Roj: **SAN 226/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:226**

Id Cendoj: **28079230062014100045**
Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **6**
Fecha: **15/01/2014**
Nº de Recurso: **544/2010**
Nº de Resolución:
Procedimiento: **CONTENCIOSO**
Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 226/2014,**
STS 672/2017

FONDO DOCUMENTAL

SENTENCIA

Madrid, a quince de enero de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo **544/2010** que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales Sra. Caro Bonilla en nombre y representación de **BODEGAS BARBADILLO S.L.** frente a la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado contra resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 28 de julio de 2010, siendo la cuantía del recurso de 900.000 euros. Ha sido Ponente la Magistrado Dª ANA ISABEL RESA GOMEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO-. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO-. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia por la que estimando el recurso, se declare la nulidad de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia impugnada.

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

CUARTO-. Recibido el pleito a prueba fue practicada la que propuesta fue declarada pertinente con el resultado obrante en autos, tras lo cual quedaron éstos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 14 de enero del año en curso, en el que efectivamente se deliberó, votó y fallo, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 28 de julio de 2010, expediente sancionador S/0091/08 **VINOS FINOS DE JEREZ** con la siguiente parte dispositiva.

PRIMERO: Declarar que COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA, S.L.U Y ZOILO RUIZ MATEOS S.L., BODEGAS GONZÁLEZ BYASS S.A., BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ, S.A., BODEGAS WILLIAMS & HUMBERT S.A., BODEGAS

EMILIO LUSTAU, S.A., BODEGAS BARBADILLO, S.L., CAYDSA, DIRECCION000 . C.B., BODEGAS PEDRO ROMERO, FEDERACIÓN DE BODEGAS DEL MARCO DE JEREZ Y CONSEJO REGULADOR DE LAS DDOo "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 esta Resolución.

SEGUNDO.- Imponer las siguientes sanciones:

A BODEGAS BARBADILLO S.L. 900.000 €.

TERCERO.- Intimar a COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA, S.L.U Y ZOILO RUIZ MATEOS S.L., BODEGAS GONZÁLEZ BYASS S.A., BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ, S.A., BODEGAS WILLIAMS & HUMBERT S.A., BODEGAS EMILIO LUSTAU, S.A., BODEGAS BARBADILLO, S.L., CAYDSA, DIRECCION000 . 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.

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

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

PRODUCTO OBJETO DE LAS CONDUCTAS IMPUTADAS

1.- El objeto de las acciones analizadas en este expediente recae sobre los vinos con denominación de origen "Jerez-Xérès- Sherry" (Jerez) y "Manzanilla Sanlúcar de Barrameda" (Manzanilla), en concreto los vinos de suministro exclusivo para la exportación bajo marca del distribuidor. Se trata de vinos comercializados no con las marcas propias de la bodega que los elabora sino con las marcas del distribuidor final, que adquiere el producto para comercializarlo en los países de destino como Alemania, Reino Unido, Bélgica, Holanda. El Consejo Regulador lo define como Segmento BOB (Buyers Own Brand), y lo identifica de la forma siguiente (f 2565):

"Distintos criterios para la identificación de un BOB o etiqueta privada:

- Propiedad de la marca por parte del cliente/detallista

- Exclusividad del uso de la marca por parte del cliente/detallista

- Nivel de precio relativo en la estantería

- Subasta de los contratos y ocasional cambio de suministrador

- Control de parte del proceso productivo por parte del cliente

- Existencia de una gama.

2. *La mayoría de las bodegas analizadas en el curso de este expediente sancionador exportan productos BOB con DD. O Jerez y Manzanilla, aunque del total exportado, la proporción de Manzanilla es inferior al 5% en todos los casos.".*

SITUACIÓN ECONÓMICA DEL SECTOR

Se trataría, según declaraciones de distintos agentes del sector, de un producto con un exceso de oferta debido básicamente a una caída de la demanda de forma sostenida durante las últimas décadas. El CR lo expresa como sigue en un documento de 2005 (f 2564):

"La problemática del segmento BOB.

Deterioro permanente de los precios FOB, como consecuencia de:

i. El exceso de oferta en origen

ii. La ausencia de barreras de entrada

iii. Presión del sector detallista (sólo una mínima parte de la caída del precio BOB se traslada al PVP)

Segmento en clara regresión (10-12% anual), como consecuencia de:

- La disminución del consumo

- Las pérdidas de ventas en el sector detallista

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

- Los deslistamientos (reducción del peso de la categoría)

Problemas adicionales:

- Segmento con nula inversión en marketing

- Deterioro de la calidad ofrecida

- Deterioro de la imagen general de la categoría"

Se describe a la actora Bodegas Barbadillo S.L. señalando que es una empresa dedicada a la elaboración de vinos, brandy y vinagres de Jérez. Es una de las Bodegas de Sanlúcar con mayores ventas de fino antes de que el Consejo regulador de las Denominaciones de Origen de Jérez, Manzanilla y Vinagre de Jérez aprobase la última reforma del Reglamento de las Denominaciones de origen "Jerez- Xérès-Sherry" y "Manzanilla Sanlúcar de Barrameda". Es miembro histórico de ARJEMAN que ingresó en Fedejerez en el segundo semestre de 2005. En ese momento Barbadillo entró a formar parte de la Comisión Ejecutiva de Fedejerez hasta que el 26 de julio de 2007 fue expulsada de los órganos de gobierno tanto de FEDEJEREZ como del puesto que ocupaba en el consejo regulador de las denominaciones de origen de Jérez, Manzanilla y Vinagre de Jérez.

TERCERO -. La parte actora alega como fundamento de su pretensión anulatoria que no existe infracción continuada y en cualquier caso se produciría la prescripción de la mesa BOB, la presunción de inocencia ya que se han aportado elementos de prueba que acreditan su total falta de pertenencia a cártel alguno, vulneración del principio non bis in idem, aplicación incorrecta de los artículos 1 LDC y 101 TFUE , inexistencia del acuerdo imputado y desproporción de la sanción impuesta.

El Abogado del Estado sostiene que se ha acreditado la existencia de una conducta prohibida por el art. 1 de la LDC y del art. 101 del TFUE , por haber contribuido la actora 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 que se establece en la resolución impugnada.

CUARTO-. Según la CNC " La participación de BARBADILLO en los hechos acreditados en el presente expediente permiten imputarle responsabilidad en los mismos desde noviembre de 2001, tal y como hace la DI, y su expulsión de FEDEJEREZ, además de ser un suceso acontecido a finales del año 2007, no le impidió, seguir participando en las reuniones del cártel (HA 6.112). Es mas, en la reunión de 11 de diciembre de 2007, en la que se suscribe un pacto de no agresión hasta diciembre de 2010 y se fijaron precios mínimos, se justifica la ausencia de FEDEJEREZ y el CR a la misma precisamente por sus desavenencias con BARBADILLO, y ante su planteamiento de recurrir el cupo asignado por circular del CR, el resto de miembros del cártel le sugirió recurrir la formación del consejo, pero no esa medida concreta. Su participación en los hechos desde noviembre de 2001 es irrefutable, cuestión distinta es que BARBADILLO no valore los hechos como una conducta anticompetitiva susceptible de ser sancionada, pero estas cuestiones ya han sido resueltas por este Consejo en otros fundamentos de esta resolución."

Como ya ha recordado esta Sala en anteriores sentencias (de 12 de diciembre de 2007, recurso 310/2001 , dos de fecha 6 de noviembre de 2009, recursos 524/07 y 488/2007) el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1994, de 4 de agosto , por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, establece en su apartado segundo *"Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión".*

A la vista del citado precepto y como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2008 , los requisitos para la aplicación de la figura de la infracción continuada *"son: a) una pluralidad de acciones u omisiones, b) infracción del mismo o de semejantes preceptos administrativos y c) planificación previa de la ejecución o, en su caso, aprovechamiento de idéntica ocasión"* .

El Tribunal de Primera Instancia en la sentencia de 27 de junio de 2012 dictada en el asunto T-439/07 Coats Holdings Ltd / Comisión Europea, recuerda que el concepto de infracción única se refiere a:

-. Varias empresas participan en una infracción constituida por un comportamiento continuado, que tenía una única finalidad económica, dirigida a falsear la competencia.

-. O infracciones individuales relacionadas entre ellas por una identidad de objeto (la misma finalidad de todos los elementos) y de sujetos (identidad de las empresas conscientes de participar en el objetivo común)

En el apartado 144 el Tribunal recuerda:

"También es importante precisar que el concepto de objetivo único no puede determinarse mediante una referencia general a la distorsión de la competencia en el mercado afectado por la infracción, puesto

que el perjuicio para la competencia constituye, como objeto o efecto, un elemento consustancial a todo comportamiento incluido en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE , apartado 1. Tal definición del concepto de objetivo único entrañaría el riesgo de privar al concepto de infracción única y continuada de una parte de su sentido, en la medida en que tendría como consecuencia que varios comportamientos contrarios al artículo 81 CE , apartado 1, relativos a un sector económico, deberían calificarse sistemáticamente como elementos constitutivos de una infracción única. Así, con objeto de calificar diversos comportamientos como infracción única y continuada, procede verificar si presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada una de ellas está destinada a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único. A este respecto, habrá que tener en cuenta cualquier circunstancia que pueda demostrar o desmentir dicho vínculo, como el período de aplicación, el contenido (incluyendo los métodos empleados) y, correlativamente, el objetivo de los diversos comportamientos de que se trata (véase, en este sentido, la sentencia BASF y UCB/Comisión, citada en el apartado 143 supra, apartados 179 a 181).

Es decir: debe tomarse en consideración el periodo de aplicación, el contenido, los métodos empleados y especialmente el objetivo buscado."

La discusión se centra no en la pluralidad de acciones u omisiones, ni en la infracción del mismo precepto sino en la interrupción durante un largo periodo de tiempo, según alega la recurrente. A este respecto la sentencia Coats Holding contiene razonamientos que esta Sala considera son plenamente de aplicación a este supuesto:

149 ".el hecho de que no se haya probado la existencia de una infracción continuada para determinados períodos concretos no impide considerar que la infracción se ha prolongado durante un período global más amplio que aquéllos, siempre que dicha constatación se base en indicios objetivos y concordantes. En el marco de una infracción que se prolonga a lo largo de varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, que pueden estar separados por lapsos de tiempo más o menos largos, no incide en la existencia de dicho acuerdo si las diferentes acciones que constituyen la infracción persiguen un único fin y se encuadran en el marco de una infracción de carácter único y continuado (sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 2006, Technische Unie/Comisión, C-113/04 P, Rec. p. I-8831, apartado 169).

150. Por tanto, si bien el período que media entre dos manifestaciones de un comportamiento infractor es un criterio pertinente para acreditar el carácter continuado de una infracción, no es menos cierto que la cuestión de si dicho período es o no suficientemente prolongado para constituir una interrupción de la infracción no puede examinarse en abstracto. Por el contrario, debe apreciarse en el contexto del funcionamiento de la práctica colusoria de que se trate (sentencia del Tribunal de 19 de mayo de 2010, IMI y otros/Comisión, T-18/05 , aún no publicada en la Recopilación, apartado 89)."

El supuesto examinado por el Tribunal europeo era un caso de reparto de mercado, y la sentencia recuerda que *"A diferencia de un acuerdo sobre la fijación de los precios, que exige que los participantes se reúnan a menudo para tener en cuenta la evaluación del mercado y así poder ajustar su comportamiento en él mientras se prolongue el acuerdo, un acuerdo sobre el reparto del mercado, por definición, desde su conclusión debe ser respetado por quienes participan en él y, con cierta asiduidad, puede ser objeto de ajustes, bien modificando el acuerdo existente o bien adoptando otros acuerdos."*

En igual sentido en la sentencia de 7 de enero de 2004 el TJCE en los asuntos acumulados C-204/00 y otros AALBORG PORTLAND A/S, indicó:

" *En el marco de un acuerdo global que dura varios años el transcurso de unos meses entre las manifestaciones del acuerdo tiene poca importancia. Por el contrario, el hecho de que las diferentes acciones se inscriban en un "plan conjunto" debido a su objeto idéntico, es determinante* ".

QUINTO -. Dadas las circunstancias que concurren en este concreto supuesto, y que en la resolución de la CNC se reconoce la existencia de dos periodos en el cártel, desde mayo/noviembre de 2001 hasta marzo de 2004 el primero y desde mediados de 2005 hasta julio de 2008 el segundo, separados por un periodo de reflexión, es preciso comprobar si, como sostiene la recurrente, la interrupción fue total. En ese caso, la conducta que tuvo lugar en los años 2005 a 2008 sería un acuerdo antijurídico diferente, con la consecuencia de que las conductas anteriores no podrían ser sancionadas por haber prescrito la infracción.

La CNC justifica la continuación de los supuestos acuerdos iniciales durante el período intermedio marzo de 2004 hasta julio de 2005 en documentos relativos a la revisión del Plan Estratégico del sector y la nueva contigentación de los cupos de venta.

Durante este periodo tienen lugar contactos entre distintas empresas del sector litigioso, si bien, a diferencia de lo que concluye la CNC, la actora sostiene que no se refieren en ningún caso a los productos BOB sino que las reuniones y contactos giran alrededor de otros temas.

Las empresas se reúnen con ocasión de la revisión del Plan Estratégico del sector, cuyo objetivo central desde los años 80 fue intentar adecuar la oferta del sector a la demanda; (ii) la revisión del Reglamento del Consejo Regulador con el fin de su adaptación a la Ley de la Viña y el Vino 24/2003 a partir del 2003; y (iii) dentro del citado contexto de revisión del Reglamento del Consejo Regulador, la revisión del artículo 32.1 del mismo y el establecimiento de los cupos de venta sobre existencias. Todas ellas serían cuestiones ajenas a las que interesan en este expediente y que *"en todo caso, ya habrían sido objeto de la resolución del Consejo de la CNC de fecha 9 de junio de 2009"*.

Los documentos que se refieren a la revisión del Plan estratégico en ese período son cuatro:

1) el denominado Propuesta del sector productor para revisión plan estratégico del marco de Jerez (diciembre 2004),

2) Acta de la Junta Directiva del Grupo Caballero,

3) Documento denominado "Revisión Plan estratégico Fedejerez NOV 2004" y

4) Plan estratégico de reconducción julio 2004.

Esos documentos no se reproducen en el pliego de concreción de hechos ni en la propuesta de resolución, sólo se enumeran como nota 31 al apartado (188) indicando que *"hay que señalar que en ese período se fraguan los acuerdos de revisión del Plan Estratégico del sector y la nueva contingentación de los cupos de venta"* y el siguiente apartado del pliego de cargos hace un salto hasta julio de 2005 (189). La resolución de la CNC analiza más detenidamente ese período intermedio y recoge explícitamente fragmentos de esos documentos (hechos probados 6.38 a 6.43). Examinados esos documentos en los mismos se hace referencia a cuestiones del plan estratégico que son irrelevantes para este recurso pero igualmente se tratan otras que sí que lo son en concreto:

1) El documento denominado" Plan estratégico de reconducción" julio 2004 localizado en González Byass se hace referencia al cupo de ventas diferenciado por bodega " *cupo: media de venta de las dos últimas campañas, durante todo el plan hasta ajustarse al cupo final del 40% (año 2008-2010), subir BOB a precios del 2003 para llegar a 3000 ptas./caja en 3 años."*

2) El documento denominado "Revisión Plan estratégico Fedejerez NOV 2004" (hecho probado 6.40). Se trata de una presentación firmada por FEDEJEREZ con objetivos y medidas a tomar *"reordenar O y D en el mercado "medidas que eviten la especulación comercial "... " congelar las ventas por bodega. Cupo 40%. Regular art. 32 existencias"*. A este documento hacen referencia otros documentos encontrados en la sedes de González Byass y LUSTAU :

a) Correo electrónico interno de 1 de diciembre de 2004 (hecho probado 6.43) obtenido en la Inspección a LUSTAU y que se refiere a ese documento y se indica que ha sido elaborado y consensuado con todos los asociados. Con el título *" punto 2º del Consejo 29/11/2004"* se indica: *"A continuación paso información sobre acuerdo consensuado en FEDEJEREZ sobre "Revisión Plan estratégico Jerez" "FEDEJEREZ ha elaborado y consensuado con todos sus asociados una revisión del Plan Estratégico de Jerez, que básicamente consiste en: 1. Contingentación cupo de ventas por firma, con las excepciones siguientes solicitadas por nosotros: a. no limitación a negocio de marca b. no limitación para clientela institucional BOB de cada firma c. no opción a incremento de BOB además se regulará el artículo 32.1 del vigente Reglamento, limitando las salidas totales de cada firma, entre cupo propio y cupo adquirido a otras bodegas, al 40% de las existencias al comienzo de cada campaña..."*. El resto de los apartados se refieren a ajustes estructurales no considerados en este expediente, como son el arranque de viñedo, el precio de la uva, y la promoción del producto.

b) Documento reconversión PE localizado en la sede de González Byass que aporta una serie de comentarios al documento anterior elaborado por FEDEJEREZ y cuyos puntos relevantes en lo que interesa a este recurso son estos: *"Separación de marcas y BOB... Esto dificultaría un acuerdo global. No parece fácil ni siquiera conveniente abrir un frente interno en Bodegas. Número de campañas a tener en cuenta y papel de las existencias en la fórmula final. Este punto hay que llevarlo conjunta y directamente con CS del CR"*.

No consta que en ese período se reuniera la Mesa BOB y la propia CNC reconoce que *"la documentación sobre las reuniones de 2004 hasta marzo han sido aportados por el solicitante de la reducción de la sanción, GB y su contenido apunta a una intensificación de las desavenencias surgidas entre ellos y su ruptura final."* . Ahora bien esos documentos a que hace referencia la CNC de ese periodo intermedio que se refieren a la revisión del Plan

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

estratégico expresan la voluntad de seguir trabajando para poder hacer efectivas algunas de las medidas que se habían propuesto en varias reuniones de la mesa BOB.

Durante los años 2001 y 2002 funcionó la mesa BOB formada por las 6 principales empresas bodegueras con el propósito de recuperar el nivel de precios de BOB sin perder clientes. Para ello se adoptaron diversos instrumentos como 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 el mercado BOB; y acordar no ofertar por debajo de un precio de referencia (2.800 ptas. 16.9 € la caja de 9 botellas).

En el año 2003 en una reunión que se celebra en la sede del Consejo regulador con la presencia de su Secretario General y de BARBADILLO, WH, FERRIS y ESTEVEZ se constata que no es suficiente limitar la producción del mercado BOB entre los seis que hasta el momento lo hacían, pues al haber mas producción fuera de la mesa y no controlada por ella, ésta producción suponía una presión competitiva tal que estaba entrando en el mercado BOB tirando los precios a la baja. Para poder frenar esa presión competitiva había que reducir la cantidad de vino susceptible de ser comercializado y no controlado por la mesa. La forma de hacer dicha reducción para todos los operadores era una circular del Consejo que pusiera límites a lo que cada operador podía comercializar, pues una circular obliga a todos. Esta es una facultad que el reglamento de vino le otorga al Consejo Regulador: cada año el Consejo Regulador tiene la facultad de establecer el porcentaje que cada operador puede comercializar atendiendo a sus existencias, sin que el límite pueda ser superior al 40% de las existencias. El problema es que este instrumento se reveló insuficiente para lograr restringir la oferta total en el mercado, ya que un operador que adquiriese más existencias podría aumentar la cantidad a comercializar, o un operador que comprase vino embotellado a otra bodega que cumpliese con su asignación también podría aumentar su oferta al mercado, con la consecuencia de que ese operador podría seguir ejerciendo una presión competitiva que condujera a menores precios.

En ese período intermedio se realizaron actuaciones tendentes a conseguir ese objetivo de reducir el vino que podía ser comercializado, concretándose en la alteración del artículo 32.1 para permitir que los límites a establecer por el Consejo Regulador 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. Por lo tanto aun cuando no se reuniera la Mesa BOB no se puede apreciar que finalizó o se interrumpió la conducta infractora, pues como se ha razonado más arriba, durante el periodo de "interrupción" fue cuando se elaboró y consensuó con todos los asociados de FEDEJEREZ una revisión del Plan Estratégico de Jerez, pactando las actuaciones a realizar para establecer un cupo de ventas.

Las cuestiones relativas a los cupos fueron objeto de examen en el expediente 2779/07 donde se impuso al Consejo Regulador de Denominación de Origen de Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlúcar una sanción por *"Aprobar y aplicar los acuerdos de fechas 30 de mayo de 2006, 30 de enero de 2007 y 4 de diciembre de 2007 basados en cupos sobre ventas históricas de cada bodega de esta denominación de origen que restringen la competencia entre bodegas y limitan la libertad comercial, sin motivación fundada en la calidad e identidad del producto y, por lo tanto si el debido amparo legal"*.

La CNC reconoce que los cupos que ahora vincula a las conductas enjuiciadas en este expediente son los mismos que aquellos que fueron objeto de sanción en la referida resolución. Como consecuencia de este hecho, al Consejo Regulador sólo le imputa la infracción analizada en este expediente hasta junio de 2006 por haber sido ya sancionado por su conducta más allá de esa fecha.

La Sala entiende que la CNC sí puede incluir los acuerdos sobre cupos como una de las conductas que integran la infracción única y continuada que considera cometida por las empresas sancionadas, porque el establecimiento del cupo sobre ventas no es una conducta independiente y aislada sino un instrumento nuevo al servicio de los mismos interesados y el mismo fin consistente en la limitación de la oferta con el fin de incrementar los precios del producto BOB.

El cártel tuvo en su primera etapa un instrumento, la mesa BOB, formado por una serie de elementos: limitación del mercado BOB, reparto de los cupos, precios mínimos, y compensación, que resultaron útiles para el objetivo que perseguían. La prueba de su éxito, el incremento de precios en el BOB, fue que otros productores no presentes en ese mercado se vieron atraídos por el ante la subida de precios que se estaba observando, lo que a su vez provocó la desestabilización del mercado. Los nuevos operadores iniciaron su actividad para lograr cuota de mercado bajando los precios, con la consecuencia de que los miembros del cártel comenzaran a perder parte de su negocio y se originaran los incumplimientos que tuvieron lugar en 2004.

En estas circunstancias, el cártel se dio cuenta de que no bastaba con controlar la producción de los miembros del cártel, sino que tenía que controlar la producción total para poder controlar los precios.

Con este fundamento se diseñan nuevos instrumentos para controlar toda la producción, y se organiza el cupo discriminado de ventas.

La jurisprudencia comunitaria ha establecido que para valorar las conductas debe tenerse en cuenta si *"presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada una de ellas está destinada a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único".* (Apartado 144 de la sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2012 Coats Holding).

La inclusión de estas conductas en este expediente en relación con la parte actora no constituye una vulneración del principio non bis in ídem, comprendido en las garantías que comporta el principio de legalidad reconocido en el artículo 25 CE . El artículo 133 LRJPAC establece que " *No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento* ".

La Administración no podrá ejercer su potestad sancionadora sobre aquellos hechos ilícitos que ya hubieran sido objeto de una condena penal impuesta por los órganos del orden jurisdiccional penal o de una sanción administrativa impuesta por otro órgano administrativo. Para que opere la prohibición debe existir una triple identidad: iguales hechos, el mismo infractor y por la misma causa (identidad de fundamento punitivo). La eficacia de este principio es doble: funciona a posteriori, es decir, cuando los hechos han sido ya sancionados, y ex ante, es decir, no se pueden enjuiciar los hechos simultáneamente por los órganos administrativos y jurisdiccionales.

Este principio tiene su fundamento en la Constitución Española, en la que no está expresamente recogido pero, según el Tribunal Constitucional *"va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución "* . Está igualmente vinculado al principio de proporcionalidad porque, como igualmente ha señalado el Tribunal Constitucional *"aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada"* y al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución).

En este caso no se cumplen los requisitos de triple identidad ya que los sujetos infractores son distintos (en este caso distintas empresas del sector y dos instituciones sectoriales FEDEJEREZ y el Consejo Regulador) y en la resolución la CNC de 4 de junio de 2009 el único sujeto imputado fue el Consejo Regulador que fue finalmente sancionado (no se dirigió el procedimiento a otros sujetos) pero que no ha sido sancionado por estos hechos en este expediente. La conducta sancionada también es distinta (un cartel en este recurso integrado por una pluralidad de conductas que integran una infracción única y continuada) y en el expediente que finalizó con la resolución de la CNC de 4 de junio de 2009 (confirmada excepto en la cuantía de la multa impuesta por la sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 2010) la parte dispositiva era la siguiente:

"Primero. Declarar que el Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen "Jerez-Xérès-Sherry" y "Manzanilla Sanlúcar de Barrameda" ha incurrido en una infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia , también del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia , así como del artículo 81 del TCE , al aprobar y aplicar los acuerdos de fechas 30 de mayo de 2006, 30 de enero de 2007 y 4 de diciembre de 2007, basados en cupos sobre ventas históricas de cada bodega de esta denominación de origen que restringen la competencia entre bodegas y limitan su libertad comercial, sin motivación fundada en la calidad e identidad del producto y, por lo tanto, sin el debido amparo legal....."

No se aprecia en consecuencia la identidad que exige la aplicación del principio non bis in ídem en relación con la incoación, y la tramitación de un procedimiento sancionador que finaliza con la imposición de una sanción a la actora por la participación en el cártel enjuiciado.

Con fundamento en las consideraciones hasta ahora expuestas, deben desestimarse las alegaciones de Barbadillo S.L. relativas a la inexistencia de una infracción única y continuada, así como a la calificación de la infracción realizada por la CNC en la resolución impugnada.

SEXTO -. En cuanto a la calificación de la conducta el artículo 1 de la LDC prohíbe "todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en...".

El artículo 101 del TFUE prohíbe las mismas conductas. Y a efectos de ambos artículos, existe un acuerdo cuando las partes se asocian en un plan común con capacidad real o potencial para limitar la libertad individual de la política comercial de los pactantes y de ese modo afectar a la competencia en el mercado.

No exigen estos artículos la existencia de pactos formales, firmados y rubricados, ni tampoco que los acuerdos tengan efectos anticompetitivos reales y demostrados puesto que es suficiente que tengan la potencialidad de producirlos.

La Sala considera que la conducta de la recurrente no está amparada por la ley ni es de aplicación el principio de confianza legítima.

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

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

No puede considerarse que el solo hecho de que en la conducta interviniese de alguna forma una Administración Pública constituya una causa de exención o limitación de la responsabilidad. Pero, como ha recordado el Tribunal Supremo en las sentencias de 7 de julio de 2010 , y antes en las de 18 de mayo de 2009 y 31 de marzo de 2009 , casando sentencias dictadas por esta Sala y Sección:

"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 (CI 1407/1989), 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 ; RA 3081/2000).

El examen de las sentencias del Tribunal Supremo invocadas por la parte recurrente (Sentencias de la Sala Primera de 31 de enero de 1990 , de 1 de julio de 1994 y de 5 de octubre de 1995; Sentencias de la Sala Segunda de 7 de julio de 1992 , de 8 de septiembre de 1992 y de 14 de abril d 1993; y Sentencias de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de 8 de junio de 1990 y de 25 de mayo de 1995) permite inferir cual era el contexto jurídico concerniente al desarrollo en exclusiva de las funciones de mediación inmobiliaria por los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, en el momento en que se dicta el Acuerdo por el Consejo General, que permite considerar que no había una doctrina jurisprudencial uniforme, pacífica, inequívoca y manifiestamente clara y concordante en sede constitucional y en sede de los tribunales ordinarios acerca de la legitimidad de las atribuciones de los Colegios Profesionales para emprender acciones para evitar el intrusismo profesional promoviendo las acciones civiles, penales y disciplinarias adecuadas para su salvaguarda, o, por si al contrario, dichas conductas eran contrarias al derecho de libre establecimiento y al derecho al ejercicio libre de la profesión de gestor inmobiliari o . (el subrayado es nuestro).

Este criterio es enteramente aplicable al caso presente, pues aunque la sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de marzo de 1993 es muy anterior al momento en que se llevaron a cabo las conductas sancionadas, lo cierto es que la incertidumbre jurídica respecto del ejercicio de la función de intermediación duró hasta la publicación del Real Decreto-ley 4/2000, como su Exposición de Motivos claramente indica, por lo que procede la estimación del recurso en relación con la sanción impuesta al Colegio, sin perjuicio de que subsistan las restantes medidas de intimación y publicación previstas en el acuerdo, por cuanto van dirigidas a evitar los efectos anticompetitivos en ese campo, y respecto de las cuales el elemento intelectivo no opera, sino que responden a criterios de interés público, superiores a apreciaciones subjetivas de culpabilidad o negligencia, máxime cuando el indicado Real

Decreto-ley en su artículo 3 ha dado una interpretación auténtica del art. 1 del Decreto 3248/1969 de 4 de diciembre , respecto del alcance de la función de intermediación."

Y más recientemente, en la sentencia de 28 de marzo de 2011 el Alto Tribunal expresamente se refiere a la situación de "incertidumbre jurídica":

"En fin, siendo cierto que la sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de abril de 2002 había sido casada por la nuestra de 9 de marzo de 2005, también lo es que había alguna relación o paralelismo (no identidad) entre aquélla y el objeto de este litigio, y que la revocación de dicha sentencia se debió no tanto a cuestiones relativas a la mayor o menor antijuridicidad de la conducta entonces enjuiciada sino a la falta de culpabilidad de los Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria sancionados, vista la "incertidumbre jurídica" que dominaba en el momento de referencia para aquel litigio el sector de la mediación inmobiliaria y que despejaría ulteriormente el artículo 3 del Real Decreto-Ley 4/2000 , de liberalización en el sector inmobiliario, al que nuestra sentencia de 9 de marzo de 2005 expresamente se refería. ....."

Ahora bien: del propio tenor literal de la resolución resulta que la Administración central y la Administración autonómica pudieron hacer pensar que la conducta era lícita: en la resolución impugnada se reconoce expresamente que el Consejo Regulador ha sido considerado como un colaborador necesario para el funcionamiento del cártel, pero que su participación no ha tenido lugar ejercitando ninguna potestad pública delegada (apartado 204, pág. 181).

Como ha recordado esta Sala en la sentencia dictada el día 22 de noviembre de 2010 (recurso 365/2009):

-. La Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y el Vino -legislación básica en su mayor parte, dictada al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.13 de la Constitución , que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica-, establece la necesidad de que los Consejos Reguladores tengan personalidad jurídica propia, de naturaleza pública o privada, y plena capacidad de obrar.

-. En el artículo 25 se regulan los *"Órganos de gestión de los vinos de calidad producidos en una región determinada"* en los siguientes términos:

"1. La gestión de cada vino de calidad con indicación geográfica, denominación de origen, denominación de origen calificada y, en su caso, vino de pago, será realizada por un órgano de gestión, en el que estarán representados los titulares de viñedos y bodegas inscritos en los registros que se establezcan en la norma específica reguladora del v.c.p.r.d.

2. En todo caso, 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.

3. Los órganos de gestión se regirán por lo dispuesto en esta Ley, las leyes de las comunidades autónomas con competencias en la materia, en sus respectivas normas de desarrollo y en la norma específica del v.c.p.r.d., así como en sus estatutos particulares en su caso."

Se reconoce por tanto por este precepto legal una doble naturaleza de los órganos de gestión *"pública o privada....y funcionarán en régimen de derecho público o privado"* (párrafo 2).

-. El artículo 26 regula los *"fines y funciones de los órganos de gestión"* , y en su enunciado no establece cuales de estas funciones deben considerarse públicas y cuales privadas, limitándose a señalar en el párrafo 4 que *"Con independencia de la naturaleza jurídica pública o privada de los órganos de gestión, las resoluciones que adopten respecto a las funciones enumeradas en los párrafos d, f y h del apartado 2 de este artículo podrán ser objeto de impugnación en vía administrativa ante la autoridad que resulte competente según el ámbito territorial del v.c.p.r.d., en la forma que la normativa de la Administración pública competente determine."*

Estos párrafos d) f) y h) establecen a su vez:

"d) Adoptar, en el marco de reglamento del v.c.p.r.d., 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.

f) Llevar los registros definidos en el reglamento del v.c.p.r.d.

h) Gestionar las cuotas obligatorias que en el reglamento del v.c.p.r.d. se establezcan para la financiación del órgano de gestión o Consejo Regulador."

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

El Tribunal Supremo en la sentencia dictada el día 14 de enero de 2003 en el recurso de casación 1162/1997 en relación con cuestiones igualmente ligadas al vino de Jerez señaló que *"los Consejos Reguladores no son, en realidad, un órgano desconcentrado de la Administración, regido por normas administrativas, sino que son unas Corporaciones Profesionales de derecho público o representativas de intereses económico-sectoriales, constitutivas de asociaciones de base privada (a las que la Administración se limita a regular, delegándoles ciertas facultades de naturaleza pública)".*

Por lo tanto, y con independencia de otras consideraciones, no todas y cada una de las actuaciones del Consejo son actos administrativos en el sentido delimitado por la doble circunstancia de emanar de una Administración Pública y ser dictado en el ejercicio de una potestad administrativa.

La Ley de la viña y el vino en el artículo 26 establece que los fines de los órganos de gestión son la representación, defensa, garantía investigación y desarrollo de mercados y promoción tanto de los vinos amparados como del nivel de protección.

Como igualmente se analizó en la sentencia citada, no todas las actuaciones del Consejo Regulador pueden considerarse actividad administrativa, pero en este caso no se enjuicia el sometimiento del Consejo en su actuación sino la apariencia de legalidad que tal intervención puede ocasionar para los operadores privados del sector afectado.

No se trata en consecuencia de enjuiciar en este concreto supuesto la conducta del Consejo Regulador, ni se trata de establecer que la mera intervención de un organismo como es el Consejo Regulador determine la exención o la atenuación de la responsabilidad de los operadores económicos que han llevado a cabo una conducta contraria a la LDC. Se trata de valorar la trascendencia de tal intervención en la intencionalidad o negligencia, si la hay, de la empresa recurrente en este recurso.

La culpabilidad no queda excluida: como ha recordado el Tribunal Supremo en la sentencia de 13 de diciembre de 2012 , la presencia del elemento de culpabilidad es una cuestión puramente fáctica por lo que no la considera revisable.

Pero añade dicha sentencia:

" *Puesto que el Colegio sancionado fundamenta la falta de culpa en el error, para determinar el verdadero alcance de esta circunstancia debemos acudir a las categorías que presenta en el Derecho Penal, donde solo posee efecto eximente en caso de ser invencible (artículo 14 del Código vigente). Tal consecuencia ha sido también apreciada por esta Sala en no pocos pronunciamientos, como recuerda nuestra reciente sentencia de 8 de marzo de 2012 (RC 4925/2008). Ahora bien, si el error es vencible y recae sobre uno de los elementos de hecho constitutivos del tipo, que es la hipótesis que aquí acontecería en la versión que defiende el recurrente, la infracción sería sancionada como negligente. Tal consideración no difiere del criterio de la instancia; la Audiencia Nacional consideró que el error que aducía el Colegio únicamente sería susceptible de afectar a la graduación de la sanción, pues la responsabilidad en el ámbito sancionador es exigible aun a título de mera negligencia, según expresamente prevé el artículo 10.1 de la Ley de Defensa de la Competencia .*

Por otro lado, la reiteración de la conducta infractora por la recurrente y su mantenimiento durante un dilatado periodo temporal son factores que abonan, al menos, la existencia de negligencia. Sin duda el empleo de una elemental diligencia hubiera posibilitado al Colegio recurrente corregir su conducta antes de la emisión de alguna de las sucesivas circulares que dirigió a sus colegiados estableciendo los honorarios mínimos. Reparar en ello no exigía un especial esfuerzo, pues solo precisaba considerar que la sustitución del calificativo «mínimos» por el de «orientadores», relativos a honorarios, en la reforma del apartado ñ) del artículo 5 de la Ley de Colegios Profesionales llevada a cabo nada menos que en el año 1996, suponía la supresión de la potestad del Colegio de fijar unos honorarios mínimos para las actuaciones profesionales de sus miembros ."

La conclusión es que la conducta es contraria a derecho, y se llevó a cabo por la recurrente concurriendo el elemento de intencionalidad. Ahora bien: el contexto jurídico en el que se desarrollaron las actuaciones constitutivas de la infracción del art. 1 LDC y 101 TFUE , que en otras resoluciones de la propia CNC relativas al marco del vino de Jerez ha sido definido de *"incertidumbre jurídica"* (resolución de 6 de octubre de 2011 expediente S/0167/09 en la que fue declarada responsable de la infracción la propia Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía) conlleva en este concreto supuesto que esa intencionalidad quede afectada y reducida a culpa o negligencia al quedar en entredicho la ilegalidad de las conductas por la intervención del Consejo Regulador en las concretas circunstancias que se describen por la resolución impugnada en la declaración de hechos probados.

SÉPTIMO-. En relación con el cálculo de la sanción a imponer destacar que el artículo 10 de la Ley 16/1989 determinaba:

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

"... multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 % del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal."

El artículo 63 de la Ley 15/2007 establece:

"Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa."

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.

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 establecida por la CNC en los términos indicados.

OCTAVO -. 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

Que debemos **ESTIMAR EN PARTE Y ESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **BODEGAS BARBADILLO S.L.** contra el Acuerdo dictado el día 28 de julio de 2010 por la Comisión Nacional de la Competencia descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos, por ser conforme a derecho excepto en el extremo relativo al importe de la multa impuesta, que deberá ser concretada por la Comisión Nacional de la Competencia en el importe equivalente al 7% del volumen de ventas de vinos de Jerez para el mercado BOB en el ejercicio 2009. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma **cabe recurso de casación** , siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 , y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN / Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ