



RESOLUCIÓN

(Expediente MC 0002/08, Vinos de Jerez)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 30 de junio de 2008

El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejero ponente D. Emilio Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente de Medidas Cautelares 0002/08, como pieza separada del expediente sancionador 2779/07 iniciado por denuncia de "CRIADORES, ALMACENISTAS Y DISTRIBUIDORES DE VINOS DE JEREZ (CAYDSA), a la que se acumularon las de COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA, S.L y ZOILO RUIZ MATEOS, S.L., contra el CONSEJO REGULADOR DE LA DENOMINACIÓN DE ORIGEN "JEREZ-XÉRÈZ-SHERRY" y "MANZANILLA SANLÚCAR DE BARRAMEDA", por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en la adopción de acuerdos relativo al "Cupo de Ventas para las Campañas 2006/07, 2007/08, 2008/09 y 2009/10".

ANTECEDENTES DE HECHO

1. "CRIADORES, ALMACENISTAS Y DISTRIBUIDORES DE VINOS DE JEREZ (CAYDSA, Bodega de Crianza y Expedición de las Denominaciones de Origen "Jerez-Xérèz-Sherry" y "Manzanilla Sanlúcar de Barrameda"), formuló denuncia el 30 de abril de 2007 contra el CONSEJO REGULADOR DE LA DENOMINACIÓN DE ORIGEN "JEREZ-XÉRÈZ-SHERRY" y "MANZANILLA SANLÚCAR DE BARRAMEDA" (CONSEJO REGULADOR), por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, derogada por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), consistentes en la adopción de acuerdos relativos al "Cupo de Ventas para las Campañas 2006/07, 2007/08, 2008/09 y 2009/10".



La Dirección de Investigación (DI) conforme a lo dispuesto en el artículo 49 LDC realizó una información reservada y a la vista de su resultado acordó la incoación del expediente sancionador 2779/07 con fecha 11 de enero de 2008.

2. El 6 de febrero de 2008, se recibe en la DI escrito de solicitud de ampliación del Acuerdo de incoación de expediente 2779/07 presentado por el COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA, S.L (BELLAVISTA) y ZOILO RUIZ MATEOS, S.L. (ZOILO RUIZ MATEOS) por supuestas conductas prohibidas por la LDC y por el artículo 81 del TCE, consistentes en la adopción por parte del CONSEJO REGULADOR, con fecha 4 de diciembre de 2007, de un Acuerdo relativo al "Cupo de Ventas para la Campaña 2007/08 (Circular 1/2008 del Consejo)". La DI a la vista de que el denunciado y los hechos denunciados son los mismos que estaban siendo analizados en el marco del expediente 2770/07, acordó el 26 de febrero de 2008 la ampliación del acuerdo de incoación del citado expediente tanto por artículo 1 LDC como por el 81 TCE al considerar que los hechos pueden afectar al comercio intracomunitario, considerando también interesados a los segundos denunciados.

En el marco de esta segunda denuncia el COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA, S.L y ZOILO RUIZ MATEOS, S.L. comunican lo siguiente:

- solicitud de medida cautelar (MC), previa a la demanda, formulada el 30 de enero de 2008 ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz, Autos 88/08, consistente en la cesación de efectos del Acuerdo del CONSEJO REGULADOR, adoptado el 4 de diciembre de 2007 y comunicado mediante la Circular 1/2008.
- interposición de un recurso administrativo el 31 de enero de 2008, contra el mencionado Acuerdo del CONSEJO REGULADOR, también con petición cautelar.

En la denuncia se solicita también a la CNC que intervenga ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz en el procedimiento de MC previas, así como la adopción por parte de su Consejo de una MC que suspenda la ejecución del Acuerdo del CONSEJO REGULADOR de 4 de diciembre de 2007 sobre "Cupo de Ventas para la Campaña 2007/08".

El 13 de marzo de 2008, el CONSEJO REGULADOR ha presentado escrito de alegaciones ante la DI al considerar que la conducta que se le imputa no constituye infracción administrativa.

El 17 de marzo de 2008, la DI ha procedido a informar al Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz sobre los antecedentes y actuaciones que se realizan en el marco del expediente sancionador 2779/07, que guardan una relación directa con la solicitud de MC previas 88/2008 presentada ante ese Juzgado.

El 22 de abril 2008, el CONSEJO REGULADOR ha presentado a la DI otro escrito de alegaciones a la vista del informe remitido al citado Juzgado así como con objeto de clarificar ciertas cuestiones que considera relevantes.

El 5 de marzo de 2008, la DI remitió al Presidente del Consejo de la CNC propuesta de denegación de las medidas cautelares solicitadas por BELLAVISTA y ZOILO RUIZ



MATEOS.

3. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia adoptó Acuerdo de admisión a trámite del expediente en su sesión plenaria el día 13 de mayo de 2008, lo que fue comunicado el 16 de mayo de 2008. Además, designó Ponente, y acordó dar traslado de la propuesta de Medida Cautelar a los interesados, a fin de que pudieran formular alegaciones por escrito y presentar documentos, dentro del plazo de cinco días que establece el artículo 41.3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprobó el Reglamento de Defensa de la Competencia.
4. El 26 de mayo de 2008, se recibe escrito de alegaciones de COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA, S.L y ZOILO RUIZ MATEOS, S.L. Previamente señala que la medida cautelar (MC) se refiere exclusivamente al Acuerdo de 4 de diciembre de 2007 que fija los cupos para la campaña 2007/08 que se aprobó con efectos retroactivos el 4 de diciembre de 2007 al despegar sus efectos desde el 1 de septiembre de 2007.

Primera. Da por reproducidos los argumentos de su escrito de 6 de febrero de 2008 que proponía la adopción de medidas cautelares.

Segunda. Detalla los elementos que deben concurrir para la adopción de la MC:

- A) La apariencia de buen derecho o "fumus boni iuris". Considera fundada esta presunción y adecuado el razonamiento de la Dirección de Investigación (DI) que llega a la conclusión *prima facie* de que las conductas denunciadas podrían tener por objeto restringir la competencia en el mercado de vino de Jerez al fijar cupos de venta que limitan la producción y la distribución y suponen un reparto de mercado (las grandes bodegas tendrían garantizado el mercado, pero no las nuevas bodegas). Señala que el objeto de la MC es defender los intereses de las empresas bodegueras perjudicadas y salvaguardar el libre juego de la competencia, en tanto la no suspensión del acuerdo pondría en peligro la protección del interés público.
- B) Peligro en la demora o "periculum in mora". Comparte también el criterio de la DI de que el peligro en la demora concurre en este caso (probablemente el expediente no podrá resolverse antes del 11 de julio de 2009 y una eventual condena indemnizatoria no sería una solución satisfactoria) y existe el peligro que se adopten nuevos acuerdos que reduzcan todavía más la competencia entre las bodegas.
- C) Reversibilidad de la medida. Considera incongruente la afirmación de la DI de que la MC adolece de las notas de instrumentalidad y reversibilidad que garanticen la eficacia de la resolución que se dicte. Sin embargo, la DI establece que la falta de una pronta adopción de medidas cautelares lesionaría el bien jurídico de la protección de la competencia, con lo que implícitamente reconoce que el daño a la competencia sería irreversible, pero a la vez señala que una eventual MC de suspensión provocaría también una situación irreversible, ya que afectaría a la campaña 2007/2008 y a la siguiente 2008/2009.

En su opinión, la disyuntiva es sólo aparente ya que ni existe tal irreversibilidad ni se estaría prejuzgando el fondo del asunto. Se trata de que el expediente administrativo 2779/07 abarca varias campañas, mientras que la MC solicitada sólo la de 2007/2008. Se sorprende de que la DI considere que la posible adopción de la



medida cautelar de suspensión del Acuerdo del CONSEJO REGULADOR supondría prejuzgar los aspectos sustantivos de la resolución que en su momento se dicte. La jurisprudencia ha establecido que una Corporación Pública como el CONSEJO REGULADOR actuaría en este caso como operador económico a lo que hace referencia la propia DI.

Bajo el epígrafe “sobre el juego ponderativo de los intereses y bienes jurídicos en juego” señala que la no adopción de la MC vaciaría de contenido el artículo 54 LDC que trata de asegurar la efectividad de la Resolución definitiva que en su día se dicte, para lo que trae a colación el F.D. Cuarto de la Resolución del TDC de 30 de mayo de 2006 en la que se autoriza la MC de orden de cesación de una conducta anticompetitiva por resultar necesaria y proporcionada, ya que en otro caso se ocasionaría un grave daño al interés público.

Tercera. Afirma que las actuaciones relativas a la MC solicitada también ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz se encuentran suspendidas y no presentan visos de continuación a corto plazo.

Cuarta. Señala su disposición a constituir fianza razonable si el Consejo de la CNC la considera necesaria para garantizar el principio de equilibrio.

5. El 27 de mayo de 2005, la Secretaría del Consejo de la CNC envía de nuevo la propuesta de medidas cautelares de la Dirección de Investigación, así como el Acuerdo del Consejo de 16 de mayo de 2005 a la representación de CAYDSA al haber sido devuelta la notificación previamente enviada por el Servicio de Correos con indicación de destinatario desconocido.
6. El 29 de mayo de 2005, se recibe escrito de alegaciones del CONSEJO REGULADOR DE LA DENOMINACIÓN DE ORIGEN “JEREZ-XÉRÈZ-SHERRY” y “MANZANILLA SANLÚCAR DE BARRAMEDA” en el que inicialmente se detalla la tramitación del expediente hasta que el Consejo de la CNC concede plazo para la presentación de alegaciones, y manifiesta su acuerdo con la conclusión final del Informe de la DI que no es favorable a la adopción de la MC. Alega, en síntesis, lo siguiente:

1. Ausencia de *fumus boni iuris* en lo que respecta a la presunta ilicitud de la resolución denunciada. En su opinión, sin haberse identificado los datos relevantes en que se basa, se aplica una institución como la de *fumus boni iuris* que presupone la realización de una conducta infractora, lo que estima no admisible cuando se está en el ámbito punitivo penal o administrativo.

A estos efectos recuerda la doctrina del TC y del TS en relación a que la presunción de inocencia opera también en el ámbito sancionador administrativo, por lo que no respetarlo vulneraría el artículo 24 de la Constitución por lo que solicita se excluya cualquier referencia a esta cuestión. Aparte de lo anterior, echa en falta un análisis de los sólidos argumentos que ya se han alegado anteriormente, que enumera sucintamente: a la Resolución Denunciada no le es aplicable la prohibición del artículo 1 LDC y artículo 81 TUE por resultar de la aplicación de unas Leyes (una nacional, otra autonómica y una tercera comunitaria) por lo que se beneficia de la exención legal del artículo 4.1 LDC; porque la misma se adoptó de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento comunitario que regula la Organización Común del



141

Mercado (OCM) vitivinícola, que permite expresamente a organizaciones como el CONSEJO REGULADOR “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”; porque la Resolución Denunciada no tiene por objeto ni consecuencia afectar a la competencia a través de un reparto de mercado, sino llevar a cabo un ajuste sectorial de la oferta ni tampoco falsear la competencia a través de una fijación indirecta de precios. Estos argumentos refutan la pretendida apariencia de buen derecho, que el TS (Sentencia de 28 de junio de 2000) condiciona a que “aparezcan datos relevantes que justifiquen que pueda apreciarse dicha apariencia sin necesidad de efectuar un análisis en profundidad del acto impugnado”. La DI lejos de confirmar la existencia de datos relevantes, se conforma con hacer una primera valoración para enmarcarlos presuntamente entre la conductas prohibidas del artículo 1 LDC, además de que se no se cumple tampoco el requisito exigido por la jurisprudencia de la falta de una contestación seria, ya que ello no podría afirmarse sin haber realizado un estudio en profundidad del acto impugnado.

Además, estima que aunque sea innecesario realizar consideraciones adicionales cuando se trata de la suspensión de un acto administrativo, la aplicación de la doctrina de la apariencia de buen derecho exige, según la jurisprudencia del TS, que se haya declarado previamente la nulidad de pleno derecho de la norma en cuya ejecución se adoptó el acto administrativo (o, cuando menos, anulado otro idéntico), lo que no ha sucedido en este caso.

2. El CONSEJO REGULADOR es una Corporación de Derecho Público (no una mera asociación de operadores) que en este caso ha actuado facultada por la propia Administración, como la propia DI señala. Y se insiste en que tiene encomendada por Ley la representación, defensa, garantía, investigación y desarrollo de los mercados y la promoción de los vinos amparados por su denominación de origen (de todo el sector, no de intereses individuales).
3. La Resolución Denunciada forma parte de las facultades de naturaleza pública delegadas por la Administración al CONSEJO REGULADOR, por lo que es un acto administrativo y no un mero acuerdo entre operadores, como establece la STS de 14 de enero de 2003 en el Asunto Federico Paternina que señala que los Consejos Reguladores son Corporaciones Profesionales de derecho público, que tienen delegadas ciertas facultades de naturaleza pública, y se demuestra con el recurso que Paternina interpuso contra la Circular 6/2007 del CONSEJO REGULADOR mediante la que se aprobaba la Resolución Denunciada, y con el acuerdo de incoación de procedimiento del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de junio de 2007 contra la Consejería de Agricultura y Pesca, de la Junta de Andalucía, que le atribuye la consideración de acto administrativo.
4. La Resolución Denunciada no tiene por objeto ni como consecuencia un reparto de mercado, sino un ajuste de la oferta a la demanda en el mercado de conformidad con lo dispuesto en la Ley. Sin perjuicio de las alegaciones al respecto que ya se han efectuado, se acredita en las mismas de forma indubitada que los efectos en el



mercado de dicha Resolución no pueden sino calificarse, desde la perspectiva del respeto al juego de la competencia, como positivos o cuando menos neutros.

7. Transcurrido el plazo concedido no se han recibido alegaciones de CAYDSA.
8. El Consejo deliberó y falló sobre este asunto en su sesión de 19 de junio de 2008.
9. Son interesados:
 - “CONSEJO REGULADOR DE LA DENOMINACIÓN DE ORIGEN “JEREZ-XÉRÈZ-SHERRY” y “MANZANILLA SANLÚCAR DE BARRAMEDA”
 - “CRIADORES, ALMACENISTAS Y DISTRIBUIDORES DE VINOS DE JEREZ (CAYDSA)
 - COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA, S.L
 - ZOILO RUIZ MATEOS, S.L.

HECHOS PROBADOS

1. El CONSEJO REGULADOR es una Corporación de Derecho Público que tutela las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérèz-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda” que representa a los sectores profesionales de la Denominación de Origen, esto es, bodegueros embotelladores, almacenistas, viticultores independientes y miembros de cooperativas. Su Pleno es el resultado de las elecciones celebradas de acuerdo con la Orden de 22 de junio de 2005 de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía y lo componen 21 vocales (18 se eligen democráticamente) de los que 9 representan al sector productor (viticultores) debiendo proceder 3 necesariamente de organizaciones cooperativistas, y otros 9 del sector comercializador (8 representantes de las Bodegas de Crianza y Expedición y 1 de las Bodegas de Crianza y Almacenado). Los vocales electos eligen un Presidente, proponiendo su nombramiento a la Junta de Andalucía y asistiendo a sus deliberaciones en Pleno un representante de dicha Junta.

Sus funciones se conforman con arreglo a la Ley 25/1970 de 2 de diciembre, de Estatuto de la Viña, el Vino y de los Alcoholes, derogada por la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y el Vino, aunque permanece en vigor lo referente a los Consejos Reguladores según su Disposición Derogatoria Única.

El Reglamento de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérèz-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda” (aprobado por O.M. de Agricultura de 2 de mayo de 1977, BOE 113/1977, de 12 de mayo) fijaba un límite a la posibilidad de ventas de las existencias por campaña de cada bodega (40% de las existencias de vino en crianza).

La Ley 24/2003 de la Viña y del Vino establece en el art. 26.1.d) que los órganos de gestión de los vinos de calidad producidos en una región determinada, para el cumplimiento de sus fines, deben desempeñar, entre otras, la función de “adoptar, en el marco del reglamento del v.c.p.r.d., el establecimiento para cada campaña, según los 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". La disposición final segunda.2.b).1º de esta misma Ley, dispone que este precepto transcrito constituye legislación básica del Estado dictada al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.13ª de la Constitución.

La Ley 10/2007 de Andalucía, de 26 de noviembre, de Protección del Origen y la Calidad de los Vinos de Andalucía establece en su artículo 21 que los fines de los órganos de gestión son la representación, defensa, garantía, formación, investigación, desarrollo e innovación de mercados y promoción tanto de los vinos amparados como del nivel de protección, fijando sus funciones, entre otras, orientar la producción y calidad y promocionar e informar a los consumidores, velar por el prestigio y adoptar en el marco del reglamento del vino de calidad producido en regiones determinadas, "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, de transformación y de comercialización en caso de autorización, la forma y condiciones de riego, o cualquier otro aspecto de coyuntura anual que pueda influir en estos procesos". El art. 2.c) de esta Ley establece qué se debe entender por "comercialización" a efectos de la misma: "la posesión, tenencia, almacenaje o depósito de productos y de materias y elementos para la producción y la distribución con el objetivo de venderlos, de ofrecerlos a la venta o de someterlos a cualquier otra forma de transferencia o cesión, gratuita o no, para las personas consumidoras".

2. Por Orden de 19 de febrero de 2007 (BOJA de 7 de marzo) de la Consejería de Agricultura y Pesca de Andalucía se modificó el artículo 32.1. del Reglamento de 2 de mayo de 1977, en el sentido de que el CONSEJO REGULADOR, excepcionalmente y previa comunicación a la Consejería de Agricultura y Pesca, "...podrá establecer, para la campaña anual o para varias campañas, porcentajes 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...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".

Sobre la base de la modificación de la normativa sectorial, con fecha 30 de enero de 2007 el Consejo Regulador adoptó un Acuerdo en el que se fijaba un "cupo de ventas plurianual" para las campañas 2006/07, 2007/08, 2008/09 y 2009/2010, difundido mediante Circular 6/2007 de 9 de marzo, aplicable desde el 1 de septiembre de 2006 fecha de inicio de la campaña. En el Acuerdo se fijaban las expediciones de las cuatro campañas siguientes y se establecía un sistema de cálculo en base a la media de ventas de cada bodega las cinco campañas anteriores sobre cuyo resultado se aplicaba un coeficiente corrector del 91%. Al volumen así resultante se le fijaban un límite máximo y mínimo, respectivamente, del 37% y 22% de las existencias de cada bodega de "crianza y expedición" al inicio de cada campaña (para las de "crianza y almacenado" operaba sólo el límite del 37%), aunque el 22% operaba únicamente en el caso de que el volumen resultante tras el nuevo sistema de cálculo fuera inferior al mismo. El cupo permite a las bodegas con insuficiencia de cupo a adquirir



144

cupo de otras bodegas con exceso de cupo o sin interés de utilizarlo.

El cupo de ventas para la campaña 2007/08 fue modificado por Acuerdo del Consejo Regulador de 4 de diciembre de 2007, difundido por Circular 1/2008 de 10 de enero, de forma que el sistema de cálculo correspondiente a dicha campaña se fijaba en el 88% en lugar del 91% y se eliminaba el porcentaje mínimo del 22%.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. El Consejo de la Comisión Nacional de Competencia debe resolver si resulta procedente acceder a la solicitud del COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA, S.L (BELLAVISTA) y ZOILO RUIZ MATEOS, S.L. (ZOILO RUIZ MATEOS) de adoptar una Medida Cautelar que suspenda exclusivamente el Acuerdo del CONSEJO REGULADOR de 4 de diciembre de 2007 que fija cupos de ventas para la campaña 2007/2008.

2. El artículo 54 LDC establece que “una vez incoado el expediente, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte”. Este precepto ha sido objeto de desarrollo a través de los artículos 40 (sobre clases de medidas cautelares) y 41 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado mediante el RD. 261/2008, de 22 de febrero.

El artículo 41.1 RDC dispone que si las medidas cautelares hubieran sido solicitadas por los interesados la Dirección de Investigación, en el plazo de dos meses, “...elevará la propuesta al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, sin perjuicio de lo cual la petición sólo podrá entenderse desestimada por silencio negativo transcurrido el plazo máximo de tres meses...”.

A la vista de estos preceptos y del objetivo de la Ley 15/2007 de separar con claridad instrucción de resolución (párrafos 19 a 24 de la Exposición de Motivos), el Consejo considera que, incoado expediente sancionador, toda propuesta de medida cautelar solicitada por los interesados debe ser elevada, junto con su Propuesta de Resolución, al Consejo para resolver sobre su procedencia o improcedencia conforme a Derecho.

3. En su escrito de propuesta de denegación de la medida cautelar solicitada de 5 de mayo de 2008, apoyándose en la Resolución del TDC de 30 de mayo de 2006 (exp. MC 35/06, Excursiones Puerto de Soller), la DI subraya que la concesión de medidas cautelares requiere la concurrencia de las condiciones o presupuestos siguientes:

- a) Que se haya incoado por el Servicio (ahora *Dirección de Investigación*) el correspondiente expediente sancionador (principio de accesoriadad); b) que se aprecie *prima facie* en el expediente que las conductas objeto del mismo son anticompetitivas (principio de apariencia de buen derecho); c) Que esas conductas están causando perjuicios al mercado que, si no se atajan de inmediato, pueden restar eficacia a la Resolución que se dicte en el expediente principal (principio de peligro en la demora); d) que exista una propuesta del Servicio, bien de oficio bien a instancia de los



interesados; e) que se dé audiencia a los interesados (principio contradictorio); f) que se adopten en un plazo muy breve y con simplificación de trámites (procedimiento sumario y de urgencia); g) que las medidas adoptadas no ocasionen perjuicios irreparables ni violen derechos fundamentales, además, que exista la posibilidad de exigir fianza a quién haya solicitado la medida cautelar (principio de equilibrio); y h) que el plazo para el que se concedan las medidas cautelares no exceda de seis meses.”, exigencia que no se contiene en la actual LDC 15/2007.

La Dirección de Investigación en su Informe señala que habiendo sido incoado expediente sancionador, debe analizar la concurrencia de los apartados b), c) y g).

Respecto al principio de apariencia de buen derecho o verosimilitud de las conductas denunciadas, la DI considera que en una primera valoración se enmarcarían presuntamente en las conductas prohibidas por el artículo 1.1 LDC, pues podrían tener por objeto restringir la competencia en el mercado del vino de Jerez, al fijar directamente condiciones comerciales que limitan la producción y la distribución y suponen a la vez un reparto de mercado.

El Consejo de la CNC considera acertada esta valoración de la DI. Como ha señalado de forma reiterada el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia en numerosas resoluciones y de forma reciente este mismo Consejo en la Resolución del Expte. MC/01/08 Residuos sanitarios 2, el requisito del *fumus delicti commissi* exige una cierta seguridad respecto de la existencia *prima facie* de una conducta que resulta incurso en alguna de las prohibiciones de LDC. En este mismo sentido, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el fundamento de derecho 4º de su sentencia de 7 de marzo de 2008, subraya que la adopción de una medida cautelar “es independiente de la conclusión final que se adopte en relación con la efectiva realización de una conducta infractora, esto es, puede no concurrir el elemento subjetivo, puede no ser la conducta subsumible en el tipo infractor, puede ser autorizable, pero en todo caso, para adoptarlas, debe existir un expediente en el cual se investigan unos hechos que, *prima facie*, podrían ser constitutivos de infracción administrativa, y que los mismos podrían causar perjuicios en entidad suficiente y cuya continuación podría hacer ineficaz la Resolución que se dictase”. Pues bien, el expediente sancionador existe y ha sido incoado por la DI porque, de conformidad con el art. 49 LDC, ha observado que los hechos denunciados (sobre cuya existencia no existe controversia) presentan indicios racionales de constituir una infracción del art. 1 LDC, susceptible de estar causando los perjuicios o daños para el orden público económico.

En todo caso, cabe señalar que el nuevo Acuerdo del Consejo Regulador de 4 de diciembre de 2007, difundido por Circular 1/2008 de 10 de enero, objeto de la medida cautelar solicitada, añade reducciones adicionales y con efectos retroactivos al volumen del cupo de ventas fijado para la campaña 2007/2008 iniciada más de cuatro meses antes.

En cuanto al principio de peligro en la demora de la Resolución final del expediente sancionador, la Dirección de Investigación recoge que el TDC en su Resolución de 10 de diciembre de 1997 (Exp. MC 22/97, Contenedores Tenerife) configura el mismo por los peligros de infructuosidad y de tardanza, estimando que en el caso que nos ocupa posiblemente se producirían ambas circunstancias. Así el plazo para dictar resolución de



acuerdo con el artículo 36 LDC expira el 11 de julio de 2009, y dada la complejidad de la investigación en los supuestos acuerdos de reparto de mercado, probablemente este plazo no puede acortarse de forma significativa, por lo que en caso de que se llegase a declarar que el acuerdo que modifica el cupo de ventas para la campaña 2007/2008 es anticompetitivo, su efectividad sería nula dado que la campaña ya habría pasado. El Consejo coincide con esta valoración de la DI, que es la que expresó en su Resolución de 7 de mayo de 2008 (Expte. MC/01/08, Residuos sanitarios 2), y que es también la manifestada por la Audiencia Nacional en la citada sentencia de 7 de marzo de 2008.

Respecto a la irreversibilidad de la medida, la Dirección de Investigación la analiza en función de lo dispuesto en la Resolución del TDC de 2 de octubre de 2006 (Expte. Axión-Abertis) en la que se establece que la petición del Servicio de Defensa de la Competencia no se ajusta a las exigencias de la institución cautelar, ya que: *"[...] a la medida cautelar así planteada se le otorga una operatividad inmediata que tiene como resultado la modificación del mercado, [...] de tal manera que al tiempo que se reconoce a esta medida autonomía [...] se la priva del carácter cautelar con el que formalmente se ha propuesto, de asegurar la eficacia de la resolución que recaiga en el procedimiento principal, con quiebra de la nota de instrumentalidad prevista en el artículo 45.1 de la LDC. La falta de adecuación a la norma en aspecto tan fundamental de la institución cautelar determina, asimismo, la inaplicación del régimen legal previsto en el citado precepto, de forma que no tiene cabida la nota de provisionalidad porque la medida de ejecución inmediata tiene vocación de decisión definitiva; y por este motivo no pueden tener realidad los principios de temporalidad –la medida se agota en sí misma, una vez ejecutada- y de variabilidad –porque en la propuesta remitida no admite modificación-. Por otra parte, conviene no olvidar que esta medida, en el supuesto de adopción en el sentido que ha sido propuesta, ocasiona una transformación del mercado de referencia de tal alcance que la evolución del mercado sería imposible de invertir posteriormente en el caso de no prosperar la denuncia que ha dado origen al procedimiento principal, sin posibilidad de resarcir, en su caso, los perjuicios derivados de la ejecución de la medida mediante la fianza correspondiente, que en este caso no procede por imperativo de la LDC (art. 45.1), al haber sido solicitada por el Servicio de oficio"*.

La DI considera por su argumentación que no puede concluir de manera cierta que la medida cautelar de suspensión del Acuerdo de 4 de diciembre de 2007 del Consejo Regulador solicitada no prejuzgue los aspectos sustantivos de la resolución que en su día se dicte, ni la irreversibilidad de la medida por sus efectos sobre la campaña en curso (2007/2008), planteamiento que el Consejo de la CNC no comparte.

Por lo que se refiere a la duda de la DI de que "no puede concluirse con certeza que la medida cautelar no prejuzgue los aspectos sustantivos de la resolución que en su día se dicte", conviene citar de nuevo la opinión de la Audiencia Nacional en su sentencia de 7 de marzo de 2008 en el sentido de que "la adopción de las medidas cautelares es independiente de la conclusión que se adopte en relación con la efectiva realización de la conducta infractora", pues como resulta del propio art. 54 LDC la adopción de cualquier medida cautelar exige únicamente: 1) la aparente existencia de unos hechos que *prima facie* pueden ser subsumidos en una de las infracciones tipificadas por la Ley, de ahí que el precepto exija la existencia de un expediente sancionador, que la DI sólo puede incoar cuando se



observan indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas (*fumus delicti commissi*), y 2) que exista *periculum in mora* en la no adopción de la medida cautelar solicitada o propuesta, esto es, en palabras del legislador, que “las medidas cautelares sean necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte”. A estos dos presupuestos sustantivos fundamentales de la institución cautelar, el art. 40.2 RDC añade el no menos importante de que “No se podrán adoptar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales”.

En lo relativo a su opinión de la irreversibilidad de la medida cautelar solicitada “dado que se suspenderían los efectos sobre la campaña actualmente en marcha (2007/2008) y sobre la siguiente (2008/2009), no siendo posible invertir la evolución del mercado que se produciría en caso de suspensión”, el Consejo no comparte esta valoración de la DI. La adopción de la MC propuesta por BELLAVISTA y ZOILO RUIZ MATEOS supone volver a la situación en que se encontraba el mercado antes de la decisión que ha dado lugar al expediente cautelar, de modo que su efecto no sería otro que el de mantenimiento del “statu quo” anterior (también, *prima facie*, considerado restrictivo por la DI). Por el contrario, la aplicación y ejecución del Acuerdo del Consejo Regulador que es objeto de este expediente cautelar sí es apta para producir efectos (retroactivos) irreversibles en la competencia, en su doble aspecto de principio rector de la economía de mercado y como la primera y más importante forma en que se manifiesta el ejercicio de la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 de la Constitución. Por ello, el Consejo de la CNC no considera que la adopción de esta medida cautelar pueda originar, ya sea al Consejo Regulador o a las bodegas de las denominaciones de origen “Jerez-Xérès-Sherry” y “Manzanilla de Sanlúcar de Barrameda” perjuicios que no sean reparables, por cuanto se trata de permitir a todas las bodegas, y no sólo a las solicitantes de la medida cautelar, el ejercicio de la libertad de empresa en relación al acuerdo del Consejo Regulador de 30 de enero de 2007, sobre cuya licitud antitrust se pronunciará la Resolución final del expediente sancionador.

Esta no era la naturaleza ni los efectos en el mercado de la medida cautelar propuesta por el Servicio de Defensa de la Competencia (Servicio) al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en el Expte. MC 36/06 Axió-Abertis. Aquí el TDC no adoptó la medida cautelar en su Resolución de 2 de octubre de 2006 porque, precisamente, ésta tendría como resultado “una transformación del mercado de referencia de tal alcance que la evolución sería imposible de invertir posteriormente en el caso de no prosperar la denuncia que ha dado origen al procedimiento principal, sin posibilidad de resarcir, en su caso, los perjuicios derivados de la ejecución de la medida mediante la fianza correspondiente, que en este caso no procede por imperativo de la LDC (art. 45.1), al haber sido solicitada por el Servicio de oficio”. En concreto, se proponía que el TDC declarase cautelarmente la no aplicación de las penalizaciones previstas en los contratos de prestación del servicio de transporte y difusión de la señal audiovisual firmados entre Abertis y distintos operadores de televisión para el caso de resolución unilateral y anticipada de los mismos, y que a juicio del Servicio tenían por objeto evitar la entrada de Axion en el mercado nacional perpetuando la situación monopolista que existía. Pero es que además, en ese caso, el TDC apreciando la existencia de *fumus delicti commissi* consideró que no concurría el presupuesto del *periculum in mora* al haber impuesto la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones a Abertis la obligación



de dar acceso a Axion a aquellas instalaciones consideradas esenciales.

Por último, resulta oportuno resaltar que a diferencia de la anterior Ley 16/1989 (art. 45.1 al final) ni la vigente LDC ni su RDC prevén la facultad del Consejo de exigir la prestación de fianza a los interesados que soliciten la medida cautelar, pues para adoptar una medida cautelar en este sector del ordenamiento jurídico no basta con que los hechos que motivaron la incoación del expediente sancionador causen un perjuicio al solicitante de difícil o imposible reparación si la resolución definitiva del expediente declara la existencia de infracción de la LDC, sino que es presupuesto *sine qua non* de adopción de la medida cautelar que tales hechos deben estar causando una lesión al interés público libre competencia en el mercado de tal entidad que puede hacer ineficaz la resolución que se dicte.

4. Señala la Dirección Investigación adicionalmente que también se ha solicitado la medida cautelar ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Cádiz y que el CONSEJO REGULADOR DE LA DENOMINACIÓN DE ORIGEN "JEREZ-XÉRÈZ-SHERRY" y "MANZANILLA SANLÚCAR DE BARRAMEDA" ha interpuesto recurso de reposición contra la Providencia del Juzgado de fecha 5 de febrero de 2008 en la que sin audiencia del interesado se denegaba la medida cautelar y citando a las partes a una comparecencia el día 3 de marzo de 2008, aunque luego fue aplazada, siendo probable que la vista se produzca en un futuro próximo. Esta circunstancia tampoco impide ni dificulta la adopción de la MC en este expediente, pues, de acuerdo con lo previsto en la nueva LDC, el procedimiento judicial ante el Juzgado de lo Mercantil y este expediente deben tramitarse simultáneamente en toda su extensión y efectos, sin perjuicio de la cooperación necesaria entre el Juzgado y esta CNC según lo previsto en el artículo 16 LDC.
5. En consecuencia de todo lo anterior, este Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia dado que no comparte el criterio de la Dirección de Investigación de que no puede asegurarse que la adopción de la Medida Cautelar solicitada prejuzgue la resolución del expediente sancionador que en su día se dicte, y en atención a su limitado ámbito y a los demás argumentos expuestos, considera que debe concederse la misma.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el **CONSEJO DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA**

RESUELVE

Único.- Acceder a la solicitud de adopción de la Medida Cautelar solicitada por el COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA, S.L.U. Y ZOILO RUIZ MATEOS S.L. de suspensión del Acuerdo de 4 de diciembre de 2007 que fija cupos de venta para la Campaña 2007/2008, ordenándole que lo deje sin efecto hasta que se dicte la Resolución en el expediente principal.



Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella Recurso Contencioso-Administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de DOS MESES a contar desde el siguiente al de su notificación.