Roj: **STS 672/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:672**

Id Cendoj: **28079130032017100082**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **3**
Fecha: **24/02/2017**
Nº de Recurso: **1231/2014**
Nº de Resolución: **322/2017**
Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**
Ponente: **JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

FONDO DOCUMENTAL

SENTENCIA

En Madrid, a 24 de febrero de 2017

Esta Sala ha visto el recursos de casación número **1231/2014**, interpuesto por Bodegas Barbadillo S.L., representada por la Procuradora de los Tribunales doña Mercedes Caro Bonilla, con la asistencia letrada de don Rafael Baena Zapatero, y por la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado, contra la sentencia de 15 de enero de 2014, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso administrativo número 544/2010 , sobre infracciones de la Ley de Defensa de la Competencia, en el que han intervenido como partes recurridas las citadas representaciones de Bodegas Barbadillo S.L. y la Administración General del Estado, cada una respecto del recurso formulado de contrario, y Complejo Bodeguero Bellavista S.L. y Zoilo Ruiz-Mateos S.L., representados por el Procurador de los Tribunales don Jesús Jenaro Tejada.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 15 de enero de 2014 , con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

« *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* .»

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentaron escritos por la representación procesal de Bodegas Barbadillo, SL y por la Administración General del Estado, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Letrada de la Administración de Justicia, por diligencia de ordenación de 13 de marzo de 2014, tuvo por preparados los recursos, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- La representación de Bodegas Barbadillo S.L. presentó, con fecha 5 de mayo de 2014, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, y solicitó a esta Sala que dicte sentencia que estime los motivos de casación articulados y, en su consecuencia, case y anule la sentencia recurrida, con todo lo demás que en derecho proceda.

CUARTO.- La representación de la Administración General del Estado presentó, con fecha 9 de mayo de 2014, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, y solicitó a esta Sala que dicte sentencia que estime el recurso, case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, dicte nueva sentencia que desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto en la instancia, y declare la integra conformidad a derecho de la resolución de la CNC de 28 de julio de 2010.

QUINTO.- En escrito de 4 de septiembre de 2014 el Abogado del Estado se opuso al recurso de casación formulado por la representación de Bodegas Barbadillo S.L. y solicitó a la Sala que dicte sentencia que lo desestime, condenando a la recurrente a pagar las costas procesales.

A su vez, la representación de Bodegas Barbadillo S.L. por escrito de 6 octubre de 2014, se opuso al recurso de casación del Abogado del Estado y solicitó a la Sala que dicte sentencia desestimatoria, con expresa condena en costas al recurrente.

Por diligencia de ordenación de 9 de octubre de 2014, se tuvo por caducado el trámite de oposición a Complejo Bodeguero Bellavista S.L. y Zoilo Ruiz-Mateos S.L.

SEXTO.- Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 14 de febrero de 2017, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interponen recursos de casación por las representaciones procesales de Bodegas Barbadillo S.L. y de la Administración General del Estado, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 15 de enero de 2014 , que estimó en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de Bodegas Barbadillo S.L. contra el acuerdo de la Comisión Nacional de la Competencia, de fecha 28 de julio de 2010 (expediente S/0091/08 vinos finos de jerez).

La citada resolución sancionadora de la CNC declaró que Bodegas Barbadillo S.L., junto con otras bodegas, incurrieron en una infracción del artículo 1 de la LDC y del articulo 101 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, por lo que impuso a los declarados responsables diversas sanciones, entre ellas la de multa de 900.000 euros a la sociedad aquí recurrente, junto con la intimación para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente.

La sentencia impugnada de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional confirmó la resolución recurrida por ser conforme a derecho, excepto en el extremo relativo al importe de la multa impuesta, que anuló, ordenando a la Comisión Nacional de la Competencia que la concrete en el importe equivalente al 7% del volumen de ventas de vinos de Jerez para el mercado BOB en el ejercicio 2009.

Esta Sala del Tribunal Supremo ha resuelto otros recursos de casación que traen causa de misma resolución sancionadora de la CNC, en sentencias de 30 de enero de 2015 (recursos 1580/2013 , interpuestos por Bodegas Williams & Humbert S.A. y el Abogado del Estado) y 9 de febrero de 2015 (recursos 1531/2013, interpuestos por González Byass S.A. y el Abogado del Estado).

SEGUNDO.- El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Bodegas Barbadillo S.L. se articula en 6 motivos, formulados, el primero al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción y los otros cinco por el cauce del apartado d) del mismo precepto legal .

El primer motivo alega que la sentencia recurrida incurrió en una motivación defectuosa y en incongruencia omisiva, con infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución , y los artículos 33.1 y 67.1 de la Ley de la Jurisdicción y la jurisprudencia que cita.

El segundo motivo invoca la infracción de los artículos 24 CE , 135 de la Ley 30/1992 , 48.4 de la Ley de la Jurisdicción y 3.4 del RD 1398/1993 , por impedir el pleno ejercicio de defensa a la parte, al no darle traslado del expediente administrativo completo y, posteriormente, por rechazar la prueba solicitada por ésta, consistente en la exhibición de los documentos incluidos en la pieza separada de clemencia, siendo esencial para su defensa acceder a los mismos.

El tercer motivo denuncia la infracción por la sentencia recurrida de los artículos 24.2 (principio de proporcionalidad) y 25 (principio de legalidad) de la Constitución , 133 de la Ley 30/1992 y 5 del RD 1398/1993 , por rechazar la indicada sentencia que la resolución sancionadora de la Comisión Nacional de la Competencia vulnere el principio de non bis in ídem.

El motivo cuarto expone que la sentencia impugnada incurre en vulneración de los artículos 1.1 de la Ley 16/1989 y 101 TFUE .

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

El motivo quinto aduce que la sentencia recurrida infringe los artículos 24 y 25 de la Constitución , el artículo 4.3 del RD 1398/1993 , y la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que cita, al sostener que existe una infracción continuada de los artículos 1.1 de la LDC y 101 del TFUE .

El motivo sexto indica que la sentencia impugnada incurre en una incorrecta aplicación del principio de proporcionalidad y de los artículos 25 de la Constitución , 128 y 131.3 de la Ley 30/1992 , 10 de la Ley 16/1989 y 63.1.c) y 64.1 de la Ley 15/2007 .

El recurso del Abogado del Estado formula dos motivos, al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción .

El primer motivo alega que la sentencia recurrida infringe los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 , al apreciar una circunstancia atenuante la culpabilidad.

El segundo motivo invoca la infracción de los artículos 63.1.c) y 64.1.a) de la Ley 15/2007 , en relación con el artículo 3.1 del Código Civil y de la jurisprudencia que cita, por limitar el importe máximo de la sanción al 10% del volumen de ventas de la actividad del infractor en el sector económico en el que se produce la infracción, referido al ejercicio 2009, inmediatamente anterior al de imposición de la sanción, en lugar de referirse al volumen total de ventas de dicho ejercicio.

TERCERO.- En el primer motivo del recurso de casación, la parte recurrente denunció, por el cauce de la letra c) del artículo 88.1 de la LJCA , que la sentencia recurrida quebrantó las formas esenciales del juicio, al incurrir en una motivación defectuosa y en incongruencia omisiva, con infracción de los artículos 24.1 y 120.3 CE , 33.1 y 67.1 LJCA y la jurisprudencia que cita, respecto de dos importantes cuestiones planteadas por la recurrente, (i) el acceso a los documentos del expediente administrativo y (ii) la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por falta de prueba de la participación de la empresa recurrente en los hechos sancionados.

Son muy numerosos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de esta Sala en relación con la falta de motivación y la incongruencia omisiva que la parte recurrente imputa a la sentencia recurrida.

En relación con la falta de motivación, hemos señalado en numerosas ocasiones -entre ellas, en las sentencias de 11 de diciembre de 2015 (recurso 256/2014), 20 de julio de 2016 (recurso 4174/2014) y 16 de diciembre de 2016 (recurso 1610/2014)-, que el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque no garantiza el acierto judicial en la interpretación y aplicación del derecho, sí exige, sin embargo, que la respuesta judicial a las pretensiones planteadas por las partes esté motivada con un razonamiento congruente fundado en derecho, si bien cabe una motivación breve y sintética que contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, sin olvidar que para entender que una resolución judicial está motivada es preciso que el fundamento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente. Ahora bien, también hemos precisado, en sentencias de 7 de octubre de 2008 (recurso 5007/2004) y 28 de septiembre de 2016 (recurso 2599/2015), que el mencionado derecho no faculta a las partes a exigir una argumentación jurídica exhaustiva y pormenorizada, que alcance a todos los aspectos y perspectivas que pueda tener la cuestión que se decide, y que el deber de motivación no debe llevarse hasta el punto de imponer la necesidad de dar respuesta a todas y cada una de las cuestiones, de hecho y de derecho que se susciten, siendo suficiente que la resolución ofrezca los datos indispensables para permitir conocer la "ratio decidendi".

También el Tribunal Constitucional y este Tribunal Supremo se han referido en numerosas ocasiones al deber de congruencia de las resoluciones judiciales, por todas, en la STC 165/2008 y la STS de 21 de octubre de 2008 (recurso 1052/2009), y en las que allí se citan, que consideran que la incongruencia omisiva consiste en la ausencia de respuesta a las pretensiones de las partes, es decir, en un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, si bien, no toda falta de respuesta judicial infringe el artículo 24.1 CE , sino que para que la omisión adquiera relevancia constitucional es preciso que concurran una serie de requisitos, que expone la STC citada, y que -resumidamente- son los siguientes, en primer lugar, que la cuestión fuera efectivamente planteada ante el órgano judicial en momento procesal oportuno, además, que la omisión denunciada se refiera a las pretensiones formuladas por las partes y no a las alegaciones aportadas en su defensa, salvo que se trate de una alegación de carácter fundamental o sustancial, de las que vertebran el razonamiento de las partes, en tercer lugar, la falta de respuesta del órgano judicial no equivale a la falta de respuesta expresa, pues también una respuesta tácita puede satisfacer la exigencia de tutela judicial, cuando de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente los motivos fundamentadores de la misma y, por último, la omisión debe referirse a cuestiones que, de haber sido consideradas en la decisión, hubieran podido determinar un fallo distinto al pronunciado, pues de otro modo la falta de respuesta carecería de relevancia material.

La primera cuestión en la que la parte recurrente aprecia la falta de motivación y de congruencia de la sentencia, se refiere a la alegación formulada en su demanda (FD 6º, páginas 40 y 41), sobre la vulneración por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de sus derechos fundamentales, al denegarle el acceso a los escritos que contenían las alegaciones de González Byass y del grupo Complejo Bodeguero Bellavista y Zoilo Ruiz Mateos a la Propuesta de Resolución.

En su demanda, la parte recurrente había argumentado que tuvo acceso al expediente el 2 de septiembre de 2009, si bien en esa fecha no estaban incorporados al mismo los escritos de alegaciones a la Propuesta de Resolución formulados por González Byass y por el grupo Bellavista y Zoilo Ruiz Mateos, que modificaron la descripción de la implicación de Barbadillo en el cártel investigado, añadiendo que " *tales cambios en los hechos tuvieron un impacto directo en la imputación a Barbadillo.*"

Ahora bien, la parte recurrente se limita a afirmar que los cambios en los hechos que se efectuaron por las dos empresas citadas *"tuvieron un impacto directo en la imputación a Barbadillo"* , sin efectuar ningún esfuerzo en razonar la necesidad de acceder a dichos escritos de alegaciones, indicando siquiera sucintamente cuales eran -en su criterio- el hecho o los hechos probados de la resolución sancionadora de la CNC que pudieran estar fundados o -al menos- afectados por las alegaciones de las dos citadas coimputadas a la Propuesta de Resolución, o que aspectos de esta Propuesta fueron modificados o alterados por dichos escritos.

Estima la Sala que la parte recurrente no ha razonado en forma alguna, ni en su escrito de demanda, ni en este recurso de casación, la relevancia que pudieran tener las alegaciones de las dos empresas coimputadas a la Propuesta de Resolución, pues no identifica los hechos probados o las consideraciones jurídicas de la resolución sancionadora que se apoyen en dichas alegaciones, o que al menos las citen, ni tampoco indica, a falta de cita expresa, en qué extremos la resolución sancionadora de la CNC se apartó o se separó de los hechos acreditados o de las consideraciones del Pliego de Concreción de Hechos y de la Propuesta de Resolución.

La carga de aportar las razones que asistían a la parte recurrente para justificar la relevancia de los escritos de alegaciones a la Propuesta de la Resolución de las dos empresas coimputadas, es especialmente exigible en este caso, en el que la resolución sancionadora efectúa una narración de los hechos probados (apartados 6.1 a 6.123), en la que va detallando el documento o documentos del expediente que sirven de soporte probatorio a cada hecho, siendo sumamente sencilla la identificación, que no efectúa la parte recurrente, de los hechos probados que se fundamentan -o que simplemente tienen en cuenta- los escritos de alegaciones de las partes coimputadas a la Propuesta de Resolución.

Igualmente era necesaria en este caso la justificación del *"impacto directo"* que genéricamente invoca la demanda de los escritos de alegaciones a la Propuesta de Resolución, pues la resolución sancionadora es también muy clara al precisar que las distintas actuaciones llevadas a cabo por los imputados *"han resultado acreditadas durante la instrucción realizada por la DI"* , es decir, el soporte probatorio tenido en cuenta en la narración de los hechos fue el reunido por la DI durante la fase de instrucción del expediente, que se cerró el 30 de julio de 2009 (Antecedente de Hecho nº 17 de la resolución de la CNC), mientras que los escritos de alegaciones a la Propuesta de Resolución a que se refiere la demanda son de fecha posterior, de 18 de agosto de 2009 las alegaciones de González Byass (AH nº 21 de la resolución de la CNC) y de 1 de septiembre de 2009 las alegaciones de Bellavista y Zoilo Ruiz Mateos (AH nº 25 de la resolución de la CNC), sin que tampoco del resumen que efectúa la resolución sancionadora de la CNC del contenido de dichos escritos de alegaciones (en los apartados 21 y 25 citados), se haga indicación alguna respecto de la aportación de nuevos hechos que tengan incidencia en la imputación de la empresa recurrente.

Por tanto, de conformidad con los criterios jurisprudenciales antes referidos, no estimamos justificado que la omisión que se denuncia de la sentencia recurrida se refiera a cuestiones que, de haber sido consideradas en la decisión, hubieran podido determinar un fallo distinto al pronunciado, por lo que la falta de respuesta carece de relevancia material.

La segunda alegación que considera la parte recurrente que la sentencia impugnada dejó sin respuesta, fue la relativa a la falta de prueba por la CNC de su participación en las reuniones en las que se fundamenta la existencia del cártel y los acuerdos restrictivos de la competencia alcanzados entre los competidores.

La sentencia impugnada si dio respuesta a dicha alegación (FD 4º), al rechazar de forma expresa la falta de prueba de la participación de la empresa recurrente en los hechos. Dice la sentencia recurrida al respecto:

«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.»

Pero además, en la sentencia impugnada existen otras referencias a las pruebas existentes en relación con la imputación de la empresa recurrente, en especial al examinar las alegaciones relativas a la inexistencia de infracción continuada (FD 5º), pues la sentencia recurrida identifica y analiza los documentos que sirvieron para acreditar la participación de la empresa en la infracción, como: (i) el documento denominado "Plan estratégico de reconducción", de julio de 2004, que hace referencia al cupo de ventas diferenciado por bodegas y precios, (ii) el documento denominado *"revisión Plan Estratégico Fedejerez NOV 2004"* , sobre una presentación de dicha Federación, a la que pertenecía la empresa recurrente hasta su expulsión en julio de 2007, lo que no se discute y está incluso admitido en la demanda (Antecedente de Hecho 7º), sobre congelación de ventas por bodega y cupo, iii) correo electrónico de diciembre de 2004, sobre acuerdo consensuado en Fedejerez con todos sus asociados, sobre "revisión Plan Estratégico de Jerez", en el que se aborda entre otros aspectos la "contingentación cupo de venta por firmas" y iv) documento de reconversión sobre comentarios al documento anterior.

No puede estimarse, por tanto, que exista en la sentencia recurrida una falta de motivación o de congruencia respecto de las alegaciones de la actora relativas a la falta de prueba de su participación en los hechos.

De conformidad con lo razonado, se desestima el primer motivo del recurso de casación.

CUARTO.- El segundo motivo del recurso se formula por el cauce de la letra d) del artículo 88.1 de la LJCA , por incurrir la sentencia recurrida en infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate, concretamente los artículos 24 CE , 135 de la Ley 30/1992 , 48.4 de la LJCA y 3.4 del RD 1398/1993 , por impedir el pleno ejercicio del derecho de defensa de la empresa recurrente, al no darle traslado del expediente administrativo completo y, posteriormente, por rechazar la prueba solicitada por ésta, consistente en la exhibición de los documentos incluidos en la pieza separada de clemencia, siendo esencial para su defensa acceder a los mismos.

Se aprecia una falta de correspondencia entre ese vicio que se denuncia -no dar traslado a la parte del expediente administrativo completo y rechazar la prueba solicitada- y el cauce procesal utilizado -el artículo 88.1.d) de la LJCA -, toda vez que esta infracción debió encauzarse a través del motivo regulado en apartado c) del referido artículo 88.1 de la LJCA , que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala, es el cauce idóneo para denunciar los errores "in procedendo" en que haya podido incurrir el órgano jurisdiccional "a quo", desde la iniciación del proceso hasta su finalización por auto o sentencia, y siempre que tales vicios generen indefensión al recurrente.

Esta Sala viene entendiendo que, para que el recurso de casación sea admisible, es preciso que exista una correlación entre el motivo o motivos que sirven de fundamento al recurso -los taxativamente autorizados por el artículo 88.1 LJCA - y el desarrollo argumental desplegado en apoyo de los mismos, exigencia implícita en el deber legal de expresar "razonadamente", ex artículo 92.1 de la LJCA , el motivo o motivos en que venga amparado el recurso, de tal modo que cuando no es así, esto es, cuando la argumentación jurídica vertida en el desarrollo del motivo es ajena al motivo casacional esgrimido, concurre la causa de inadmisión prevista en el artículo 93.2.d) de la Ley de esta Jurisdicción , pues no ha de olvidarse que la expresión del "motivo" casacional en el escrito de interposición no es una mera exigencia rituaria desprovista de sentido, sino elemento determinante del marco dentro del que ha de desarrollarse la controversia y en torno al que la sentencia debe pronunciarse.

Procede, pues, declarar la inadmisión del motivo segundo del recurso de casación, en aplicación del artículo 93.2.d) de la LNCA.

QUINTO.- El tercer motivo del recurso de casación alega que la sentencia recurrida infringe los principios de proporcionalidad y legalidad, de los artículos 24.2 y 25 CE , y el articulo 5 del RD 1398/1993, de 4 de agosto , por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, al considerar que la sentencia impugnada, al confirmar la resolución de la CNC, vulneró el principio de non bis in ídem, en relación con una resolución sancionadora anterior de la CNC, de fecha 4 de junio de 2009, concurriendo todos los requisitos para su aplicación, esto es, la identidad de fundamento, que no se discute, la identidad entre las conductas sancionadas durante el llamado "período de reflexión" y la identidad de los sujetos sancionados, pues aunque en la resolución sancionadora anterior el único sancionado fue el Consejo

Regulador de la Denominación de Origen de Jerez, ha de tenerse en cuenta que dicho Consejo Regulador está integrado, entre otras empresas, por Barbadillo, que ha permanecido durante años a sus órganos directivos.

La Sala de instancia rechazó la infracción por la resolución sancionadora de la CNC del principio de non bis in ídem, por falta de los requisitos de identidad de las conductas y los sujetos sancionados, razonando lo siguiente:

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....."

La Sala comparte los razonamientos de la sentencia impugnada respecto de la falta de las identidades de objeto y sujeto entre los hechos sancionados en la resolución de la CNC de 28 de julio de 2010 (expediente S/0091/08, Vinos Finos de Jerez), a que se refiere este recurso, y los hechos contemplados en la resolución de la CNC de 4 de junio de 2009 (expediente 2779/07, Consejo Regulador de denominación de origen vinos de Jerez y manzanilla de Sanlúcar).

En cuanto a las conductas, los hechos acreditados en una y otra resolución sancionadora muestran que no existe duplicidad de sanciones, pues en la resolución de la CNC de 4 de junio de 2009 se analizó el hecho aislado de la emisión de Circulares por el Consejo Regulador.

En concreto, la resolución de la CNC de 4 de junio de 2009 sancionó al Consejo Regulador por una infracción de los artículos 1 de la LDC de 1989 , 1 de la LDC de 2007 LDC y 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.

Los citados acuerdos del Consejo Regulador tenían por objeto la limitación de la competencia mediante el establecimiento de un sistema de cupos, que establecían límites a la producción, difundidos a través de las correspondientes Circulares. El acuerdo del Consejo Regulador de 30 de mayo de 2006 estableció un cupo de ventas para la campaña en curso 2005/06 y estableció para las siguientes 4 campañas límites diferentes para cada bodega, en función de sus ventas en las campañas anteriores, lo que fue difundido mediante la Circular 7/2006, de 1 de junio (Antecedente de Hecho 1º y Hecho Probado 5º de la resolución de la CNC de 4 de junio de 2009); el acuerdo del Consejo Regulador de 30 de enero de 2007 aprobó un nuevo sistema de cupos para las campañas de 2006/07 a 2009/10, que fue difundido por Circular 6/2007 (Hecho Probado 7º y 8º y FD 1º); y el acuerdo del Consejo Regulador de 4 de diciembre de 2007 adoptó un nuevo acuerdo sobre el cupo de ventas para la campaña 2007/08, que fue difundido por la Circular 1/2008 (Hecho Probado 9º).

Así pues, la conducta sancionada por la resolución de la CNC de 4 de junio de 2009, consistió en la aprobación y emisión por el Consejo Regulador de Circulares -las tres que acaban de ser citadas- que restringían la competencia mediante la limitación de la libertad de oferta de los operadores en el mercado.

En cambio, la conducta sancionada en la resolución posterior de la CNC, de 28 de julio de 2010, constitutiva de las infracciones de los artículos 1 de la LDC de 2007 y 101 del TFUE , consistió en la constitución de un cartel en la comercialización del vino de Jerez, con una duración que se remonta al año 2001 y se mantuvo hasta 2008, que comprende una conducta diferenciada a la emisión de Circulares, con actuaciones anticompetitivas a lo largo del tiempo de los integrantes del cártel, y entre ellos de la empresa recurrente, constitutivas de una infracción continuada, como la puesta en común de la información comercial relevante, cálculo de la demanda para limitar a ella la oferta al mercado, establecimiento de precios mínimos de referencia, y controles de seguimiento con intercambio de información y reuniones periódicas.

Además de tener las conductas sancionadas un contenido distinto en cada uno de los expediente, según se acaba de indicar, lo que de por si es suficiente para desestimar el motivo, tampoco cabe apreciar que concurra la identidad de sujetos entre los hechos resueltos por las resoluciones de la CNC de 4 de junio de 2009 y de 28 de julio de 2010, pues en la primera resolución resultó sancionado únicamente el Consejo Regulador de la Denominación de Origen de vinos de Jerez y manzanilla de Sanlúcar, en el ejercicio de su capacidad normativa de emisión de Circulares, mientras que en la segunda resolución resultaron sancionados los integrantes de un cártel, en el que participaron y colaboraron, además de la empresa recurrente, otras bodegas de Jerez, la Federación de Bodegas del Marco de Jerez y el Consejo Regulador citado, sin que pueda aceptarse la confusión que propugna el motivo entre la empresa recurrente y el Consejo Regulador, pues se trata de sujetos distintos, que fueron sancionados cada uno por las conductas diferenciadas a que se acaba de hacer referencia.

Como advierten la resolución sancionadora y la sentencia impugnada, tan sólo el Consejo Regulador -y no la empresa recurrente- resultó sancionado en ambas resoluciones de la CNC, si bien en la resolución de 28 de julio de 2010, de la que trae causa este recurso, la sanción se limita a su actuación como colaborador necesario del cártel desde noviembre de 2001 hasta 2006 (FD 11), para evitar precisamente la duplicidad sancionadora con la resolución de 4 de junio de 2009, que había sancionado la actuación en el Consejo Regulador de aprobación de acuerdos y su difusión en las Circulares de 7/2006, 6/2007 y 1/2008 antes citadas.

De conformidad con lo indicado, se desestima el motivo tercero del recurso de casación.

SEXTO.- El cuarto motivo del recurso de casación denuncia la infracción por la sentencia recurrida de los artículos 1.1 de la Ley 16/1989 y 101 del TFUE , que la parte recurrente considera erróneamente aplicados, pues (i) la resolución de la CNC no definió el mercado relevante en el que tuvieron lugar las conductas restrictivas de la competencia, (ii) presumió erróneamente que las infracciones de la competencia eran infracciones por objeto, (iii) se negó a valorar la aplicabilidad de los artículos 1.3 de la Ley 16/1989 y 101.3 del TFUE y (iv) aplicó los artículos 1 de la Ley 16/1989 y 101 TFUE de manera arbitraria, sin pruebas que sustenten su análisis.

La parte recurrente incurren en un error en la cita de los preceptos legales infringidos por la sentencia impugnada, al incluir el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 , porque la norma que la resolución sancionadora de la CNC estimó infringida, lo que confirmó la sentencia recurrida, fue el artículo 1 de la Ley 15/2007 , si bien tal error en la cita del precepto legal vulnerado carece de relevancia, porque el tipo infractor está idénticamente descrito en ambas normas.

Respecto de la falta de definición del mercado relevante, la sentencia recurrida se refirió al mercado en el que se apreciaron las conductas imputadas (FD 2º), constituido por la comercialización de 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"* , definido como segmento BOB (Buyers Own Brad).

Esta referencia de la sentencia recurrida al producto de referencia acepta la efectuada por la resolución sancionadora de la CNC (HP 1), que define el mercado objeto de los acuerdos examinados (FD 2º) como el de «la comercialización en el exterior de vinos bajo con la denominación de *"Jerez-Xérès-Sherry (Jerez)" y "Manzanilla Sanlúcar de Barrameda (Manzanilla)", en concreto la comercialización de vinos de suministro exclusivo, también denominadas marcas blancas, marcas de distribuidos o productos BOB ("Buyers Own Brad"), ya sean marcas registradas por las bodegas o por el cliente"* .

También la resolución sancionadora de la CNC ofrece datos (HP 4º) que permiten conocer la dimensión del mercado BOB en relación con los seis integrantes del cártel en el inicio de las prácticas anticompetitivas (año 2001), cuya producción se extendía a un total de 2.759.000 cajas sobre un total del mercado de 3.088.000 cajas, es decir, alcanzaba prácticamente el 90% (el 89,35%) del total del mercado de referencia, e igualmente da a conocer la cuota o cupo y número de cajas asignado a cada empresa en relación con el mercado BOB controlado por el cártel, correspondiendo a Williams & Humbert S.A. una cuota del 35,9%, a González Byass una cuota del 20,9%, a José Estévez una cuota del 16,1%, a la sociedad recurrente (Barbadillo) una cuota del 13,8%, a Garvey/Soto (grupo Bellavista y Zoilo Ruiz Mateos) una cuota del 9,4%, y a JF (Ferris) una cuota del 3,9%.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala no comparte las alegaciones de la parte recurrente sobre la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia aplicables, por no haber definido la resolución de la CNC el mercado relevante y delimitado hasta qué punto el acuerdo afectaba a la competencia en dicho mercado, pues como afirma la resolución sancionadora (FD 8º), estamos ante un acuerdo de cártel entre empresas competidoras, que es constitutivo de infracción por su objeto, sin que sea imprescindible la acreditación de sus efectos.

En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de enero de 2016 (asunto C-373/149), recuerda que, de acuerdo con jurisprudencia reiterada:

(24) En ese sentido hay que recordar que, para incurrir en la prohibición establecida en el artículo 101 TFUE , apartado 1, un acuerdo debe tener «por objeto o efecto» impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia a partir de la sentencia LTM (56/65, EU:C:1966:38), el carácter alternativo de esa condición, como indica la conjunción «o», hace necesario considerar en primer lugar el objeto mismo del acuerdo (sentencia ING Pensii, C-172/14 , EU:C:2015:484 , apartado 30).

(25) Así pues, no es necesario examinar los efectos de un acuerdo en la competencia cuando esté acreditado su objeto contrario a ella (véanse en ese sentido las sentencias T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08 , EU:C:2009:343 , apartados 28 y 30, y GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros C-501/06 P, C- 513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610 , apartado 55).

(26) En cuanto a la calificación de una práctica como restricción por el objeto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que algunos tipos de coordinación entre empresas revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos (sentencia ING Pensii, C-172/14 , EU:C:2015:484 , apartado 31). Esa jurisprudencia atiende a la circunstancia de que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia (sentencia CB/Comisión, C-67/13 P, EU:C:2014:2204 , apartado 50).

La propia parte recurrente, en el desarrollo de este motivo de su recurso de casación, reconoce que *"no cabe ninguna duda de que la Mesa BOB, que era claramente un cártel, supone una restricción por objeto de los artículos 101 TFUE y 1 Ley 16/1989 "* , si bien no considera procedente la sanción por su participación en ese cártel por prescripción de la infracción, lo que se tratará en el motivo siguiente relativo a la apreciación de infracción continuada, y acepta igualmente - *"casi sin dudarlo"* - que también era un cártel el denominado "pacto de caballeros", aunque en este caso niega su participación en tal pacto, como también rechaza que se le *sancione "por tener conversaciones durante años encaminadas a buscar mecanismos de control de la oferta total de vino con DO Jerez"* , porque considera que se trata de conductas que han sido sancionadas en el anterior expediente de la CNC.

La Sala no puede compartir las alegaciones de la parte recurrente.

De acuerdo con la resolución sancionadora de la CNC (FD 2º), los integrantes del cártel adoptaron un acuerdo en mayo de 2006, a propuesta de FEDEJEREZ, que se denominó "Acuerdo de Caballeros", y es un hecho probado en la citada resolución, que acepta la sentencia impugnada, la participación en dicho acuerdo de la sociedad recurrente, según resulta de los correos anteriores al acuerdo (HP 6.65) y de su asistencia a la reunión de 30 de mayo de 2006 en la sede del Consejo Regulador (HP 6.70), en la que se constituyó la mesa de comercialización, con iguales objetivos que la Mesa BOB, donde se definen aspectos tales - entre otros- como las condiciones de partida de *"contingentacion"* de la oferta total de vino de jerez (cupo), el objetivo de mantenimiento del statu quo, las funciones de la mesa de lograr el consenso sobre cuál es ese statu quo y el establecimiento de precios-objetivo por mercado y los pasos y calendario propuesto, con información de los contratos en vigor, clientes, precios y plazos, presentación del mapa BOB con volúmenes, precios, reparto de clientes por bodegas, vencimientos de contratos, reuniones de comerciales y acuerdo sobre la hoja de ruta para lograr subidas de precios y otros pactos.

En cuanto a las conversaciones mantenidas *"durante años"* que la parte recurrente reconoce, encaminadas a buscar mecanismos de control de la oferta total de vino con DO Jerez, debe significarse que no fueron objeto de sanción en la resolución de la CNC de 4 de junio de 2009 (expediente 2779/07), como antes se ha indicado, en el que únicamente resultó sancionado el Consejo Regulador, y que esos mecanismos de control de la oferta eran pactos anticompetitivos, que excedían de la limitación en función de las existencias de cada bodega, amparada por el Reglamento de la Denominación de Origen con el objeto de garantizar una determinada calidad, pues fijaban la limitación en atención a las ventas de campañas anteriores, restringiendo la producción de forma injustificada.

Alega la parte recurrente en este motivo que la sentencia impugnada se negó a valorar la aplicabilidad del artículo 1.3 de la Ley 16/1989 y 101.3 del TFUE a las conductas sancionadas, y que a pesar de que lo había planteado expresamente en sus escritos de demanda y conclusiones, la sentencia recurrida ni siquiera menciona la posible aplicabilidad del artículo 1.3 de la Ley 16/1989 y artículo 101.3 del TFUE , omitiendo cualquier razonamiento relativo a la posible existencia de eficiencias derivadas de las conductas enjuiciadas.

En los términos planteados, la anterior alegación es inviable, pues se refiere a un defecto de la sentencia por incongruencia omisiva, que debe formularse al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la LJCA , apropiado para hacer valer los vicios in procedendo, y sin embargo ha sido alegado dicho defecto en un motivo que denuncia, por el cauce de la letra d) de dicho precepto legal, la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que sean aplicables para resolver el fondo del asunto.

No obstante lo anterior, la cuestión tal y como aparece planteada en el recurso de casación es una cuestión nueva, pues en el escrito de demanda la parte recurrente desde luego no incluye la pretensión de autorización de los acuerdos contrarios al artículo 1 LDC , ni tampoco tal cuestión es propiamente una de las alegaciones que configuran los 8 apartados de la demanda, refiriéndose la demanda a esta cuestión al tratar de la aplicación del artículo 1 LDC y 101 TFUE (FD 4º). Dicho apartado de la demanda, además de referirse al artículo 1.3 de la LDC de 1989 , en vez de al artículo 3 de dicho texto legal , que es el que trata de los supuestos de autorización, indica que la evaluación de un acuerdo entre empresas con arreglo al artículo 101 del TFUE consta de dos fases, la primera examina si el acuerdo es por su objeto o efectos contrario a la competencia, y la segunda fase, cuando se concluya que el acuerdo es restrictivo de la competencia, ha de determinar si el acuerdo contribuye a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, en determinadas condiciones.

Ahora bien, no obstante la cita que acaba de reseñarse, la crítica que efectúa el apartado de la demanda al que nos referimos a la resolución sancionadora de la CNC, no se refiere a la omisión de esa segunda fase de la evaluación de los acuerdos, sino a la primera fase, por considerar que la CNC no ha valorado debidamente el mercado relevante y ha presumido equivocadamente que las conductas sancionadas tenían por objeto y efecto restringir la competencia.

A todo lo anterior se añade que la parte recurrente ni siquiera menciona en su demanda las razones por las que los acuerdos a que se refiere la resolución sancionadora contribuyen a mejorar la producción o distribución o a fomentar el progreso técnico o económico, con reserva al mismo tiempo a los usuarios de una participación equitativa en el beneficio resultante, a pesar de corresponderle la carga de la prueba de dichos extremos.

Finaliza el motivo cuarto del recurso de casación con una alegación relativa a la valoración arbitraria (injustificada e irrazonable) de las pruebas disponibles, que no puede ser acogida, pues la Sala de instancia acoge la narración fáctica de la resolución sancionadora de la CNC, en la que se detallan -por lo que se refiere al denominado período intermedio y posterior que cuestiona la parte recurrente- en los HP 6.38 6.43, 6.56, 6.58, 6.59, 6.60, 6.61, 6.62, 6.65, 6.70, 6.72, 6.77, 6.78, 6.80, 6.84, 6.89, 6.91, 6.93 6.94, 6.96 y 6.112, numerosos correos y acuerdos entre empresas competidoras, que tenían por objeto la limitación de la cantidad de producto que las bodegas podían comercializar cada campaña, precios mínimos, mecanismos de control, intercambios de información y otros acuerdos entre competidores, en los que participó la empresa recurrente, sin que la Sala de instancia incurriera en una valoración irrazonable o arbitraria de los indicados hechos probados.

Se desestima el cuarto motivo del recurso de casación.

SÉPTIMO.- El quinto motivo del recurso de casación alega que la sentencia impugnada infringe los artículos 24 y 25 de la Constitución y 4.3 del RD 1398/1993 y la jurisprudencia que cita, al considerar que existe una infracción continuada de los artículos 16/1989 y 101 TFUE . Señala la parte que, asumiendo que la Mesa BOB era un cártel, sin embargo finalizó su actividad en marzo de 2004, y fue seguido de una serie de conversaciones entre las bodegas para la adopción de un cupo, que gozaban de apariencia de legalidad, es decir, que aunque esas conversaciones para establecer un cupo de ventas pretendían el mismo objetivo que la Mesa BOB, lo hacían dentro de la legalidad, por lo que no existe una continuidad de dolo o intención, sin que exista ni una sola prueba de que, desde el fin de la Mesa BOB en 2004, la parte recurrente participase en ningún acuerdo con el objeto o efecto de restringir la competencia.

La resolución sancionadora de la CNC y la sentencia impugnada dividieron la actividad del cártel en tres períodos, (i) el primero, durante el que se mantuvo la Mesa BOB a que se ha hecho referencia, desde 2001 a marzo de 2004, cuya actividad anticompetitiva no se discute por la parte recurrente, según antes se ha indicado (motivo 4º.b del recurso de casación), (ii) un período intermedio, entre marzo de 2004 y julio de 2005, denominado también de reflexión, en el que las empresas mantuvieron contactos en relación con la revisión del Plan estratégico del sector, y (iii) el denominado segundo período, en el que se alcanzan nuevos acuerdos en la comercialización de productos BOB durante 2006, 2007 y 2008.

La sentencia impugnada sostiene que durante ese período intermedio, aunque no se reuniera la Mesa BOB, las bodegas continuaron realizando actuaciones tendentes a conseguir el objetivo de reducción de la producción y la parte recurrente acepta en el recurso de casación que efectivamente se mantuvieron conversaciones sobre el cupo entre las bodegas durante ese período intermedio, si bien se trataba de actuaciones dentro de la

legalidad, manteniendo seguidamente, no sin contradicción con lo anterior, que no existe ninguna prueba en el expediente sobre la participación de la parte recurrente en ningún acuerdo desde el fin de la Mesa BOB en 2004.

Con anterioridad hemos indicado que los hechos declarados probados por la resolución sancionadora de la CNC y la sentencia recurrida, muestran la participación de la empresa recurrente en las actividades acreditadas del período intermedio y segundo periodo.

En realidad, la sociedad recurrente no niega que, con posterioridad a la finalización de las reuniones de la Mesa BOB, en marzo de 2004, mantuviera contactos y conversaciones con las demás bodegas que resultaron sancionadas en la resolución de la CNC, e incluso admite que dichas conversaciones entre empresas perseguían el mismo objetivo que la Mesa BOB, pero dentro de la legalidad.

El contenido anticompetitivo de las reuniones de las empresas en el período intermedio y de los acuerdos y pactos del segundo período, ha sido apreciado por las sentencias de esta Sala de 30 de enero de 2015 y 9 de febrero de 2015 , que desestimaron los recursos de casación interpuestos por Bodegas Willians & Humbert y Gonzalez Byass, contra las sentencias de la Audiencia Nacional, en el extremo relativo a la existencia de una infracción continuada de los artículos 1 de la LDC y 101 TFU, por la constitución de un cártel entre 2001 y 2008.

Las bodegas competidoras mantuvieron su actividad infractora durante los indicados años, sin que la parte recurrente haya justificado en su recurso de casación la diferencia que alega entre las reuniones BOB anteriores a marzo de 2004, cuyo contenido anticompetitivo no cuestiona, y las reuniones para el cupo que se prepararon en el período intermedio y se desarrollaron en el segundo periodo, pues los hechos probados de la resolución sancionadora de la CNC, acogidos por la sentencia impugnada, demuestran que los objetivos durante todo el tiempo considerado eran los mismos, lo que también acepta la parte recurrente, y que eran también los mismos los instrumentos utilizados, consistentes en restricciones de producción, mediante el establecimiento de cupos en función de las ventas pasadas, pactos de no agresión y de respeto a clientes y precios mínimos de venta.

La parte recurrente cita en este motivo, como uno de los acuerdos alcanzados que en su criterio gozaba de apariencia de legalidad, el denominado "pacto de caballeros", de octubre de 2007, en el que previamente había negado su participación (motivo 4º), si bien cabe indicar que la parte incurre en un error, pues el acuerdo que la resolución sancionadora denomina "Acuerdo de Caballeros" no es el que indica la parte de octubre de 2007, sino el alcanzado el 30 de mayo de 2006, con la constitución de la mesa de comercialización (HP 6.70 y FD 2º de la resolución de la CNC), al que nos hemos referido con anterioridad.

En todo caso, respecto de la reunión de octubre de 2007, es un hecho acreditado que la sociedad recurrente no asistió a la misma (HP 6.104), pero sin embargo sí acudió a otras reuniones a que antes se ha hecho referencia, entre ellas a la reunión mantenida por el cártel poco tiempo después, el 10 de diciembre de 2007, cuyo contenido quedó documentado en un correo electrónico interno de una de las bodegas integrantes del cártel, en el que se indica que *"todos estuvieron de acuerdo en suscribir un pacto de no agresión hasta el 31 de diciembre de 2010. Que consiste en no hacer ofertas a clientes de las bodegas sentadas en la mesa"* y en el objeto del acuerdo de subir precios, hablándose de un mínimo de 1,2 euros la botella (actualmente los bajos están a 0,90 euros). En la misma reunión la parte recurrente indicó que iba a recurrir un acuerdo sobre el cupo aprobado por el Consejo Regulador y ante las peticiones de otros participantes en la reunión *"quedó en que iba a estudiarlo"* .

Aceptada la asistencia de la empresa recurrente a las reuniones con empresas competidoras, en las que se negociaron y alcanzaron acuerdos sobre limitación de la producción, pactos de no agresión y precios mínimos contrarios a la competencia, no solo entre 2001 a 2004, sino también entre 2004 a 2008, cabe recordar a propósito de su participación en los referidos acuerdos que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se recoge entre otras en la sentencia de 22 de octubre de 2015 (asunto C194/2014, apartado 31), *«los modos pasivos de participación en la infracción, como la presencia de una empresa en reuniones en las que se concluyeron acuerdos con un objeto contrario a la competencia, sin oponerse expresamente a ellos, reflejan una complicidad que puede conllevar su responsabilidad en virtud del artículo 81 CE , apartado 1, ya que la aprobación tácita de una iniciativa ilícita, sin distanciarse públicamente de su contenido o denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y dificulta que se descubra (véase, en este sentido, la sentencia Dansk Rørindustri y otros/ Comisión, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, EU:C:2005:408 , apartados 142 y 143 y jurisprudencia citada).»*

Desde luego en los hechos probados no hay rastro de ningún distanciamiento público de la empresa recurrente de los acuerdos del cártel, ni de denuncia ante las autoridades administrativas.

En conclusión, la parte recurrente no ha desvirtuado las consideraciones de la Sala de instancia sobre la existencia de una infracción continuada de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE , por lo que se desestima el quinto motivo del recurso de casación.

OCTAVO.- En el sexto y último motivo del recurso de casación, Bodegas Barbadillo S.L. sostiene que la sentencia impugnada sigue infringiendo el principio de proporcionalidad, a pesar de que rebajó el montante de la sanción de un 10% a un 7% del volumen de venta de vinos para el mercado BOB, por la existencia de circunstancias que redujeron su responsabilidad a la simple culpa, y cita como causas de la alegada desproporción: (i) que la sentencia impugnada no tiene en cuenta que no ha aplicado ningún acuerdo desde principios de 2004, (ii) ni hay base para presumir que la recurrente haya formado parte del núcleo duro, ni asumido un rol activo en los acuerdos, (iii) ha cooperado con la CNC, (iv) al no haber definido el mercado relevante no ha valorado en modo alguno los efectos de los acuerdos desde 2001, (v) participó en la Mesa BOB entre 2001 a 2004 por la confianza legítima en que el Consejo Regulador de la Denominación de Origen de Jerez, presidido por un Catedrático de derecho, no impulsaría una conducta contraria a la Ley 16/1989 y (vi) finalizada la Mesa BOB a principios de 2004, participó en algunas reuniones en las que se discutió la situación del mercado de vino de Jerez BOB en diversos países de la UE, pero lo hizo impulsado por la situación de profunda crisis del sector.

El motivo, en los términos en que está planteado, no puede ser acogido, porque no tiene soporte en los hechos declarados probados por la sentencia impugnada, que aceptó la narración fáctica de la resolución sancionadora de la CNC, sino al contrario, contradice los mismos.

No puede sostenerse que la parte recurrente haya incumplido o dejado de aplicar los acuerdos anticompetitivos del cártel a falta de prueba al respecto, y por el contrario, la Sala de instancia, en su valoración de la prueba reunida en el expediente administrativo, dedujo que la participación de la empresa recurrente en el cártel, con asistencia a sus reuniones y aplicación de sus acuerdos, se extendió entre 2001 y 2008.

Tampoco la empresa recurrente identifica qué elementos de prueba de la infracción, *"que aporten un valor añadido significativo"* , ha aportado a la CNC, en los términos exigidos por el artículo 66 de la LDC de 2007 para la reducción de la multa.

La atenuación de la responsabilidad por la intervención del Consejo Regulador ya ha sido apreciada por la sentencia recurrida.

La falta de efectos que invoca la parte recurrente no puede acogerse, pues la resolución sancionadora de la CNC (FD 12º), aunque sin cuantificarlos, apreció que la aplicación de los acuerdos anticompetitivos produjo efectos, consistentes en incrementar -contra toda lógica basada en el razonamiento económico- el precio en el mercado BOB, al tiempo que la demanda se reducía año a año.

Finalmente, es cierto que la situación de profunda crisis del sector ha sido considerada en ocasiones como circunstancia atenuante por la Comisión Europea, pero no se trata de una regla general, pues de la reiterada jurisprudencia del Tribunal General, recogida en sentencias de 14 de diciembre de 2006 (asunto T- 259/02 , apartado 510), 5 de octubre de 2011 (asunto T-39/06 , apartados 352 y 353), 16 de septiembre de 2013 (asunto T-412/10 , apartados 162 y 163), 14 de mayo de 2014 (asunto T-406/2009, apartado 175) y las que en ellas se citan, se desprende que la Comisión Europea no está obligada a considerar como circunstancia atenuante la mala salud financiera del sector de que se trate, habiendo señalado que, "por lo general, los cárteles surgen en el momento en que un sector atraviesa dificultades", y que la crisis económica no basta por si sola para justificar la reducción del importe de la multa.

De conformidad con los anteriores razonamientos, procede la desestimación del recurso de casación de Bodegas Barbadillo S.L.

NOVENO.- Examinamos seguidamente las cuestiones que plantea el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, señalando que esta Sala ya se ha pronunciado en las sentencias de 30 de enero de 2015 y 9 de febrero de 2015 , antes referenciadas, sobre dos recursos de casación del Abogado del Estado, en relación con sentencias de la Audiencia Nacional recaídas en recursos de otras empresas integrantes del mismo cártel, y al plantearse el recurso del Abogado del Estado con los mismos motivos y en iguales términos a los ya resueltos por esta Sala, seguimos ahora nuestros anteriores razonamientos por motivos de unidad de doctrina y seguridad jurídica.

Procede la inadmisión del primer motivo de casación, en el que la Administración del Estado aduce que la sentencia de instancia ha apreciado indebidamente la concurrencia de una circunstancia atenuante, pues sucede que la atenuante apreciada en la sentencia -la situación de incertidumbre jurídica- no aparece cuestionada, ni mencionada siquiera, en el escrito de preparación del recurso, donde, por tanto, no se anunciaba ningún motivo de casación sobre esta cuestión.

Por ello, el motivo de casación donde la Administración del Estado pretende suscitar ahora el debate sobre la atenuante carece de toda viabilidad, aunque dado el momento procesal en que nos encontramos nuestro pronunciamiento no será de inadmisión sino de desestimación.

DÉCIMO.- En el motivo segundo de su recurso denuncia el Abogado del Estado la infracción por la sentencia recurrida de los artículos 63.1.c) y 64.1.a) de la LDC de 2007 , en relación con el artículo 3.1 del Código Civil y la jurisprudencia que cita, por calcular la sanción en un porcentaje sobre el volumen de ventas de la actividad de la empresa infractora en el sector económico en que se produce la infracción, referido al ejercicio 2009 que fue el inmediatamente anterior al de la resolución sancionadora de la CNC, en lugar de referirse al volumen total de ventas de dicho ejercicio.

El Abogado del Estado sostiene en este motivo del recurso de casación que la sentencia impugnada realizó una interpretación y aplicación de los artículos 63.1.c) y 64 de la LDC contraria a derecho, pues el proceso de cálculo de las sanciones diseñado por la LDC se articula sobre una doble fase, por un lado el articulo 64 LDC enumera los criterios que deben tomarse en consideración para graduar las sanciones, y una vez calculado el importe de la sanción de acuerdo con dichos criterios, la ley fija un umbral máximo que la sanción no podrá superar, cualquiera que sea el proceso de cálculo empleado. La metodología para la cuantificación de las sanciones adaptada a los criterios de graduación ha sido detallada en la Comunicación de la CNC, de 6 de febrero de 2009, y una vez fijado el importe de la multa conforme al artículo 64 de la LDC , el artículo 63.1 de la LDC impone que este no supere *«el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa»* , sin que esta última disposición normativa tenga la condición de elemento de la liquidación ni de graduación de la multa, sino la de un límite, el tope máximo más allá del cual no resulta posible sancionar.

La sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2015 (recurso 2872/2015), reiterada por numerosas otras posteriores, rechazó los argumentos del Abogado del Estado, que defienden la conformidad con los artículos 63 y 64 LDC de la metodología para la cuantificación de las sanciones, detallada en la Comunicación de la CNC de 6 de febrero de 2009 (BOE de 11 de febrero de 2009).

Como señalábamos en la citada sentencia, la metodología para la cuantificación de las sanciones que propugna la Comunicación de la CNC de 6 de febrero de 2009 , implica en un primer momento fijar el importe básico de la sanción sin sujeción a escala alguna, a esta cifra se aplica ulteriormente un coeficiente de ajuste, según las circunstancias agravantes o atenuantes que se aprecien, y solo en una tercera fase se ajusta -cuando proceda- la cantidad así obtenida a los límites fijados en el artículo 63 de la LDC , lo que implica, en buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente sólo a modo de correctivo el porcentaje del 10% del volumen de negocios, sin que dicho método se avenga al artículo 63 de la LDC , que marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones, no en cuanto "umbral de nivelación", sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa.

Sin embargo, el motivo debe prosperar en lo que se refiere a la limitación que efectúa la sentencia a la facturación de la empresa recurrente respecto del mercado afectado, en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, que en este caso es el ejercicio 2009, pues como sostiene el Abogado del Estado, las referencias que efectúa el artículo 63 de la LDC a la facturación o volumen de negocios de la empresa infractora han de entenderse hechas al volumen total de negocios, y no al volumen de negocios o facturación en la actividad afectada por la infracción.

Así resulta del criterio jurisprudencial de esta Sala expresado en la repetida sentencia de 29 de enero de 2015 y posteriores, que señalan que «compete al legislador decidir si el "volumen de negocios" sobre el que debe aplicarse el porcentaje máximo de la escala sancionadora es, en el caso de las empresas con actividad en varios mercados, bien el global o "total", bien el parcial correspondiente a uno o varios de sus ámbitos de actividad económica»

Añade la sentencia que seguimos que «La expresión "volumen de negocios" no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión "volumen de negocios total", como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo "total" al sustantivo "volumen" que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del artículo 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen».

De conformidad con lo anterior, procede la estimación del recurso del Abogado del Estado, tan sólo en lo que se refiere a la interpretación reductora que la sentencia recurrida ha hecho de la expresión de "volumen total de negocios" del artículo 63.1 de la Ley 15/2007 , que estimó aplicable en el presente caso.

DÉCIMOPRIMERO.- La estimación del recurso de casación del Abogado del Estado, en los términos que se acaban de expresar, conduce a que debamos resolver *"lo que corresponda dentro de los límites en que apareciera planteado el debate"* , de conformidad con el artículo 95.2.d) de la Ley reguladora de esta Jurisdicción .

Pues bien, debemos confirmar la apreciación de la Sala de instancia de la circunstancia atenuante y la anulación de la resolución sancionadora impugnada en lo que se refiere al importe de la multa, pues la resolución administrativa la cuantifica a partir de un método de cálculo no ajustado a derecho.

Pero no compartimos la interpretación reductora que la Sala de instancia ha hecho de la expresión *"volumen total de negocios"* inserta en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 , que ha llevado a la sentencia impugnada a cifrar la multa en un porcentaje del 7% *"del volumen de ventas de vinos de Jerez para el mercado BOB"* en el ejercicio anterior a la fecha de la resolución, toda vez que el cálculo de la sanción no procede realizarlo con arreglo a las pautas establecidas en la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009, sino que debe hacerse de conformidad con la interpretación que de los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia , hacemos en esta Sentencia.

Por tanto, procede reiterar el fallo de instancia en cuanto anula la cuantía de la multa, pero ese pronunciamiento anulatorio debe completarse ordenando a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidas las circunstancias de reducción de la multa apreciadas por la Sala de instancia y aplicando los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios total de Bodegas Barbadillo S.L. en el año 2009, precisando 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 el fundamento décimo de esta sentencia.

Naturalmente, sin que la sanción que resulte pueda exceder en ningún caso de la impuesta en la resolución de la CNC impugnada.

DECIMOSEGUNDO.- De conformidad con el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción , no procede la imposición de costas a la Administración General del Estado al haberse estimado parcialmente su recurso de casación, ni tampoco a Bodegas Barbadillo S.L. por mantener igualdad de criterio con la decisión sobre costas de la STS de 9 de febrero de 2015 , ya referenciada, en la que no se hizo imposición de costas a otra de las empresas integrantes del mismo cártel, cuyo recurso de casación desestimado se planteó en similares términos al presente recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido **NO HA LUGAR** al recurso de casación interpuesto por Bodegas Barbadillo S.L. contra la sentencia de 15 de enero de 2014, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso administrativo número 544/2010 . **HA LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la Administración General del Estado contra la sentencia de 15 de enero de 2014, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso administrativo número 544/2010 , que queda ahora anulada y sin efecto en lo que se refiere a la interpretación que en ella se hace de la expresión *"volumen de negocios"* inserta en el artículo 63.1 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia y a la cuantificación de la sanción. **ESTIMAR EN PARTE** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Bodegas Barbadillo S.L. 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 fundamento décimo y decimoprimero de esta sentencia. Sin imposición de costas a ninguno de los recurrentes.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la coleccion legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Dª. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ