



Roj: **SAN 2903/2013 - ECLI:ES:AN:2013:2903**

Id Cendoj: **28079230062013100346**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **24/06/2013**

Nº de Recurso: **620/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **LUCIA ACIN AGUADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a veinticuatro de junio de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 620/2010 que ante esta **Sección Sexta** de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **LA FEDERACION DE BODEGAS DEL MARCO DE JEREZ** (FEDEJEREZ) representada por el Procurador de los Tribunales D. Isidro Orquín Cedenilla contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 28 de julio de 2010 expediente S/0091/08 Vinos Finos de Jerez. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Abogado del Estado. Ha intervenido como codemandada Complejo Bodeguero Bellavista SLU y Zoilo Ruiz Mateos representado por el Procurador D. Jesús Jenaro Tejada. La cuantía del recurso es de 400.00 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 28 de julio de 2010, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) dictó resolución en el expediente S/0091/08 Vinos Finos de Jerez. En la parte dispositiva establece

"PRIMERO: Declarar que Complejo Bodeguero Bellavista, SLU y Zoilo Ruiz Mateos, SL, Bodegas González Byass, SA, Bodegas José Estévez, SA, Bodegas Williams & Humbert, SA, Bodegas Emilio Lustau, SA, Bodegas Barbadillo, SL, Caydsa, Bodegas J. Ferris M. C. B., Bodegas Pedro Romero, Federación de Bodegas del Marco de Jerez y Consejo Regulador de las Ddas «Jerez-Xérès-Sherry» «Manzanilla Sanlúcar de Barrameda» han incurrido en una infracción del artículo 1 de la LDC (RCL 2007, 1302) y del artículo 101 del TFUE (RCL 1999, 1205 ter), por haber contribuido con su comportamiento a la creación de un cártel que se llevó a cabo en la comercialización del vino de Jerez, con la extensión, duración y responsabilidad, para cada uno de los interesados establecida en el Fundamento de Derecho Undécimo de esta Resolución.

SEGUNDO: Imponer las siguientes sanciones:

- A Bodegas González Byass, SA, ochocientos setenta mil euros (870.000 €)
- A Bodegas José Estévez SA, un millón doscientos cincuenta mil euros (1.250.000 €).
- A Bodegas Emilio Lustau, SA, cuatrocientos mil euros (400.000 €).
- A Bodegas Barbadillo, SL, novecientos mil euros (900.000 €).
- A Caydsa, veintiocho mil euros (28.000 €).
- A Bodegas J. Ferris M. C. B. ciento treinta y cinco mil euros (135.000 €).
- A Bodegas Pedro Romero, doscientos cuarenta mil euros (240.000 €).
- A la Federación de Bodegas del Marco de Jerez, cuatrocientos mil euros (400.000 euros).



- Al Consejo Regulador De las Ddo. «Jerez-Xérès-Sherry» «Manzanilla Sanlúcar de Barrameda», doscientos mil euros (200.000 €).

TERCERO: Conceder al Complejo Bodeguero Bellavista, SLU y Zoilo Ruiz Mateos, SL la exención del pago de la multa que hubiera procedido corresponderle por reunir los requisitos previstos en el artículo 65 LDC .

CUARTO: Intimar a Complejo Bodeguero Bellavista, SLU y Zoilo Ruiz Mateos, SL, Bodegas González Byass, SA, Bodegas José Estévez, SA, Bodegas Williams & Humbert, SA, Bodegas Emilio Lustau, SA, Bodegas Barbadillo, SL, Caydsa, Bodegas J. Ferris M. C. B., Bodegas Pedro Romero, Federación de Bodegas del Marco de Jerez Y Consejo Regulador de las Ddo «Jerez- Xérès-Sherry» «Manzanilla Sanlúcar de Barrameda» para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

QUINTO: Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución"

SEGUNDO: La representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo el 27 de octubre de 2010 contra dicha resolución ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección sexta donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 26 de noviembre de 2011 solicitó " dicte sentencia y anule totalmente la resolución de la CNC de 28 de julio d 2010 expt número S/91/08 vinos de Jerez o que subsidiariamente, dicte sentencia y anule parcialmente la resolución de la CNC de 28 de julio de 2010 recaída en el expediente número s/91/08 Vinos de Jerez, anulando o en su caso, reduciendo la multa impuesta".

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 9 de mayo de 2012. No presentó escrito alguno el codemandado. Acordado el recibimiento a prueba y practicadas las declaradas pertinentes se presentaron conclusiones, declarándose el 19 de abril de 2013 conclusas las actuaciones. Se señaló para votación y fallo el 4 de junio de 2013.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña LUCIA ACIN AGUADO, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 28 de julio de 2010 expediente S/0091/08 Vinos Finos de Jerez distintas empresas del sector y dos instituciones sectoriales, FEDEJEREZ y Consejo Regulador.

Dicha resolución declara que distintas empresas del sector (Complejo Bodeguero Bellavista, SLU y Zoilo Ruiz Mateos, SL, Bodegas González Byass, SA, Bodegas José Estévez, SA, Bodegas Williams & Humbert, SA, Bodegas Emilio Lustau, SA, Bodegas Barbadillo, SL, Caydsa, Bodegas J. Ferris M. C. B., Bodegas Pedro Romero) y dos instituciones sectoriales Federación de Bodegas del Marco de Jerez y Consejo Regulador de las Ddas «Jerez-Xérès-Sherry» «Manzanilla Sanlúcar de Barrameda» han incurrido en una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE , por haber contribuido con su comportamiento a la creación de un cártel que se llevó a cabo en la comercialización del vino de Jerez, con la extensión, duración y responsabilidad, para cada uno de los interesados establecida en el Fundamento de Derecho Undécimo de dicha resolución.

SEGUNDO. El Consejo en el fundamento de derecho quinto valora que las conductas acreditadas en el expediente responden a un acuerdo global propio de un cartel, pudiendo encuadrarse cada una de ellas en alguna de las siguientes conductas:

- 1) Limitaciones en la producción, mediante restricciones acordadas de oferta, que han limitado el volumen de ventas. Asignación de un cupo a cada empresa y revisiones de dichos cupos. Durante los primeros años los límites a la producción fueron acordados entre las partes integrantes del cártel, sin embargo, durante los años siguientes, los límites a la producción fueron impuestos al resto de operadores presentes en el sector, no sólo en el BOB, mediante las circulares del CR, y que dió lugar al expediente sancionador 2779/07, Consejo Regulador de Denominación de Origen de Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlúcar. El reparto se completa mediante mecanismos de compensación entre las empresas cuyas ventas superasen el cupo asignado y las que no alcanzasen dicho cupo.
- 2) Reparto del mercado. Tras ponerle límite a la producción disponible para ser comercializada, se ha llevado a cabo un reparto de la cantidad mediante reparto de clientes.
- 3) Fijación de precios mínimos y revisiones de dichos precios.
- 4) Intercambio de información sobre precios, clientes y cantidades vendidas.



5) Mecanismos de control y seguimiento. En una primera fase el seguimiento se realizaba entre todos en las reuniones que mantenían periódicamente. En la segunda fase se propone un registro de los contratos de suministro, la declaración al CR de los precios de exportación para evitar dumping y la creación de una mesa de coordinación.

El producto objeto de las conductas imputadas son los vinos con denominación de origen "Jerez-Xérès-Sherry" y «Manzanilla Sanlúcar de Barrameda» de suministro exclusivo para la exportación bajo la marca del distribuidor. Se trata de vinos comercializados no con las marcas propias de las bodegas sino con las marcas del distribuidor final que adquiere el producto para comercializarlo en los países de destino principalmente (Alemania, Reino Unido, Bélgica y Holanda). Se denomina a este producto marcas blancas, marcas de distribuidor o productos Buyer own brand (BOB).

Todas estas actuaciones se fueron instrumentando según indica la CNC a lo largo de los más de cien contactos descritos en el antecedente de hecho 6. Los contactos implican a distintas empresas del sector y a dos instituciones sectoriales, FEDEJEREZ y CR. Está acreditado que al menos desde el año 2001 funcionó la denominada mesa BOB que no era sino un cártel formado por las principales empresa bodegueras, WH, GB BARBADILLO, ESTÉVEZ y FERRIS con el propósito de recuperar el nivel de precios de BOB sin perder clientes. Para ese único objetivo fue necesario implementar distintos instrumentos, todos ellos descrito ampliamente por la DI en su PR: limitar la cantidad total que las seis bodegas estaban dispuestas a comercializar, cantidad ligada a la demanda prevista para equilibrar oferta y demanda y evitar una caída de precios; repartirse entre las seis esa "tarta" como ellas mismas la denominan; acordar no ofertar por debajo de un precio de referencia (2.800 ptas. 16.9 € la caja de 9 botellas); crear dos órganos de seguimiento; y comprometerse a compartir cualquier tipo de información relevante con objeto de que "exista una transparencia total entre las partes" (HA 6.4). Este acuerdo se habría mantenido sin incidencias significativas hasta finales de 2003 momento en que comienzan ciertas desavenencias que apuntan a la ruptura final de la mesa. En marzo de 2004 hasta julio de 2005 se inicia un periodo transitorio en que consta la voluntad de seguir trabajando para poder hacer efectivas algunas medidas que se habían propuesto en varias reuniones de la mesa BOB y que se centraron la realización de actuaciones tendentes a conseguir el objetivo de reducir el vino que podía ser comercializado que se concreto en la alteración del artículo 32.1 para permitir que los límites a establecer por el CR no fueran sólo anuales, sino plurianuales, y que los límites a la comercialización no se basaran sólo en existencias sino en las ventas que cada operador hubiese realizado en las campañas anteriores. En los años 2005 (HA 6.50, 6.51 y 6.52), y 2006 (HA 6.53, 6.54, 6.56, 6.57, 6.58) "continúan los contactos entre las empresas y el 30 de mayo de 2006 se constituye la "Mesa de Comercialización" donde se definen las condiciones de partida, los objetivos (mantenimiento del statu quo y progresiva revalorización del negocio BOB), las funciones de la mesa y los pasos y el calendario propuesto y celebrándose sucesivas reuniones en los años 2006, 2007 y 2008 en la que se van adoptando diversos acuerdos.

En concreto en relación a FEDEJEREZ señala la CNC que es coautora junto con el Consejo Regulador y las empresas citadas de la infracción imputada. Esa conclusión encuentra su fundamento en que desde que se rompe la mesa BOB, Fedejerez trabajaba para implementar medidas en el sector que lleven a resultados similares a los que condujo la mesa BOB, esto es, limitación de oferta y reparto de esa oferta limitada. A partir de entonces su presencia es continua, convocando reuniones, haciendo propuestas, manteniendo contactos bilaterales o mediando en las discrepancias destacando 1) Su contribución al diseño de las fórmulas que finalmente se aplicarían para calcular el cupo que se le iba a asignar a cada bodega en función de sus existencias y sus ventas pasadas 2) Su impulso y participación en reuniones en las que se fijaron precios mínimos y 3) El resto de acciones complementarias para lograr la recuperación de lo precios BOB, a implementar bajo lo que se denominó «Pacto de Caballeros» (HA 6.64, HA 6.65, HA 6.70). Durante 2007 figura su presencia en la práctica totalidad de los hechos acreditados y lo mismo cabe concluir respecto a los contactos que se sucedieron en 2008.

Acuerda imponer una multa de 400.000 euros atendiendo a su participación, según el tiempo y gravedad de la misma

TERCERO: Al objeto de fundamentar el recurso alega el recurrente que el objeto del mismo no es debatir la existencia o no de infracción realiza las siguientes alegaciones:

1. Caducidad del expediente administrativo.
2. La supuesta infracción con independencia de sea ajustada a derecho o no es imputable a FEDEJEREZ.
3. Vulneración del principio de proporcionalidad.

CUARTO: En relación a la caducidad tal como señala el Abogado del Estado al que seguimos en sus razonamientos en contra de lo afirmado por la parte recurrente desde la incoación del expediente sancionador



hasta la notificación de la resolución no se excedió el plazo de caducidad establecido legalmente en 18 meses. La parte recurrente afirma que si se computa todo el tiempo transcurrido desde la incoación hasta la notificación de la resolución restando los días en que el plazo para resolver estuvo suspendido que fue en tres ocasiones, el plazo se cumplió el día anterior a la notificación de la resolución.

El 15 de julio de 2008 se incoa el expediente sancionador siendo por tanto la fecha de vencimiento del plazo para dictar resolución el 15 de enero de 2010.

El 4 de mayo de 2009 se suspendió el plazo de caducidad por la interposición de recurso administrativo por una de las partes. Se reanuda el plazo de caducidad el 27 de mayo de 2008, habiendo estado suspendido por tanto 23 días, se establece como nueva fecha máxima para resolver el 6 de febrero de 2010. Se vuelve a suspender el plazo con fecha 18 de junio de 2009, por la solicitud del informe preceptivo a la Agencia de **Defensa de la Competencia** de Andalucía, se reanuda el plazo con fecha 24 de julio de 2009, habiendo estado suspendido por tanto 37 días, siendo la nueva fecha máxima para resolver el 13 de marzo de 2010. El tercer y último acuerdo de suspensión del plazo es de fecha 23 de octubre de 2009, para la realización de pruebas complementarias y se reanuda el plazo con fecha de 9 de marzo de 2010, habiendo estado suspendido por tanto 137 días (no 136 días como establece la parte recurrente) siendo la nueva fecha máxima para resolver el 29 de julio de 2010.

Por lo tanto la notificación hecha el 28 de julio de 2010 se hizo dentro de plazo sin que se pueda considerar producida la caducidad. Este es el método de cómputo del plazo establecido para los casos de suspensión a tenor de lo dispuesto en el *artículo 12.3 del Reglamento de **Defensa de la Competencia*** aprobado por RD 261/2008.

QUINTO: El recurrente no discute en este recurso la existencia o no de infracción, señalando que lo que quiere poner de manifiesto es que la supuesta infracción no es imputable a FEDEJEREZ con independencia de que sea ajustada a derecho o no la conclusión de que las bodegas sancionadas hubieran incurrido en una infracción del artículo 1 LDC y del artículo 101 del TFUE por *"un cartel que se llevó a cabo en la comercialización del vino de Jerez"*. Se remite a la Jurisprudencia comunitaria que establece que *" para afirmar conjuntamente la participación de una asociación y la de sus miembros en una misma infracción, la Comisión debe acreditar, por lo que a la asociación se refiere, la existencia de un comportamiento distinto del de sus miembros "* (STJ 27 de septiembre de 1988 Ahlstrom Osakeyhtio y otros). Señala que en este caso Fedejerez no tuvo un papel propio distinto del de las asociaciones y bodegas que la integran ya que no tiene capacidad de hacer propuestas al Consejo Regulador (no es miembro del Consejo sino que lo son las bodegas y agricultores) y siempre ha actuado por mandato de sus asociados.

La CNC analiza en la sentencia por qué considera que tuvo un papel propio razonamientos que esta Sala comparte. Así señala la CNC que el acuerdo no requirió en sus comienzos la colaboración de Fedejerez y su eficacia no dependió de Fedejerez ya que los protagonistas indiscutibles del cártel durante el período 2000-2004 fueron las seis empresas bodegueras imputadas, las cuales fueron capaces de llevar a cabo con éxito los parámetros del cártel: limitación de la oferta para el mercado BOB que ellas controlaban, reparto entre las seis de esa oferta limitada, compensación entre ellas las seis de esa oferta limitada, compensación entre ellas para alcanzar el reparto acordado y subida de los precios de ese mercado. El propio éxito de este cártel, reflejado en los mayores precios que se consiguieran en ese mercado con respecto a los del pasado, generó un «efecto llamada» de aquellos operadores presentes en el sector aunque no necesariamente en el mercado BOB, y que incentivados por los precios atractivos que se obtienen en el mismo les llevó a ofertar por debajo de esos precios para entrar en dicho mercado, a costa de quitarles clientes a los 6 miembros del cártel. Este proceso, del que los 6 miembros del cártel ya habían tomado conciencia en 2003 es lo que les lleva a valorar la necesidad de controlar la oferta total de vino de Jerez que se pone a disposición del mercado, y para ello necesitan implementar medidas que obligan a todo el mercado, motivo por el cual requieren la intervención de Fedejerez y Consejo Regulador (CR), el primero para proponerle al CR y el segundo para aplicar las restricciones necesarias para limitar la oferta y que las mismas fueran obligatorias, para que fuesen aplicadas por todos. El papel de Fedejerez no puede sino ser valorado como un papel propio, pues es en su seno, a través de sus comisiones ejecutiva y sectorial, donde se solicitan los datos comerciales necesarios para estimar la demanda, donde se diseñan las fórmulas del cupo discriminado, y es Fedejerez quien somete a votación las distintas opciones, y es la comisión ejecutiva de Fedejerez la que aprueba la fórmula final del cupo y le da traslado al CR para que éste la ponga en marcha, emitiendo las circulares. Asimismo concreta en que consistió el papel de FEDEJEREZ, remitiéndose a los hechos probados que acreditan tales prácticas destacando 1) Su contribución al diseño de las fórmulas que finalmente se aplicarían para calcular el cupo que se le iba a asignar a cada bodega en función de sus existencias y sus ventas pasadas (HA 6.50; HA 6.51, HA 6.52, 6.53, HA 6.54, HA 6.56, HA 6, 57, HA 6.58, o HA. 6.59) 2) Su impulso y participación en reuniones en las que se fijaron precios mínimos (HA 6.64, HA 6.82) 3) El resto de acciones complementarias para lograr la recuperación de los precios BOB, a implementar bajo lo que se denominó «Pacto de Caballeros» (HA 6.64, HA 6.65, HA 6.70).



Añadir que el hecho de no estar previsto que realice propuestas al Consejo Regulador no impide que pudiera de facto haber coordinado sus actividades con el mismo para conseguir ese objetivo común restrictivo de la competencia. En este sentido destaca la CNC que incluso la fuerte colaboración entre le CR y FEDEJEREZ quedó plasmada en un documento de trabajo (HA 6.55) titulado "Coordinación Consejo-Fedejerez" en el que se detallan prioridades, entre las que se encuentra el plan sectorial, y dentro de este el cupo discriminado y las mesas de comercialización.

SEXTO: Con carácter subsidiario entiende que 1) El Consejo ha variado la calificación jurídica ya que el cargo que se le había imputado a Fedejerez era distinto. Así en la propuesta de resolución señalaba que FEDEJEREZ ha intervenido como colaborador necesario para el funcionamiento del cártel, en cambio al CNC le considera coautor. Entiende que ello le causa indefensión ya que no tuvo oportunidad de realizar alegaciones sobre esa calificación jurídica. 2) Ni ahora ni con anterioridad al período en que FEDEJEREZ cometió supuestamente la infracción, ninguna norma de rango legal preveía que se pudiera infringir la LDC como coautor de un acuerdo restrictivo de la competencia. Tampoco como colaborador necesario que era el grado de autoría que se le imputa a FEDEJEREZ 3) Entiende que no se reúnen los requisitos de la jurisprudencia en el asunto Treuhand.

Estas alegaciones no pueden prosperar

1) El cambio de calificación jurídica sin alterar los hechos contenidos en el pliego de cargos puede ser realizado por el Consejo, al estar previsto en el artículo 51.4 de la LDC siempre que se de audiencia al interesado. Ahora bien el mero incumplimiento del trámite de audiencia sólo puede tener consecuencias si se de forma real y efectiva se le hubiera causado indefensión. En el presente caso la demandante no presentó ningún elemento concreto que pudiera demostrar que la supuesta irregularidad afectó a su derecho de defensa ya que lo que discutió en el proceso administrativo es que Fedejerez no tuvo un papel propio distinto del de las asociaciones y bodegas que la integran y asimismo alegó que las conclusiones de la Dirección de Investigación en la propuesta de resolución descansan en constataciones de hechos erróneas sobre el papel de la demandante en el contexto del cartel. Por tanto no procede analizar si ha existido un cambio de calificación jurídica ya que aun cuando lo hubiera habido ello no ha causado indefensión al interesado.

2) El concepto de autor de una infracción de las normas de **defensa de la competencia** que tiene naturaleza administrativa no es el mismo que el concepto de autor previsto en el derecho penal sin que sea procedente diferenciar a efectos de determinar la participación de un sujeto entre autor y colaborador necesario al merecer en todo caso la calificación de coautora del cartel si reúne su participación en la infracción los requisitos que establece la jurisprudencia.

Como señala la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 8 de julio de 2008 Caso AC- Treuhand AG contra Comisión de las Comunidades Europeas. *"el principio de legalidad de los delitos y de las penas tal como se aplica en el Derecho comunitario de la no han de tener necesariamente el mismo alcance que en el caso de su aplicación a una situación prevista por el Derecho penal en sentido estricto"*. Considera dicha sentencia que no procede diferenciar en relación con la prohibición enunciada en el artículo 81.1 CE, y el principio de legalidad de los delitos y de las penas a la empresa "autora" de una infracción de la empresa "cómplice" mereciendo en todo caso la calificación de coautora del cartel si reúne los requisitos que establece la jurisprudencia y que recoge dicha sentencia

"(129) Procede recordar a continuación la jurisprudencia acerca de los requisitos que debe reunir la participación de una empresa en un cartel para que ésta pueda ser considerada responsable en calidad de coautor de la infracción.

(130) En ese aspecto, basta con que la Comisión demuestre que la empresa de que se trate ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente a ellos para probar de modo suficiente la participación de dicha empresa en el cartel. Para acreditar la participación de una empresa en un acuerdo único, integrado por un conjunto de comportamientos ilícitos separados en el tiempo, la Comisión debe probar que esa empresa intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo. A este respecto, la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o sin denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe la infracción y dificulta que se descubra. Esta complicidad constituye un modo pasivo de participar en la infracción que puede conllevar, por tanto, la responsabilidad de la empresa en el marco de un acuerdo único.

131) Por otra parte, en cuanto a la determinación de la responsabilidad personal de una empresa cuya participación en el cartel no tenga la misma amplitud e intensidad que la de otras empresas, de la jurisprudencia resulta que, si bien los acuerdos y prácticas concertadas que contempla el artículo 81 CE (RCL 1999, 1205 ter),



apartado 1, son necesariamente el resultado del concurso de varias empresas, que son todas ellas coautoras de la infracción, pero cuya participación puede revestir formas diferentes, principalmente en función de las características del mercado de que se trate y de la posición de cada empresa en dicho mercado, de los fines perseguidos y de las modalidades de aplicación elegidas o planeadas, la mera circunstancia de que cada empresa participe en la infracción aplicando métodos específicos no basta para excluir su responsabilidad por la totalidad de la infracción, incluidos los comportamientos materialmente realizados por otras empresas participantes pero que comparten un mismo objeto o efecto contrario a la competencia (sentencia Comisión/ Anic Partecipazioni [TJCE 2001, 205], citada en el apartado 65 supra, apartados 78 a 80).

(136) En virtud de las consideraciones que se enuncian en los apartados 115 a 127 anteriores, el Tribunal de Primera Instancia considera que esos principios se aplican mutatis mutandis a la participación de una empresa cuya actividad económica y competencia profesional permiten que no pueda ignorar el carácter anticompetitivo de los comportamientos de los que se trata y que pueda aportar de esa forma un sostén no carente de importancia a la comisión de la infracción. En esas circunstancias no puede acogerse la alegación de la demandante de que una empresa asesora no puede ser considerada coautora de una infracción porque no ejerce una actividad económica en el mercado pertinente afectado por la restricción de la competencia, por una parte, y porque sólo ha contribuido al cartel de manera subordinada, por otra ".

Teniendo en cuenta estos parámetros la resolución sancionadora contiene suficientes elementos que demuestran la participación activa e intencional de la demandante en el cartel y que permiten así considerarla responsable de una infracción del artículo 81 CE en calidad de coautora. En concreto en relación a FEDEJEREZ señala la CNC que es coautora junto con el Consejo Regulador y las empresas citadas de la infracción imputada. Esa conclusión encuentra su fundamento en que desde que se rompe la mesa BOB, Fedejerez trabajaba para implementar medidas en el sector que llevaban a resultados similares a los que condujo la mesa BOB, esto es, limitación de oferta y reparto de esa oferta limitada. A partir de entonces su presencia es continua, convocando reuniones, haciendo propuestas, manteniendo contactos bilaterales o mediando en las discrepancias destacando 1) Su contribución al diseño de las fórmulas que finalmente se aplicarían para calcular el cupo que se le iba a asignar a cada bodega en función de sus existencias y sus ventas pasada 2) Su impulso y participación en reuniones en las que se fijaron precios mínimos y 3) el resto de acciones complementarias para lograr la recuperación de lo precios BOB, a implementar bajo lo que se denominó «Pacto de Caballeros»

SEPTIMO: En cuanto a la exención de la multa a complejo Bodeguero Bellavista no procede examinar esta alegación al no tener el recurrente legitimación para recurrir esa parte del fallo, ya que en nada afecta a su esfera jurídica la no imposición de una multa a esa otra empresa en el programa de clemencia

OCTAVO : Considera el recurrente con carácter subsidiario que deben tenerse en cuenta una serie de circunstancias a la hora de imponer la multa A) la multa impuesta en el asunto Treuhand, B) los criterios del artículo 64.1 LDC C) la aplicabilidad de la excepción sobre la agricultura y D) el carácter desproporcionado y confiscatorio de la multa.

En este caso se ha acordado imponer una multa de 400.000 euros "*atendiendo a su participación, según el tiempo y gravedad de la misma*". Al tratarse de una entidad que no tiene volumen de negocios el límite es el de 900.000 euros, al ser más favorable para las entidades sin volumen de negocios la Ley 16/1989 que la 15/2007 y haberse desarrollado la conducta durante la vigencia de ambas normas que tipifican la misma infracción. Se van a examinar por separado dichas alegaciones:

A) En relación a la multa impuesta en el caso Treuhand parte el recurrente de un presupuesto erróneo y es considerar que la CNC ha considerado que desempeñó el mismo papel que Treuhand de colaborador necesario, cuando la CNC ha señalado que su participación fue más allá de realización de funciones mediadoras que facilita la puesta en práctica de una restricción de la competencia, realizando una actuación conjunta con los operadores del mercado para conseguir un objetivo común restrictivo de la competencia.

B) Alega que la finalidad no era anticompetitiva sino intentar encontrar soluciones a la situación de crisis del sector, que el acuerdo no se llevó a la práctica y no existe constancia del perjuicio causado a los consumidores.

Como señala la CNC la crisis estructural del sector no autoriza a realizar conductas contrarias a la competencia. La sentencia TJE de 20 de noviembre de 2008 citada por la resolución recurrida en el caso Beef Industry Development Society Ltd establece lo siguiente: "*En efecto, para determinar si un acuerdo incurre en la prohibición establecida en el artículo 81 CE apartado 1. procede examinar el contenido de sus disposiciones y la finalidad objetiva que pretende alcanzar*". A este respecto, aun cuando se demuestre que las partes de un acuerdo actuaron sin intención subjetiva alguna de restringir la competencia, sino con el propósito de remediar los efectos de una crisis sectorial, tales consideraciones carecen de pertinencias en la aplicación de dicha disposición. En



efecto, pueden considerarse que un acuerdo tiene carácter restrictivo aun cuando no tenga como único objetivo restringir la competencia, sin que persiga también otros objetivos legítimos".

En este caso la repercusión en el mercado nacional de las supuestas prácticas restrictivas no consta acreditada ya que los productos BOB se exportan en su totalidad a otros países de la Unión Europea. Ahora bien el hecho es que la CNC al graduar la sanción no hace referencia a esa repercusión en el mercado nacional sino que señala que tuvo un apreciable efecto en el comercio entre Estados miembros. En cuanto a la repercusión en la Unión Europea, tampoco ha sido constatada, salvo en el período 2001 a 2003 en que se aprecia un incremento en el precio de venta de productos BOB y que ha sido valorado por la CNC como circunstancia agravante.

C) En relación a la aplicabilidad de la excepción sobre la agricultura, nos remitimos a lo razonado en nuestra sentencia de 8 de marzo de 2007 dictada en el recurso 540/10 .

"Para pronunciarse sobre esta cuestión procede hacer referencia al contexto normativo en el que se desarrollaron las conductas sancionadas y que viene determinado por las siguientes normas: el Reglamento (CE) 1493/1999, del Consejo, de 17 de mayo que establece la Organización Común del Mercado Vitivinícola, la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino que ha derogó la Ley 25/1970, de 2 de diciembre , del Estatuto de la Viña, del Vino y de los Alcoholes y el Reglamento de las Denominaciones de Origen «Jerez-Xéres-Sherry». Aprobado por la Orden del Ministerio de Agricultura de 2 de mayo de 1977. Vamos a examinarlas.

1) el Reglamento (CE) 1493/1999, del Consejo, de 17 de mayo que establece la Organización Común del Mercado Vitivinícola, La Unión Europea desde su inicio estableció la Organización Común del Mercado (OCM) del sector vitivinícola, que se encontraba regulada hasta junio de 2008 en el Reglamento (CE) 1493/1999, del Consejo, de 17 de mayo que establece la Organización Común del Mercado Vitivinícola , en cuyo marco contempla las prácticas y tratamientos enológicos, designación, denominación, presentación y protección de los vinos. Dicho Reglamento fue derogado por el Reglamento 479/2008 de 29 de abril por el que se establece la organización común del mercado vitivinícola, que a su vez ha sido derogado por Reglamento 491/2009 que crea una organización común del mercado agrícola. El Reglamento vigente en el periodo al que se refiere este expediente era el Reglamento 1493/1999 que es de aplicación directa en todos los Estados miembros a partir del 1 de agosto de 2000.

La Comisión ha señalado que en los sectores sometidos a una OCM, cual es la vitivinícola es la reglamentación de la Organización Común del Mercado (OCM) la que determina la forma en la que han de alcanzarse los objetivos previstos en el artículo 33 del Tratado de la Unión Europea (entre ellos el de estabilizar los mercados) por tanto no es posible afirmar que un acuerdo es necesario para alcanzar el objetivo de estabilizar los mercados si el Reglamento de la OCM vitivinícola no recoge ese acuerdo como uno de los mecanismos necesarios para alcanzar dichos objetivos. El propio recurrente reconoce en el escrito de demanda que "de conformidad con la doctrina y la praxis administrativa de la Unión Europea, en los sectores sometidos a una OCM, cual es el vitivinícola, es la reglamentación de la OCM la que determina la forma en la que han de alcanzarse los objetivos previstos en el artículo 36 TFUE ". El artículo 41 del mismo en relación con las normas de comercialización establece que:

"1. A fin de mejorar el funcionamiento del mercado de los vcpd y de los vinos de mesa denominados mediante una indicación geográfica, los Estados miembros productores, en particular en la aplicación de las decisiones tomadas por organizaciones sectoriales, podrán definir normas de comercialización sobre la regulación de la oferta en el momento de la primera comercialización, siempre que dichas normas se refieran a la puesta en reserva y/o a la salida escalonada de los productos, con exclusión de cualquier otra práctica concertada, como:

- la fijación de precios, incluso con carácter indicativo o de recomendación.

-el bloqueo de un porcentaje excesivo de la cosecha anual normalmente disponible y, de forma general, toda operación anormal de rarefacción de la oferta,

-la negativa a expedir el certificado o certificados nacionales o comunitarios necesarios para la circulación y comercialización de los productos vitivinícolas, cuando dicha comercialización se ajuste a las normas antes mencionadas."

2. Las normas mencionadas en el apartado 1 deberán ponerse in extenso en conocimiento de los operadores mediante su aparición en una publicación oficial del Estado miembro de que se trate.

3. Cada año, los Estados miembros que hayan hecho uso de las posibilidades que ofrece el apartado 1 enviarán a la Comisión un informe sobre las decisiones adoptadas al respecto durante el año anterior. La Comisión comprobará que se ajustan al Derecho Comunitario, en particular a las normas aplicables en materia de libre

circulación (artículo 28 a 31 del Tratado y de competencia (artículos 81 a 86 del Tratado) y al principio de no discriminación (apartado 3 del artículo 34 del Tratado)"

El Reglamento apunta hacia una regulación de la oferta desde la perspectiva de la defensa y mejora de la calidad de los vinos, dado que tienen una identidad propia, pero excluye cualquier práctica concertada en el seno de las organizaciones sectoriales que no tenga que ver con ese objetivo.

2) La normativa estatal aplicable es la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino que ha derogó la Ley 25/1970, de 2 de diciembre, del Estatuto de la Viña, del Vino y de los Alcoholes. Dicha Ley, viene a adaptar la normativa del Estado al marco comunitario indicando expresamente en el preámbulo que *" la integración de España en la hoy llamada Unión Europea supuso la aceptación del acervo comunitario y el reconocimiento de la supremacía de sus normas sobre el ordenamiento jurídico interno"* y remitiéndose expresamente al Reglamento (CE) 1493/1999, de 17 de mayo, por el que se establece la nueva OCM vitivinícola, que es de aplicación directa en todos los Estados miembros a partir del 1 de agosto de 2000. El título II referido al *" sistema de protección del origen y la calidad de los vinos"* (artículos 12 a 32) establece en su artículo 22, apartado 4 que *"la gestión de la denominación de origen deberá estar encomendada a un órgano de gestión, denominado Consejo Regulador, en la forma que la normativa de la Administración pública competente determine y el artículo 25.2 que " los órganos de gestión tendrán personalidad jurídica propia, de naturaleza pública o privada, plena capacidad de obrar y funcionarán en régimen de derecho público o privado. Podrán participar, constituir o relacionarse con toda clase de asociaciones, fundaciones y sociedades civiles o mercantiles, estableciendo entre sí, en su caso, los oportunos acuerdos de colaboración"*. El artículo 26 establece cuales son los fines y funciones de los órganos de gestión y entre las funciones que se recogen en el apartado 2 destaca la de la de: *" Proponer el reglamento del v.c.p.r.d. así como sus posibles modificaciones"*. *Adoptar, en el marco de reglamento de vcprd, el establecimiento para cada campaña, según criterios de defensa y mejora de la calidad y dentro de los límites fijados por el reglamento, los rendimientos, límites máximos de producción y de transformación, autorización de la forma y condiciones de riego, o cualquier otro aspecto de coyuntura anual que pueda influir en estos procesos"*. Todos estos artículos conforme a la disposición final segunda de la Ley, tienen la consideración de legislación básica, dictada al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.13ª de la Constitución Española .

3) La Ley Andaluza 10/2007 de 26 de noviembre de Protección del Origen y la Calidad de los Vinos de Andalucía (dictada al amparo del artículo 83 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 marzo de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía) no estaba en vigor en el momento de adopción de los acuerdos ya que conforme a su disposición final segunda entró en vigor el 17 de marzo de 2008 a los 3 meses a partir de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía (17 de diciembre de 2007).

4) En cuanto al Reglamento de las Denominaciones de Origen «Jerez-Xéres-Sherry». Hay que indicar que el mismo es aprobado mediante la correspondiente orden ministerial, por lo tanto debe ajustarse a lo establecido en normas de rango superior (Reglamento (CE) 1493/1999 que establece la OCM del Vino, así como de la Ley 24/2003 de la Viña y el Vino). Desde que comenzó la vigencia de la Orden del Ministerio de Agricultura de 2 de mayo de 1977, por la que se aprobó el Reglamento de las Denominaciones de Origen «Jerez-Xéres-Ferry» y «Manzanilla Sanlúcar de Barrameda» hasta la orden de 19 de febrero de 2007 de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía el sistema de cupos regulado en el artículo 32.1 del Reglamento establecía.

"De las existencias de vino en crianza, sólo se podrán expedir por cada bodega y en cada campaña, como máximo, el 40% de las existencias al comienzo de la misma, que se fija el 1 de septiembre de cada año, más los vinos criados adquiridos durante la campaña. El Consejo Regulador podrá fijar para cada campaña el porcentaje autorizado dentro del límite establecido, previo informe de los sectores interesados".

Este sistema de regulación de la oferta se ajusta a la tradicional idiosincrasia de la producción y comercialización de estos vinos de denominación de origen, puesto que su sistema de crianza está basado en la llamada «Ley del tercio», que da origen a un sistema dinámico de trasvases parciales entre criaderas y soleras -es decir, lo que se comercializa es el resultado de una mezcla de vinos criados de cosechas distintas y consecutivas-. Con este sistema se consigue una estandarización y estabilización de la calidad del vino, por combinación de varias cosechas antes de su expedición final.

Por lo tanto, la identidad y calidad de estos vinos están estrechamente relacionadas con la tradicional «Ley del tercio» y, en este sentido, el artículo 32.1 del Reglamento de 1977 no hace sino aproximarse a este criterio de calidad cuando fija un máximo del 40% de las existencias para su expedición para todas y cada de las bodegas crianza. En el Reglamento de 1977 a ese porcentaje limitado de existencias para expedición, se le podrá añadir todas las adquisiciones que se hagan de vinos de crianza en esa campaña. Es decir, no hay límite a las ventas de cada bodega, sino a las propias existencias que se pueden expedir y, como se trata de una norma de calidad y de identidad de estos vinos, es igual para todos.



Sin embargo, el 30 de mayo de 2006 el Consejo Regulador acordó un cambio en el sistema de cupos establecido en 1977. Así, lo convirtió en un sistema de cupos sobre ventas para las campañas 2006/07 y las tres siguientes, tal y como se transcribe en el Hecho Probado 5. La aplicación de este acuerdo se hizo circular para su cumplimiento. No obstante, dado que la Orden de 1977 no preveía este sistema de cupos, el cumplimiento y la aplicación final de la circular del Consejo Regulador fue paralizada meses después por la Consejería de Agricultura y Pesca, en tanto que exigía el cambio del Reglamento del propio Consejo Regulador.

Nuevamente, el 30 de enero de 2007, el Consejo Regulador acordó un nuevo sistema de cupo de ventas para las campañas 2006/07 a 2009/10 y asimismo aprobó una propuesta de modificación reglamentaria del artículo 32. La propuesta fue la siguiente, «Art. 32.1 Con el objetivo de defender y mejorar la calidad de los vinos, así como la imagen y el prestigio de la DO, el Consejo Regulador, previo informe de los sectores interesados, establecerá el porcentaje máximo de las existencias en crianza, ya sea biológica (bajo velo de flúor) u oxidativa, que puedan ser objeto de expedición como vinos amparados. Excepcionalmente, previa comunicación a la Consejería de Agricultura y Pesca, y a la vista de las circunstancias que concurren en el mercado, el Consejo Regulador podrá establecer, para la campaña anual o para varias campañas, porcentajes distintos para cada bodega de forma proporcional a sus ventas durante las últimas campañas, pudiendo además establecer porcentajes mínimos y máximos aplicables a todas las bodegas. El período de cómputo máximo para establecer la proporcionalidad a las ventas antes mencionada no podrá exceder las cinco campañas. En todo caso las bodegas inscritas nunca podrán expedir un porcentaje superior al 40% de las existencias de cada tipo de vino al comienzo de la campaña en la que se adopte el acuerdo. Las bodegas podrán, asimismo, adquirir para su expedición vinos criados de otras bodegas inscritas en los registros de Bodegas de Crianza.

La Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía mediante orden de 19 de febrero de 2007 (Boletín Oficial Junta de Andalucía de 27 de marzo de 2007) procedería a modificar la orden de 2 de mayo de 1977 y aprobaría la modificación del artículo 32.1 justificando la misma en la propia orden en los siguientes términos *" ante la evolución del mercado hace necesario que se establezcan medidas y mejoras en aras de lograr un equilibrio entre la oferta y la demanda para evitar la erosión del prestigio y la rentabilidad de todo el sector. En su virtud, a petición del Consejo Regulador de las Denominaciones «Jerez-Xéres- Sherry» y «Manzanilla-Sanlúcar de Barrameda» y previa propuesta de la Dirección General de Industrias y Promoción Agroalimentaria y en uso de las facultades que tengo conferidas, dispongo..."*

Es decir, aceptó finalmente el cambio regulatorio para que se pudieran aplicar plenamente los acuerdos de nuevo sistema de cupos fijado anteriormente por el Consejo Regulador.

A la vista de la normativa aplicable hasta febrero de 2007 no existe ningún precepto en el Reglamento (CE) 1493/1999 que establece la OCM del Vino, en la Ley 24/2003 de la Viña y el propio Reglamento de las Denominaciones de Origen Jerez y Manzanilla en su redacción anterior a la orden de 19 de febrero de 2007 que ampare las conductas realizadas referidas a la comercialización de productos BOB, y consistentes en la fijación de los precios mínimos de referencia para los productos BOB denominación de origen Jerez y Manzanilla, reparto de clientes BOB asignados a cada una de las empresas participantes en el cartel, e intercambio de información sensible relacionada con ventas en el extranjero, precios y clientes del producto BOB. Únicamente a partir de febrero de 2007 y como consecuencia de la aprobación de la orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía de 19 de febrero de 2007 (Boletín Oficial Junta de Andalucía de 27 de marzo de 2007) de modificación del Reglamento de la Denominación de Origen, puede afirmarse que la Junta de Andalucía a través de su Consejería de Agricultura contribuyó a dar apariencia de legalidad a las conductas referidas exclusivamente a la fijación de un cupo sobre ventas.

En cuanto a la incidencia de la intervención de la Junta de Andalucía al aprobar la modificación propuesta por el Consejo Regulador, considera esta Sala que no afecta a la existencia de la infracción pero sí que incide en la culpabilidad. Hay que tener en cuenta que estamos en el ámbito del derecho sancionador en el que un pilar esencial es la existencia de culpabilidad del sujeto infractor, siendo ese principio aplicable también al régimen sancionador del derecho de la competencia. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de abril de 2008 en la que se anuló la sanción impuesta por el Tribunal de **defensa de la competencia** al Consejo Profesional de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria por ausencia de culpabilidad dado la incertidumbre jurídica existente respecto al ejercicio de la función de intermediación. Se anuló una sentencia de esta Sala y sección indicando el Tribunal Supremo que el juzgador de instancia no ha respetado el principio de culpabilidad al considerar al Consejo General recurrente autor del ilícito tipificado en el artículo 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de **Defensa de la Competencia**, en relación con lo dispuesto en el artículo 1, porque este principio, que se garantiza en el artículo 25 de la Constitución como principio estructural básico del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 150/1991, de 4 de julio, que limita el ejercicio del ius punendi del Estado, exige que la imposición de la sanción se sustente



en la exigencia del elemento subjetivo de culpa para garantizar el principio de responsabilidad y el derecho a un procedimiento sancionador con todas las garantías (STC 129/2003, de 20 de junio).

En este caso no considera esta Sala que exista una ausencia de culpabilidad, que determine la anulación de la sanción sino una reducción de su importe ya que únicamente a partir de febrero de 2007 y como consecuencia de la aprobación de la orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía de 19 de febrero de 2007 (Boletín Oficial Junta de Andalucía de 27 de marzo de 2007) de modificación del Reglamento de la Denominación de Origen, puede afirmarse que la Junta de Andalucía a través de su Consejería de Agricultura contribuyó a dar apariencia de legalidad a las conductas referidas exclusivamente a la fijación de un cupo sobre ventas. En este sentido también la Comisión en el asunto Tabaco Crudo procedió a minorar la multa impuesta al considerar que el marco normativo aprobado por el Ministerio "podría generar un grado de incertidumbre considerable" entre las empresas del sector "en cuanto a la legalidad" de la negociación colectiva de los precios. (Decisión de la Comisión Europea de 20 de octubre de 2004, asunto COMP /C.38.238/B.2 Tabaco Crudo - España)."

Por este motivo se considera procedente tal como se ha realizado en recursos interpuestos por otros recurrentes referidos a la misma resolución reducir la sanción en un 30%. En este sentido citar la sentencia de 8 de marzo de 2013 dictada en el recurso 540/2010 cuyos razonamientos hemos seguido en este apartado.

D) Por último hace referencia al carácter confiscatorio de la multa ya que equivale prácticamente al 100% de los ingresos anuales de FEDEJEREZ.

Esta alegación ya ha sido analizada en sentencias anteriores de esta Sala sentencia de 18 de enero de 2011 (recurso 266/2009) y 20 de marzo de 2013 (recurso 520/10). Partiendo que en este caso dicha asociación aglutina 25 bodegas del Marco de Jerez, se considera que el presupuesto anual de la entidad sancionada no puede determinar en este caso una disminución del importe de la sanción ya que su dimensión económica no viene determinada por su presupuesto sino que debe tenerse en cuenta la capacidad económica de sus asociados siendo los miembros de esas entidades las que contribuyen con sus cuotas al sostenimiento de las mismas las que soportaran de forma indirecta el pago de la multa. De otro modo se perdería el carácter disuasorio de la multa ya que si se aceptara el criterio del recurrente bastaría constituir una entidad con personalidad jurídica propia con un limitado presupuesto por parte de entidades con superior capacidad económica para limitar el importe de las sanciones.

NOVENO: De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso, en el único extremo relativo al importe de la sanción de multa impuesta que deberá ser reducida en un 30%, por lo que el importe de la multa debe ser de 280.000 euros en vez de 400.000 euros.

De conformidad con el art. 139.1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción anterior a la operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, por haberse interpuesto el recurso antes de su entrada en vigor, 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

ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **LA FEDERACION DE BODEGAS DEL MARCO DE JEREZ (FEDEJEREZ)** contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 28 de julio de 2010 y en consecuencia se anula exclusivamente en la cuantía de la multa impuesta a FEDEJEREZ que deberá ser reducida a 280.000 euros. No se hace condena en 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.

PUBLICACIÓN .- La anterior sentencia fue leída y publicada en la forma acostumbrada por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente, hallándose constituido en audiencia pública, de lo que yo el Secretario, doy fe.