

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA**Expte. VS/0091/08, VINOS FINOS DE JEREZ, empresa BODEGAS BARBADILLO S.L.****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidente**

D. José María Marín Quemada

ConsejerosD^a. María Ortiz AguilarD^a Clotilde de la Higuera GonzálezD^a. María Pilar Canedo Arrillaga**Secretario del Consejo**

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 22 de marzo de 2018

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, resuelve la siguiente Resolución en el Expediente VS/0091/08, VINOS FINOS DE JEREZ, cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2017 (recurso 1231/2014). En ella se estima parcialmente el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de enero de 2014 (recurso 544/2010) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa BODEGAS BARBADILLO S.L. (en adelante BARBADILLO) contra la Resolución del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia de 28 de julio de 2010 (Expediente S/0091/08).

Sumario:

I. ANTECEDENTES DE HECHO	2
II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.....	3
PRIMERO. Habilitación competencial.....	3
SEGUNDO. Sobre la ejecución de Sentencia del Tribunal Supremo.....	4
TERCERO. Sobre la determinación de la sanción	5
A. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 28 de julio de 2010.....	5
B. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo	6
C. Determinación de la sanción a BARBADILLO.....	7
HA RESUELTO	8

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 28 de julio de 2010, en el expediente S/0091/08 VINOS FINOS DE JEREZ, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), dictó una resolución en que acordaba:

“PRIMERO.- Declarar que COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA, S.L.U Y ZOILO RUIZ MATEOS S.L., BODEGAS GONZÁLEZ BYASS SA, BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ, SA, BODEGAS WILLIAMS & HUMBERT SA, BODEGAS EMILIO LUSTAU, SA, BODEGAS BARBADILLO, S.L, CAYDSA, BODEGAS J. FERRIS M. C.B., BODEGAS PEDRO ROMERO, FEDERACIÓN DE BODEGAS DEL MARCO DE JEREZ Y CONSEJO REGULADOR DE LAS DDOO "JEREZXÉRES-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 esta Resolución.

SEGUNDO.- Imponer las siguientes sanciones:

-

A BODEGAS BARBADILLO S.L., novecientos mil euros (900.000 €).

.....

TERCERO.- Intimar a COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA, SLU Y ZOILO RUIZ MATEOS S.L., BODEGAS GONZÁLEZ BYASS SA, BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ, SA, BODEGAS WILLIAMS & HUMBERT SA, BODEGAS EMILIO LUSTAU, S.A., BODEGAS BARBADILLO, S.L., CAYDSA, BODEGAS J. FERRIS M. C.B., BODEGAS PEDRO ROMERO, FEDERACIÓN DE BODEGAS DEL MARCO DE JEREZ Y CONSEJO REGULADOR DE LAS DDO "JEREZ-XÉRÉSSHERRY" "MANZANILLA SANLÚCAR DE BARRAMEDA" para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

CUARTO.- Instar a la Dirección de Investigación para que vigile y cuide del cumplimiento de esta Resolución.”

2. La resolución fue notificada a BARBADILLO el 29 de julio de 2010 (folio 144.1.4). La empresa interpuso recurso contencioso administrativo (544/2010), contra la resolución y solicitó como medida cautelar la suspensión de su ejecución.

Mediante Auto de 9 de diciembre de 2010 la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía en forma de aval bancario por importe de 900.000 euros, que fue declarada suficiente por Oficio de 28 de enero de 2011.

Mediante Sentencia de 15 de enero de 2014, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente, en cuanto a la cuantificación de la multa, el recurso (544/2010) interpuesto por BARBADILLO contra la Resolución de la CNC.

3. Tanto la CNC como Barbadillo interpusieron recurso de casación (1231/2014) contra la resolución de la AN que fue resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo el 24 de febrero de 2017. El alto tribunal mantuvo la estimación parcial del recurso acordada por la Audiencia Nacional en lo que se refiere al importe de la multa, pero no compartió la reducción contenida en la sentencia de la Audiencia, sino que ordenó a la CNMC cuantificar la multa de acuerdo a los criterios establecidos por la jurisprudencia para aplicar los artículos 63 y 64 de la Ley de Defensa de la Competencia¹.

4. El 23 de octubre de 2009 el Consejo de la CNC había requerido a Barbadillo la aportación de información sobre su volumen de negocios total durante los años 2001 a 2008, ambos inclusive, así como desglosado distinguiendo entre Vino de Jerez y Manzanilla y el relativo al mercado BOB.

Barbadillo presentó su escrito de contestación el 18 de noviembre de 2009 (folios 1160 a 1164). Además, según la información que consta en el Registro Mercantil el importe neto de la cifra de negocios de Barbadillo en el año 2009 ascendió a 23.361.090 euros (folios 2307 a 2416).

5. Es interesado en este expediente BODEGAS BARBADILLO, S.L.

6. La Sala de Competencia deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 22 de marzo de 2018.

II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO. Habilitación competencial

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la de creación de la CNMC compete a este organismo aplicar lo dispuesto en la LDC “en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”². El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de resolver los procedimientos

¹ Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Recurso de Casación nº 1531/2013 que precisa los criterios de aplicación de los citados preceptos de la Ley de Defensa de la Competencia.

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, BOE nº 159, de 4 de julio de 2007 Texto consolidado <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>.

² Ley 3/2013, de 4 de junio, BOE-A-2013-5940.

sancionadores previstos en la LDC. El artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC establece que es la Sala de Competencia quien conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la LDC³.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de Sentencia del Tribunal Supremo

La Administración que haya realizado una actividad objeto del recurso deberá dar efecto a las sentencias firmes y practicar lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en su fallo⁴.

La CNC impuso a Barbadillo una multa de 900.000 euros. La Audiencia Nacional estimó parcialmente el recurso contra la resolución sancionadora, aunque confirmó que la conducta era contraria a derecho y se había llevado a cabo concurriendo un elemento de intencionalidad que se vio afectado por la actuación del Consejo Regulador (FJ 6 SAN 2014).

Además, la Audiencia estableció que:

“la resolución impugnada ha partido del volumen afectado para la imposición de la sanción, pero esta Sala ya ha mantenido en otros recursos idénticos que si el máximo de la sanción es el 10% de las ventas o volumen de negocio del ejercicio anterior, en el ámbito en el que se produjo la infracción, el importe de la multa debe atenuarse por la concurrencia del elemento intencional culposo, por lo que la sanción a imponer a la actora debe ser del 7% del volumen de ventas de vinos de Jerez para el mercado BOB, en los términos señalados por la CNC, en el ejercicio anterior a la fecha de la Resolución” (FJ7 SAN 2014).

Este criterio fue casado por el Tribunal Supremo que, aunque mantiene la estimación parcial del recurso presentado por BARBADILLO en relación a la nulidad de la multa impuesta, ordena un nuevo cálculo según los criterios expuestos en su fundamentación jurídica, que difiere de la expuesta por la Audiencia Nacional.

La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Supremo dispone, en particular:

“ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Bodegas Barbadillo S.L.

³ Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE nº 209, de 31 y de agosto de 2013.

⁴ Véase el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, BOE nº 167, de 14 de julio de 1998.

contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de julio de 2010 (expediente S/0091/08 Vinos Finos de Jerez) y anulamos la referida resolución en cuanto se refiere a la cuantía de la multa que acuerda imponer a la recurrente (900.000 euros), ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia para que, atendidas las circunstancias de atenuación de la responsabilidad y de reducción de la multa apreciadas en la sentencia impugnada, imponga la multa en el porcentaje que resulte, con arreglo a los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios de Bodegas Barbadillo S.L. en año 2009, con la precisión de que la cuantificación de la multa deberá hacerse por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos en los fundamentos décimo y decimoprimeros de esta sentencia”.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

A. Hechos probados y determinación de la sanción en la Resolución de 28 de julio de 2010

Para la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo y la imposición de la sanción correspondiente a BARBADILLO hay que partir de los hechos acreditados que se imputan a dicha empresa en la Resolución de 28 de julio de 2010 y que han sido corroborados por los Tribunales.

La Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010 motivó la determinación de la multa que impuso a BARBADILLO de la siguiente manera:

“(…) Teniendo en cuenta todo lo que antecede el Consejo de la CNC ha tenido en cuenta para el cálculo de la sanción exclusivamente el volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el segmento de la venta de vinos de Jerez para el mercado BOB, durante el tiempo exacto (años y meses) que cada empresa ha participado en la infracción. Para todas ellas, teniendo en cuenta que se trata de una infracción muy grave, se ha obtenido la sanción como un 10% del volumen de ventas afectado, obtenido teniendo en cuenta la duración y atendiendo al contexto económico del sector. Sin embargo, atendiendo a que los efectos durante la primera parte del cártel son tales que incluso podrían llegar a cuantificarse, siendo por tanto innegable la existencia de un beneficio ilícito, si se ha considerado proporcionado el aplicar un 5% adicional sobre la facturación de los años 2001 ,2002 y 2003 a las cinco empresas integrantes iniciales del cártel, y lo mismo para los años 2002 y 2003 en caso de JF.

Con todo ello, las sanciones que recaen sobre las empresas imputadas en el presente expediente son las siguientes:

*(…)
BARBADILLO 950.000 € (…)”*

B. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de las Sentencias del Tribunal Supremo que aquí se ejecutan, la determinación de la sanción deberá adecuarse a los criterios expresados en la Sentencia de 29 de enero de 2015⁵. En este sentido, debe tenerse en cuenta, en esencia, lo siguiente:

Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. Tales límites

“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”. “[S]e trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”

En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, de modo que *“habiéndose dictado la resolución sancionadora el 12 de noviembre de 2009 el periodo a tomar en consideración debió de ser el volumen de negocios total de la empresa infractora en el año 2008.”* Tal y como se ha apuntado anteriormente, la interpretación que del artículo 63.1 de la LDC hace el Tribunal Supremo no puede diferir, en sustancia, de la del artículo 10 de la Ley 16/1989.

Sobre la base de estas premisas cabe deducir que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 10% del volumen de negocios total de las empresas infractoras en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá graduarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la LDC.

⁵ También, en idéntico sentido, las sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

C. Determinación de la sanción a BARBADILLO

La infracción de la que es responsable BARBADILLO -acreditada por la Resolución de 28 de julio de 2010 y confirmada por los Tribunales- se ha calificado de muy grave (art. 62.4.a) y, por tanto, podrá ser sancionada con una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.c), esto es, 2009.

Como se ha mencionado, consta en el expediente que el volumen de negocios total de BARBADILLO en el año 2009 fue de 23.361.090 euros € (folios 2307 a 2416).

Siguiendo los criterios de aplicación del artículo 64.1 de la LDC establecidos en la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo, el porcentaje a aplicar en el presente expediente debe tomar en consideración los siguientes factores.

BARBADILLO es responsable de participar junto con otras empresas en un cártel de fijación de precios y reparto de mercado en relación con el vino de Jerez embotellado bajo marca blanca, denominado BOB ("*Buyer Own Brand*") para la exportación a Reino Unido, Alemania, Holanda y Bélgica.

La conducta afectó por tanto al mercado de la Unión Europea.

Las marcas blancas (BOB) suponían en 2008 alrededor del 60% de las ventas totales del sector y la mayor parte se destina a la exportación.

Las bodegas integrantes del cártel concentraban más del 90% de las exportaciones de producto BOB.

La participación de BARBADILLO se inicia en noviembre de 2001 y finaliza en julio de 2008. Si se compara con la participación del resto de empresas en el cartel, la suya es seis meses más corta.

La participación de Barbadillo en el total de mercado afectado por la infracción fue de 28.324.615 euros. Esta cifra supone un 12,5% del total (lo que la sitúa algo por encima de la media).

Para valorar adecuadamente la conducta debe tenerse en cuenta que las empresas infractoras se valieron de un sistema de seguimiento que garantizase el cumplimiento de lo acordado.

Además, Barbadillo fue una de las cinco empresas que comenzaron el cártel, lo que fue valorado como agravante por la resolución original y ha sido confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo.

Finalmente, el Tribunal Supremo confirma que debe aplicarse a las empresas como circunstancia atenuante el contexto de “incertidumbre jurídica” en el que se desarrolló una parte de la conducta, a raíz de la orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía en el año 2007.

El conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, alcance y ámbito geográfico de la conducta, características del mercado, participación de la infractora en el mercado afectado por la conducta, concurrencia de agravantes y atenuantes– permite concluir que el tipo sancionador que corresponde a BARBADILLO es del 4,30% de su volumen total de negocios, lo que se traduce en una multa de 1.004.527 euros.

En aras de aplicar adecuadamente el principio de proporcionalidad de la sanción, debe valorarse la cifra precedente tomando en consideración, por una parte, el peso de la actividad que esta empresa dedica al mercado afectado por la infracción en relación al total de su volumen de negocio; por otra, la cifra de la sanción propuesta debe compararse con una estimación del beneficio ilícito que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta –bajo supuestos muy prudentes⁶– aplicando un factor incremental por motivos de disuasión.

Este doble análisis podría llevarnos a concluir que la sanción propuesta en los párrafos anteriores debería revisarse. Sin embargo, en el caso de esta resolución no es necesario realizar ningún ajuste, porque la sanción propuesta no excede el valor de referencia mencionado, lo que indica que resulta proporcionada a la efectiva dimensión de la infracción.

Sin embargo, esta multa ya es superior a la impuesta en la resolución original (900.000 euros), por lo que en aplicación del principio que prohíbe la *reformatio in peius* esta Sala considera que debe imponerse la multa de la Resolución original.

Por todo lo anterior, el Consejo de la CNMC en Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a BODEGAS BARBADILLO S.L., en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de enero de 2014 (Recurso 544/2010) casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2017 (recurso 1231/2014) y en sustitución de la inicialmente impuesta en la

⁶ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en bases de datos públicas referidas al mercado relevante, como los ratios sectoriales de empresas no financieras publicados por el Banco de España.



**COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA**

Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de julio de 2010 (Expte. S/0091/08 VINOS FINOS DE JEREZ), la multa de 900.000 euros.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a la parte interesada haciéndole saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley.