecuencia de un acuerdo relativo a un producto intermedio. Y la falta de efecto significativo la cifran en el hecho de que el precio de la uva no constituiría sino una parte "*reducida*" del precio final del vino. Tal aseveración esta huérfana de todo soporte probatorio, e incluso argumental: esta Sala carece de elementos de juicio al respecto en ausencia de los cuales no puede concluir, como pretende la actora, que el precio de la uva y el precio del mosto apenas tienen efecto sobre el precio del vino.

En el propio informe de la ADCA obrante en el expediente administrativo (folios 2522 a 2529) se reconocen las "*posibles dificultades para demostrar el papel que el coste, reducido o no, del producto originario, juega en la determinación del producto final*".

Dado que la inexistencia de efecto se sustenta sobre la base de la relación entre el coste de la uva y el mosto y el precio final del vino, y que no se han aportado por la recurrente pruebas sobre esta cuestión, y dado que la carga de la prueba corresponde a quién alega el hecho correspondiente, tal motivo de alegación debe ser desestimado.

Existiendo al menos efectos indirectos sobre el precio de un producto cuyo mercado se encuentra mayoritariamente en el territorio de la Unión Europea como consecuencia de la conducta enjuiciada, el acuerdo sobre los precios de la uva y el mosto con los que se elabora el vino de Jerez, es de aplicación el TFUE y debe declararse conforme a derecho la asunción de la competencia para instruir y resolver el expediente por la Comisión Nacional de la Competencia.

CUARTO- La resolución establece que la normativa aplicable es tanto la Ley 16/1989 como la Ley 15/2007 pero el expediente se tramita de conformidad con la Ley 15/2007, vigente cuando tuvo lugar la incoación del expediente, por aplicación de la Disposición Transitoria Primera de esta ley.

Igualmente que la tipificación de la infracción, un acuerdo sobre precios, es la misma en una y otra ley, y en cuanto a la imposición de la sanción, concluye que la aplicación de la Ley 16/1989 resulta más favorable incluso a la hoy actora, que en su momento alegó que le favorece la Ley 15/2007.

La actora sostiene que lo que realmente aparece probado en el expediente sancionador es su participación en una serie de planes sectoriales, auspiciados y promovidos por la autoridad competente, cuya finalidad global era corregir o minimizar la crisis sectorial.

Las diferentes formas que adoptaron los acuerdos enjuiciados corresponden todas a acuerdos en un marco sectorial, el vino de Jerez, pero con independencia de que el sector estuviese en crisis, tal situación no convierte en conformes a derecho actuaciones que expresamente están tipificadas en la ley como infracciones, y este es el caso de los acuerdos sobre los precios de la uva y el mosto que sucesiva e ininterrumpidamente se suscribieron entre otros por la hoy recurrente.

Como recuerda la CNC, el Tribunal de Primera Instancia UE se ha pronunciado de forma contundente sobre la cuestión de la valoración de una alegación de situación de crisis en el sector en la Sentencia del TPI de 13 de diciembre de 2006, asuntos T- 217/03 y T-245/03, FNCCBV/Comisión, en la que afirma que *"las partes no pueden prevalecerse, para justificar el acuerdo controvertido, de la crisis en que se encontraba el sector bovino en el momento de los hechos (...)"*.

Por otro lado, la alegada situación de crisis no solo no parece transitoria sino permanente, ya que se mantendría continuamente durante más de quince años, sin que obviamente los acuerdos sobre precios tuvieran aparentemente el menor efecto para paliarla.

QUINTO -. Según la representación procesal de AECOVI no existe cártel en la actuación enjuiciada porque el acuerdo de precios se refiere a un mercado muy concreto y limitado, el formado por los productores de uva con destino a la elaboración de vino de Jerez y las bodegas elaboradoras del mismo; es decir, el acuerdo incluye a la totalidad de los vendedores y compradores del producto, lo que no otorga ninguna ventaja competitiva de unos competidores frente a otros, porque al no poder entrar en el mercado nadie que no esté previamente inscrito como viñista o bodeguero no existen terceros perjudicados.

Las normas de defensa de la competencia no solo protegen a los competidores, sino igualmente a los consumidores y comercializadores. En este caso, los precios de la uva y el mosto han sido establecidos de forma artificial y fijados en cifras pactadas por los participantes en los sucesivos acuerdos, no en las que resultarían del libre funcionamiento del mercado. Si bien como señala la CNC es difícil concretar los efectos cada año si se ha acreditado que tales acuerdos pretendían y lograban falsear la libre competencia.

Es decir, no se han podido demostrar los precios que se hubieran fijado por el libre juego del mercado pero si se ha acreditado que los productores de la uva y el mosto y los transformadores no tuvieron que competir en relación con el precio del producto.

La actora alega que no puede existir cártel porque según la Disposición Adicional Cuarta de la ley 15/2007 :

"1. A efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación.

2. A efectos de lo dispuesto en esta Ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones."

La resolución impugnada, correctamente, tipifica la infracción en los siguientes términos:

"El artículo 101 del TFUE prohíbe las mismas conductas. Y a efectos de ambos artículos, existe un acuerdo cuando las partes se asocian en un plan común con capacidad real o potencial para limitar la libertad individual de la política comercial de los pactantes y de ese modo afectar a la competencia en el mercado. No exigen estos artículos la existencia de pactos formales, firmados y rubricados, ni tampoco que los acuerdos tengan efectos anticompetitivos reales y demostrados puesto que es suficiente que tengan la potencialidad de producirlos. "

Por su parte el artículo 1 de la Ley 15/2007 tipifica como contrario a derecho *"todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio"*.

Resulta por tanto irrelevante para la tipificación de la infracción litigiosa que algunos de los acuerdos que se adoptaron a lo largo de esos años no fueran secretos.

A juicio de la recurrente no existe infracción continuada por inexistencia de identidad subjetiva. Alega que, además, cada plan sectorial contemplaba un conjunto de actuaciones diferentes, condicionado en el

tiempo en función de los efectos del anterior, y que el acuerdo sobre el precio de la uva no era el motor y el centro de cada plan.

La jurisprudencia, entre la que cabe citar las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2004 y de 9 de marzo de 2008 ha señalado que es de aplicación a las infracciones administrativas la doctrina que se ha establecido en el ámbito del derecho penal en relación con la continuidad de la infracción. Para apreciar la existencia de una infracción continuada, deben concurrir los siguientes requisitos:

- La ejecución de una pluralidad de actos por el mismo sujeto responsable, próximos en el tiempo, que obedezcan a una práctica homogénea en el modus operandi por la utilización de medidas, instrumentos o técnicas de actuación similares;

- La actuación del responsable con dolo unitario, en ejecución de un plan previamente concebido que se refleja en todas las acciones plurales que se ejecutan o con dolo continuado, que se proyecta en cada uno de los actos ejecutados al renovarse la voluntad infractora al presentarse una ocasión idéntica a la precedente;

- En tercer y último lugar, la unidad del precepto legal vulnerado de modo que el bien jurídico lesionado sea coincidente, de igual o semejante naturaleza.

No cabe duda de la concurrencia de todos estos requisitos en el supuesto de autos, pues a lo largo de los años la actora participó en los distintos acuerdos, con la intención de acordar los precios de la uva y el mosto, y en todos los casos en contra de lo dispuesto en el art. 1 LDC y en el art. 101 TFUE .

SEXTO- . Sostiene la actora que los principios de confianza legítima y amparo legal otorgan cobertura a su actuación.

Recuerda la recurrente que la propia CNC en el apartado séptimo de los fundamentos de derecho (pags. 67 a 71) reconoce que *"pudiera haber cierta incertidumbre jurídica en la redacción de la Ley 19/1982 y en particular en los Reales Decretos de desarrollo respecto de los comportamientos que se esperaban de los agentes en el mercado en la fijación de los precios a introducir en los contratos tipo. Por otra parte, el Ministerio de Agricultura al publicar las Ordenes Ministeriales con los precios acordados previamente por los agentes del Marco de Jerez no ayudaba precisamente a una adecuada interpretación de las normas"*. Pero a su juicio la confusión normativa y la incertidumbre jurídica van más allá, y en este marco normativo se vieron obligados a buscar fórmulas para hacer frente a la crisis del sector.

Con independencia de la valoración de las consecuencias que la situación normativa pueda tener en el elemento subjetivo de la infracción y que se analizarán más adelante en relación con la imposición de la sanción, la Sala considera que la conducta de la recurrente no está amparada por la ley ni es de aplicación el principio de confianza legítima.

El principio de confianza legítima, constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22-3-1961 y 13-7-1965 (asunto Lemmerz-Werk), un principio general del Derecho Comunitario, objeto de recepción por nuestro Tribunal Supremo en su jurisprudencia desde 1990 y ya en nuestra legislación (Ley 4/99 de reforma de la Ley 30/92, art. 3.1.2).

En la STS de 10-5-99 se recuerda que *"la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones y poderes públicos para imponer nuevas regulaciones apreciando las necesidades del interés general"*.

No puede entenderse en consecuencia que el hecho de que la conducta se desarrollase durante años, y que la Administración autonómica tolerase los acuerdos equivale a generar la confianza legítima de que el pacto de precios no es contrario a la Ley de Defensa de la Competencia ni al Tratado de la Unión Europea.

En relación al alegado amparo legal, como igualmente recuerda la CNC en la resolución impugnada, el TJUE en la sentencia de 9 de septiembre de 2011 confirma la Decisión de la Comisión , (de 20 de octubre de 2004 , relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 87, apartado 1, del Tratado CE, (Asunto COMP / C.38 . 238/B.2) - Tabaco crudo - España), en el que se analizaba la conducta de los productores y transformadores de tabaco, acogidos precisamente a la Ley 19/1982. Se estableció que ni dicha ley ni la práctica administrativa establecían una obligación de acordar el precio del tabaco crudo o a repartirse las cantidades de tabaco.

Continúa su alegato la actora señalando que no le es imputable ninguna infracción porque es una empresa cooperativa de segundo grado cuya actividad económica propia consiste en negociar y gestionar las ventas de vino y mosto de los agricultores cooperativistas, por lo que cuando negocia los precios de la uva y el mosto está cumpliendo sus fines sociales.

No se está declarando responsable de la infracción a la actora por cumplir su finalidad de negociar en nombre de los cooperativistas, sino por pactar los precios con sus competidores.

En contra de lo alegado, se ha acreditado mediante una amplia prueba documental la concurrencia del elemento objetivo de la infracción.

En cuanto a la concurrencia del elemento subjetivo, como ya se ha razonado por esta Sala en anteriores sentencias, el elemento subjetivo de la infracción debe concurrir para que proceda la imposición de una sanción, aun cuando, como es el caso, los hechos sean constitutivos de una infracción tipificada en la Ley de Defensa de la Competencia. Por otra parte, que concorra en grado de dolo o de culpa tiene igualmente consecuencias en cuanto a la entidad de la sanción impuesta.

La CNC ha excluido de la valoración para la imposición de la sanción lo que denomina *"la posible incertidumbre jurídica"*, que la normativa vigente hasta abril del año 2002, la Ley 19/1982, de 26 de mayo, sobre contratación de productos agrarios, sus normas de desarrollo y las Órdenes Ministeriales de 1991 y 1992, hayan podido inducir en los agentes, y si bien las conductas realizadas en dicho periodo han de ser declaradas como infracción muy grave de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE , no tendrá en cuenta para la fijación de la multa dicho periodo, es decir, desde el inicio de la infracción en 1991 hasta abril del año 2000. Por tanto mientras el periodo completo de infracción, desde abril de 1991 hasta marzo de 2009 computaría 215 meses, una vez descontado dicho periodo computarían 107 meses es decir, el 50% del mismo que es el porcentaje que aplicara el Consejo a la multa base., " y así concluye que " Para AECОВI presente durante todo el periodo y con una cuota de mercado del 20% la multa debe establecerse en 60.000 euros" .

Previamente, había señalado *"que las normas de desarrollo de la Ley 19/1982 contienen expresiones que pueden dar lugar equívocos, como es el caso del reglamento que desarrolla la Ley, "Real Decreto 2556/1985, de 27 de Diciembre, por el que se regulan los Contratos de Compraventa de Productos agrarios contemplados en la Ley 19/1982, de 26 de Mayo, sobre Contratación de Productos agrarios", cuyo artículo primero en su versión original, pero sobre todo en la modificada por el Real Decreto 1468/1990, de 16 de noviembre, puede dar lugar a confusión sobre el alcance de los acuerdos entre productores y transformadores y de estos entre sí."*

Y había puesto el acento en la circunstancia de que *"el Ministerio de Agricultura al publicar las Órdenes Ministeriales con los precios acordados previamente por los agentes del Marco de Jerez, no ayudaba precisamente a una adecuada interpretación de las normas. Y tampoco consta que en aquellos momentos las autoridades de competencia se pronunciaran sobre prácticas iguales o similares a las aquí analizadas."*

Por dichas razones el Consejo es de la opinión que el contexto jurídico social del momento y en particular el marco jurídico vigente en relación con los contratos tipo, podría haber generado un grado considerable de incertidumbre sobre los límites de la negociación colectiva de los agentes implicados. De esta posible confusión en la normativa no se deduce la obligación para los agentes de pactar precios, pero mitiga en gran medida la responsabilidad de las organizaciones de productores y de transformadores, y en consecuencia el Consejo no tendrá en cuenta, a los efectos de fijación de la multa, la infracción realizada bajo el periodo de vigencia de la Ley 19/1992. No así a partir de abril del año 2000, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2000 que de forma taxativa excluye los acuerdos de precios y por tanto cualquier incertidumbre jurídica ha quedado disipada."

La Sala considera que tal incertidumbre jurídica no desapareció en el año 2000, sino que se acrecentó con el protagonismo y la iniciativa de la Administración autonómica, según resulta de los hechos probados de la resolución recurrida:

- En el "Estudio de costes de cultivo del viñedo en el Marco de Jerez" de octubre de 2002, elaborado por la Empresa Pública de Desarrollo Agrario y Pesquero (dependiente de la CAP) literalmente se manifiesta lo siguiente (folio 1.871):

"(...) También se incluirá en el análisis de los resultados el anterior acuerdo de precios del Marco, vigente entre las campañas 1997/98 y 2000/01 con objeto de comparar la situación actual de los viticultores con la que tenían en los años anteriores (...)".

- El día 25 de julio de 2002, antes de la firma del acuerdo de septiembre de 2002 se elaboró por parte de las organizaciones del Marco (AECOSI, ARJEMAN, ASEVI-ASAJA, FEDEJEREZ y UAGA-COAG CÁDIZ), un documento que se dice está elaborado *"(...) sobre las bases de la Propuesta de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía de 22 de Julio de 2002, (...)"*, cuyo contenido era prácticamente el mismo que el del acuerdo que se firmaría dos meses más tarde".

- El Presidente del Consejo Regulador manifestó, según noticias de prensa obrantes en el folio 2191 que *"(...) las únicas veces que se ha pactado el precio de la uva fue en septiembre de 2002, pero sólo porque formaba parte del Plan Estratégico que suscribió el entonces consejero de Agricultura (...). También se realizó un segundo acuerdo en julio de 2006 en el que se retomaba el coste de la materia prima, pero todas estas acciones igual de lícitas"*.

- A la Comisión de seguimiento del Plan Estratégico del Sector Vitivinícola del Marco de Jerez pertenecía el Secretario General de Agricultura y Ganadería de la CAP, la Directora General de Industrias y Promoción Agroalimentaria de la CAP, el Delegado de la CAP en la provincia de Cádiz, junto con la recurrente y otras organizaciones.

- A lo largo del año 2004 se mantuvieron y aplicaron los acuerdos adoptados en el Plan Estratégico en relación con los precios de la uva y el mosto de Jerez por las entidades firmantes como se deduce del documento elaborado por la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía sobre el Plan Estratégico para el Marco de Jerez 2002-06, que hacía balance de la campaña 2003/2004, afirmando literalmente que *"se ha cumplido de forma general el acuerdo de precios de uva y mosto establecidos en el Plan"* (folio 225).

- Se suceden las reuniones de la Comisión de seguimiento del Plan Estratégico del Sector Vitivinícola del Marco de Jerez con la participación de la Administración y las negociaciones sobre los precios.

- El acuerdo del año 2005 entre FEDEJEREZ, AECOSI y ARJEMAN fue enviado a la Secretaría General de Agricultura y Ganadería de la CAP, con copia al Director General de Industrias y Promoción Agroalimentaria y al Delegado de Agricultura de la Junta de Andalucía en Cádiz el 16 de septiembre de 2005. (folios 436 a 439).

- La firma del acuerdo únicamente entre tres de las organizaciones reflejaba la división del Marco de Jerez, y así se lo hizo saber el Presidente de FEDEJEREZ a la Secretaria General de Agricultura y Ganadería de la CAP el 30 de septiembre de 2005, en una carta en la que además le agradece el apoyo mostrado

- El 25 de mayo de 2006 se celebró una reunión de la Comisión de Seguimiento del Plan Estratégico del Marco de Jerez en la Estación Enológica de Jerez con presencia de la Consejería de Agricultura y Pesca para ratificar el Acuerdo Sectorial adoptado en marzo de 2006 que contenía las medidas para la campaña en vigor y, en segundo lugar, el debate sobre el futuro del Marco de Jerez. En esta reunión se hace entrega a la Secretaria General de Agricultura y Ganadería del Acuerdo Sectorial firmado por todas las organizaciones del Marco de Jerez, que incluía a esa entidad. Los precios fijados en el acuerdo facilitado a la CAP se referían únicamente al Jerez Superior, por lo que durante la reunión, por parte de la CAP se facilitó una tabla con el resto de precios (para Albarizones y resto de zonas) para esa campaña, según se indica en el Acta de la reunión (folios 99 a 106). El 25 de julio de 2006 el Director General de FEDEJEREZ, comunicó a la Secretaria General de Agricultura y Ganadería de la Consejería de Agricultura y Pesca el acuerdo alcanzado entre las organizaciones del Marco de Jerez (folio 544). El acuerdo sectorial se mantuvo vigente durante dos campañas.

- En los ejercicios posteriores, y según resulta de un correo enviado por FEDERJEREZ a la recurrente *" la mayoría de los planes han sido impulsados desde FEDEJEREZ pero es indudable que para conseguir el objetivo será necesario contar con todos los actores, asociaciones y estamentos del Sector y de las Administraciones "*.

Resulta en consecuencia que no solo el contexto normativo inducía a error, sino que la activa participación de la Administración en relación con AECOSI y a la vista de los concretos hechos probados en este expediente administrativo pudo llevar a la conclusión de que su actuación era conforme a derecho. En



este sentido, partiendo de la base de que no existe un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones administrativas y de que la culpabilidad del sujeto infractor se vincula a la circunstancia de que su conducta no se halle amparada por una interpretación jurídica razonable de las normas aplicables, la suma de las dificultades en la interpretación descritas por la CNC y la actuación administrativa, aunque no sitúan a AECovi dentro de los límites del principio de confianza legítima, si excluyen el elemento intencional en la comisión de la infracción, con la consecuencia de que no procede imponer sanción alguna.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso, con la única consecuencia de anular la multa impuesta.

SEPTIMO -. De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción dada por la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, y dado que se estima el recurso solo en parte, no procede efectuar condena al pago de las costas procesales.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR EN PARTE Y ESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **AECovi-Jerez SCA** contra el Acuerdo dictado el día 6 de octubre de 2011 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos, por ser conforme a derecho excepto en el extremo relativo a la sanción de multa impuesta. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial .

Así , por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Il.tra. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.