

Id. Cendoj: 28079230062013100329
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 06/03/2013
Nº de Recurso: 619/2010
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA
Procedimiento: CONTENCIOSO
Tipo de Resolución: Sentencia

Idioma:

Español

SENTENCIA

Madrid, a seis de marzo de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Emilio Lastau S.A.**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Jose Luis García Guardia, frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 28 de julio de 2010**, relativa sanción siendo **Codemandado** Complejo Bodeguero Bellavista SLV y Zoilo Ruiz Mateos SL y la cuantía del presente recurso 400.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por promovido Emilio Lastau S.A., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Jose Luis García Guardia, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 28 de julio de 2010, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada y con ella de la sanción.

SEGUNDO : Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO : Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y

pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día doce de febrero de dos mil trece, en que comenzó la deliberación, concluyendo ésta y la correspondiente votación el cinco de marzo de dos mil trece.

CUARTO : En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO : Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 6 de octubre de 2011, por la que se impone a la hoy recurrente la sanción de multa de 400.000 euros por resultar acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 101 del TFUE .

SEGUNDO : Antes de entrar en el análisis de la cuestión de fondo, hemos de recordar el contenido de la parte dispositiva de la Resolución de la CNC que hoy enjuiciamos:

"PRIMERO.- Declarar que... BODEGAS EMILIO LUSTAU, S.A.,... 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 EMILIO LUSTAU, S.A., cuatrocientos mil euros (400.000 €)....

CUARTO.- Intimar a... BODEGAS EMILIO LUSTAU, S.A.,... para que en el futuro se abstengan de realizar las prácticas sancionadas y cualesquiera otras de efecto equivalente..."

TERCERO : De los hechos declarados probados, que la Sala admite hemos de destacar:

"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),...

Se establece una primera distinción de los vinos con Denominaciones de Origen Jerez y Manzanilla (en adelante, DD. O Jerez y Manzanilla) entre zona de producción (donde se sitúan las viñas) y de crianza (donde se sitúan las bodegas). Respecto a la zona de producción de estos vinos con DD.O Jerez y Manzanilla, se encuentra situada básicamente en la provincia de Cádiz, con algunos terrenos también en la provincia de Sevilla. Los tipos de vinos amparados por la Denominación de Origen "Jerez-Xérès-Sherry" son, básicamente, los siguientes:

a) *Vinos generosos: Fino, amontillado, oloroso, palo cortado y raya.*

b) *Vinos generosos de licor: dry, médium, pale cream y cream.*

c) *Vino dulce natural: Pedro Ximénez o Moscatel.*

Los tipos de vinos amparados por la Denominación de Origen "Manzanilla Sanlúcar de Barrameda", caracterizada por el microclima presente en Sanlúcar de Barrameda, donde necesariamente tienen que estar situadas las bodegas de crianza, y el proceso particular de crianza de este tipo de vinos (bajo velo de flor), son los siguientes:

a) *Manzanilla fina*

b) *Manzanilla Pasada*

c) *Manzanilla Olorosa.*

La zona de producción vitivinícola de estas DD.O Jerez y Manzanilla es el denominado Marco de Jerez, que se extiende a lo largo de distintos municipios de la provincia de Cádiz (Jerez de la Frontera, Puerto de Santa María, Sanlúcar de Barrameda, Trebujena, Chipiona, Rota, Puerto Real y Chiclana de la Frontera), así como por terrenos del municipio de Lebrija, de la provincia de Sevilla, constituyendo las características climatológicas y de composición del suelo un factor determinante para la maduración de la uva. La zona se enmarca, a su vez, en la producción vitivinícola de la Comunidad Autónoma de Andalucía, donde aproximadamente el 70% del viñedo pertenece a alguna Denominación de Origen (6 en total), destacando por su peso la superficie ocupada por la producción de vinos de Jerez, Manzanilla y Vinagre de Jerez, con 10.078 hectáreas (en torno al 38% del total del viñedo en esa Comunidad Autónoma)."

Continúa la citada Resolución:

"Desde la década de los ochenta el mercado español del vino con DD. O Jerez y Manzanilla ha vivido un período de reestructuración y crisis debido a la disminución del consumo de vino con DD. O Jerez y Manzanilla, sobre todo en los mercados de exportación, que representan la mayoría de las ventas totales (fundamentalmente en Reino Unido, Países Bajos, Alemania y Estados Unidos, que absorben más del 90% de las exportaciones).

Esta disminución en el consumo propició la existencia de un exceso de oferta en el mercado que se ha intentado ajustar a la demanda a propuesta de distintos estamentos, entre otros, la Junta de Andalucía y el CONSEJO REGULADOR. Para ello se establecieron distintos planes estructurales como el Plan de Reconversión a cuatro años, vigentes desde septiembre de 1991 hasta septiembre de 1994. La superficie de viñedo se mantiene prácticamente estable desde entonces en 11.000 Has. No obstante, a pesar del estancamiento de la producción, la oferta desde entonces hasta la actualidad ha sido superior a la demanda, ya que las exportaciones han ido disminuyendo paulatinamente desde los años 80, debido principalmente al cambio de los hábitos de consumo de los consumidores extranjeros hacia otro tipo de vinos.

La oferta de producto con DD. O Jerez y Manzanilla, proviene de los siguientes tipos de bodegas:

- Bodegas de "Elaboración" o "lagares": son bodegas inscritas en los registros del Consejo Regulador de las DD. O Jerez, Manzanilla y Vinagre de Jerez, que están situadas en la zona de producción, y en las que se pisa la uva procedente de los viñedos inscritos, y donde se almacena el mosto durante su vinificación.

- Bodegas de "crianza y expedición" o "exportadores": son bodegas que elaboran vino y posteriormente lo comercializan embotellado, estando autorizadas para ello por el Consejo Regulador para poner el vino a disposición del consumidor. Por lo general, estas bodegas tienen mayor volumen de producción y almacenado que las de "crianza y almacenado" o "almacenistas" (se analizan a continuación) y son más numerosas, en la actualidad 64 bodegas, encontrándose la mayoría de ellas en la denominada "Zona de Jerez Superior", fundamentalmente en Jerez de la Frontera (Cádiz) donde se concentra el 60% del total de la superficie del Marco de Jerez. Las bodegas incoadas en este expediente sancionador pertenecen a este grupo. También pueden venderse vino entre sí.

- Bodegas de "crianza y almacenado" o "almacenistas": son bodegas que "crían" vino pero no lo venden embotellado. Están dedicadas a la comercialización de sus vinos en el mercado interno. Son de menor tamaño que las de "expedición" y menos numerosas (14 bodegas). Están situadas en su mayoría en la "Zona de Jerez Superior" de Sanlúcar de Barrameda donde se concentra el 12% del total de la superficie del Marco de Jerez.

- Bodegas de producción: este cuarto tipo de bodegas tienen un menor volumen de producción que las anteriores, y están situadas en la zona de producción, pero fuera de la zona de crianza. Su actividad principal es la obtención de vinos aptos para ser criados y envejecidos posteriormente en bodegas de la zona de crianza. Estas bodegas, inscritas en el correspondiente registro, comercializan con frecuencia sus vinos directamente en el mercado local y no están sujetas a cupos, por lo que una bodega puede vender toda su producción en una sola campaña.

Y siguen los hechos probados:

"El mayor volumen de existencias de vino con DD. O Jerez y Manzanilla se encuentra almacenado en las bodegas de "crianza y expedición" (478.313 botas, es decir, el 95% del total de existencias al inicio de la campaña 2008/09), mientras que las bodegas de "crianza y almacenado" cuentan con un volumen de existencias en crianza mucho menor (alrededor de 25.000 botas, es decir, el 5%).

En la década 1991-2001, las existencias totales de vinos en crianza de las bodegas de estas DD. O Jerez y Manzanilla se redujeron en un 40,3%, debido al plan de reconversión del sector acometido en 1991. Desde entonces, continúa decreciendo paulatinamente el volumen de existencias almacenado en las bodegas de crianza, cifrándose éstas al comienzo de la Campaña 2008/09 (1 de septiembre de 2008) en 503.487 botas, o lo que es lo mismo, en 2.517.435 hectolitros. Dicha cantidad es ligeramente superior a la almacenada al comienzo de la campaña 2007/08.

La comercialización total de este producto DD. O Jerez y Manzanilla ascendió en 2008 a 50.540.694 litros que fueron exportados a la UE en su mayoría (65%), siendo el Reino Unido el destino líder respecto de la exportación realizada, absorbiendo un 28,1% del total de dichas exportaciones. No obstante, en el último año (2008/09) las exportaciones cayeron un 10%. Las marcas blancas (BOB) suponen en la actualidad alrededor del 60% de las ventas totales del sector y la mayor parte se destina a la exportación (según datos aportados por BELLAVISTA y ZRM concentra alrededor de

2.400.000 cajas de 9 litros que se venden en el mercado internacional). La exportación supone en la actualidad más del 76% de la actividad del sector del vino con DD. O Jerez y Manzanilla. Según se deduce de la información que obra en el expediente, las bodegas integrantes del cártel concentran más del 90% de las exportaciones de producto BOB.

Y se añade:

"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*
- 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"*

Para continuar:

"BODEGAS EMILIO LUSTAU, S.A. (LUSTAU), inscrita en el Registro de Bodegas de Crianza y Expedición del Consejo Regulador, fue fundada en 1896 y adquirida por el Grupo Caballero en 1990 (las referencias al grupo de empresas se realizarán con el nombre LUSTAU de ahora en adelante).

El Grupo Caballero es un grupo empresarial con origen en El Puerto de Santa María y Jerez de la Frontera, que desarrolla especialmente actividades relacionadas con la elaboración de vinos (vinos de Rioja, Rueda, Toro, Jerez y brandy de Jerez), bebidas espirituosas (por ejemplo, Ponche y Crema Caballero, Mangaroca) y complementadas con otras de tipo inmobiliario y agrícola.

Las actividades relacionadas con las bebidas espirituosas y vinos representaron en el año 2005 el 99,7% del volumen de ventas total del Grupo Caballero. En el ámbito de los vinos de Jerez, el Grupo Caballero cuenta con dos bodegas: LUSTAU (Bodegas Los Arcos) y Luis Caballero (Bodegas San Francisco). Las marcas propias de vino de Jerez de LUSTAU son las siguientes: Papirusa, Puerto Fino, Los Arcos, Emperatriz Eugenia, Almacenista Pata de Gallina, East India, Emilín y San Emilio. LUSTAU también elabora marcas blancas."

En cuanto a la conducta imputada a la recurrente, según el fundamento jurídico undécimo:

"La DI le imputa responsabilidad en el cártel desde septiembre de 2005. Los hechos acreditan su asistencia a la reunión de 15 mayo 2000, la que la PR valora como el embrión del cártel que ha tenido lugar, pues en ella se habla de la necesidad de reducir las existencias en 120.000-150.000 botas y de fijar el cupo de venta anual en función de las ventas-no de las existencias- del año anterior. En correo interno de 2 de febrero de 2004, y con motivo de que LUSTAU le quita a un cliente a GB, GB dice "no me lo podía creer ya que esta empresa [LUSTAU] ha estado sentada en la mesa con nosotros, aunque no ha participado en todas las reuniones". LUSTAU pertenecía en septiembre de 2005 a la comisión ejecutiva de FEDEJEREZ y estuvo presente en la reunión que esta comisión celebró el 26 de septiembre del 2005 así como en la de 17 de octubre. En ambas consta que se trató de medidas de comercialización como fijar un cupo para cada bodega, y basarse para ello en un rango de años históricos, es decir no se trataba de un limitación en base a existencias para aplicar la ley de tercios que persigue un mantenimiento de calidad/características organolépticas, sino una restricción de oferta para evitar que ante un exceso de oferta caigan los precios. Además, con el fin de poder establecer bien estos parámetros, se acordó también solicitar datos comerciales de las empresas al CR, datos que resultaron ser comercialmente sensibles (HA 6.53).

En la reunión de 22 de noviembre de 2005, de la comisión ejecutiva de FEDEJEREZ también asistió Lustau, y en ella se aprobó la aplicación del cupo discriminado y aplicación a partir de la campaña 05/06 y todo una serie de medidas para facilitar la implementación del mismo. En noviembre de 2005 y diciembre de 2005 hay intercambios de correos entre la dirección de FEDEJEREZ y LUSTAU sobre los datos desagregados que son preciso conocer para el cálculo del cupo discriminado. LUSTAU sigue presente en las reuniones de 2006, tanto en el marco de la comisión ejecutiva, como en el marco de reuniones multilaterales, y aparece también en la mayoría de los correos y reuniones acreditados durante 2007 y 2008, hasta la última reunión acreditada.

Los hechos acreditados muestran indicios de su participación en este cártel desde al menos 2004, sin contar su presencia en la reunión de 2000, aunque este Consejo comparte con la DI que lo acreditado sitúa su responsabilidad en septiembre de 2005. Sobre el contenido de dichas reuniones alega que fue a pocas, que eran de menor importancia, convocadas por el CR, distanciadas en el tiempo, sin protagonismo de LUSTAU, con presencia pasiva en las mismas y sin acatamiento de acuerdo alguno.

Con respecto a su comportamiento en el mercado, éste fue independiente y competitivo, captó clientes que antes eran suministrados por otros. De hecho la DI reconoce que hay una diferencia entre las 5 principales actoras del cártel y las otras cuatro (LUSTAU, PR, CAYDSA Y FERRIS, Párr. 379). El Consejo valora que aun

aceptando que su papel no fuese tan activo o intenso como el de otras empresas, no queda duda de su participación, bien mediante su papel en el comité ejecutivo de FEDEJEREZ, bien mediante su asistencia a otras reuniones del cártel, en los planes conjuntos de sus competidores para limitar la cantidad de vino embotellado que se podría poner en el mercado en su totalidad y por cada empresa, es decir en el "cupos discriminado", algo que resultaba imprescindible para poder limitar el acceso al mercado BOB de los competidores con capacidad real de competir.

Contribuyó con su actitud, sin lugar a dudas, a reforzar esa imprescindible y fundamental limitación artificial, y acordada conjuntamente, de la producción. Pretende LUSTAU en sus alegaciones, que el hecho de no haber acordado precios mínimos, e incluso de no haberlos aplicado, la exime de responsabilidad en la conducta. El Consejo no puede aceptar tal alegación, pues si bien, y de acuerdo con la DI, su papel no fue tan activo como otros, ni siquiera fue tan inexistente o meramente pasivo como pretende, pues tomó parte en el diseño de solicitud de datos precisos a las empresas. Especial respuesta merece la pretensión de LUSTAU sobre el tratamiento diferenciado de los intercambios de información como una conducta independiente del resto y carente de aptitud anticompetitiva. En primer lugar el trámite de captación de datos y la elaboración de estadísticas sobre su base, en la que participó LUSTAU de forma directa, era algo necesario para conocer exactamente la realidad cuantitativa y estructural del mercado en ese momento, paso previo al establecimiento del cupo discriminado, e insistimos de nuevo, que la implantación del cupo discriminado, era una pieza clave para poder controlar los precios del mercado BOB, objetivo último del cártel, pues como ya se ha explicado anteriormente, los precios del resto del mercado del Jerez están correlacionados con los del mercado BOB, y por tanto no puede separarse la conducta por acuerdos independientes, como pretende LUSTAU en sus alegaciones. Hay una conducta única: un acuerdo de voluntades para mantener los precios del vino de Jerez en un nivel determinado, al margen del nivel que las fuerzas de la oferta y la demanda determinarían en un mercado competitivo, es decir, en un mercado con ausencia de ese acuerdo de voluntades. La limitación de la producción, el reparto del mercado, la fijación de un precio mínimo, los controles de seguimientos, los intentos de disciplinar a los free-rider, etc, no son sino instrumentos al servicio del objetivo único y común, mantener los precios por encima de un determinado nivel.

Tampoco puede aceptarse la alegación de no haber recibido información relevante que pudiera modificar su estrategia competitiva. Alega que en ninguna de las reuniones acreditadas en el expediente en las que hubo intercambio de información estuvo presente LUSTAU. Hay que señalar dos cuestiones respecto a esta alegación. En primer lugar que, de nuevo, no puede atenderse la pretensión de LUSTAU de seccionar la conducta en tantas conductas como instrumentos precisa su implementación. En un caso de cártel como el que nos ocupa, la conducta no es el intercambio de información, éste es solo un instrumento, por tanto no puede aceptarse, como alega LUSTAU, que los intercambios de información en el caso presente no cumplen los requisitos establecidos por la jurisprudencia comunitaria para que sean considerados aptos para distorsionar la competencia, citando el caso de los tractores (STPI de 27 de octubre de 1994 asunto T-35/92 John Deere LDT c comisión, apartado 51) o al TDC con las AS 329/02 estadísticas Cerveceros. Y en segundo lugar, olvida LUSTAU que el intercambio de información en este cártel no se produjo solo en las reuniones en las que se habló de precio y reparto de clientes, sino también en la fase de solicitud de información de las empresas al CR para la elaboración del cupo discriminado. Y al menos a través de su participación en el comité ejecutivo de FEDEJEREZ se ha acreditado que participó en el diseño de toma de datos y elaboración de la fórmula para obtener el cupo discriminado."

Estas imputaciones se realizan en base a los siguientes hechos:

"El 26 de septiembre de 2005, se celebró reunión de la comisión ejecutiva de FEDEJEREZ, compuesta por representantes de DOMEQ, GB, ESTEVEZ, LUSTAU, OSBORNE, SANCHEZ ROMATE, SANDEMAN WH, HR PEREZ MARIN y por el presidente y secretario de FEDEJEREZ, en cuyo acta (f 2573) constan tratados los siguientes temas:

"3. PLAN SECTORIAL.-

Aprobar el Acuerdo Sectorial con Arjeman y Aecovi y solicitar al Presidente del Consejo su inclusión para refrendo en el próximo Orden del Día del Pleno del Consejo.

3.2 En lo relativo al Plan Global aprobado por FEDEJEREZ, el Secretario recuerda que una vez abordado el campo de la producción es necesario retomar el debate acerca del estado y futuro de la comercialización, haciendo especial hincapié en el momento sectorial que aconseja máxima celeridad en el debate y aprobación de manera que, con la actual configuración del Pleno del Consejo podamos contar, en virtud del Acuerdo citado en el punto anterior, con el apoyo de Cooperativas algo que no está para nada garantizado a partir de Diciembre por la anunciada batalla política por el poder en el sector cooperativo".

6. REFORMA OCM.-

En relación a la reforma de la OCM Vino, el Secretario informa,

Que de las reuniones mantenidas con la DG Agri se puede interpretar que el principal enemigo es la propia Comisión. En este momento se pone en duda no ya las ayudas a la destilación sino la propia necesidad de una OCM Vino. Como único dato positivo resaltar la consolidación de FEDEJEREZ como interlocutor de la Unidad de Vinos, ..."

El 17 de octubre de 2005, se celebró reunión extraordinaria de la comisión ejecutiva de FEDEJEREZ, compuesta por representantes de DOMEQ, GB, ESTEVEZ, LUSTAU EMILIO HIDALGO, OSBORNE SANDEMAN WH, y por el presidente y secretario de FEDEJEREZ en cuyo acta (f 2571) constan tratados los siguientes temas:

"1. PLAN GLOBAL. FEDEJEREZ NOVIEMBRE 2.004.-

En lo relativo al Plan Global aprobado por FEDEJEREZ, el Secretario recuerda las líneas fundamentales del Plan aprobado por la Ejecutiva el pasado Noviembre. De todas las medidas allí esbozadas, hasta la fecha no hemos sido capaces de desarrollar propuestas que permitan abordar la discriminación de cupo, la contingentación de ventas o posturas coordinadas alrededor del BOB y su continuada caída de precios que lastra las posibilidades de las marcas y la rentabilidad del Jerez en su conjunto.

... breve exposición de medidas adoptadas históricamente, que sirven como base para el debate, tras el cual se establece, que con independencia de otras medidas cuya adopción se hace totalmente necesaria, la prioridad debe ser acordar una fórmula de discriminación de cupo (congelación de ventas).

El Secretario argumenta la necesidad de desmitificar las distintas posibilidades existentes para el establecimiento de la fórmula que pasan por;

.-Establecer un cupo fijo para cada bodega

.-Establecer un rango de años histórico que sirva de referencia para la determinación del cupo

.-Establecer el ámbito temporal de aplicación de las fórmulas

.-Establecer un factor corrector en base a ventas y/o existencias

El análisis de la situación aconseja conocer con exactitud y transparencia una serie de datos (cupo real sectorial, cupo FEDEJEREZ, cupo ARJEMAN, cupo relativo a BOB y a marcas, exceso real de existencias, etc.), para lo cual se autoriza al Secretario a solicitar los datos al Consejo Regulador, quedando emplazados a una nueva reunión.

El Presidente toma la palabra para resaltar la importancia de este asunto, cuya única responsabilidad reside en esta mesa, y que debería abordarse con la amplitud de miras e ilusión necesarias que permitan abordar fórmulas que mejoren la rentabilidad del Vino de Jerez, solicitando a las compañías una actitud proactiva e ilusionante"....

El 22 de noviembre de 2005, se celebró reunión extraordinaria de la comisión ejecutiva de FEDEJEREZ, compuesta por representantes de DOMECCQ, GB, ESTEVEZ, LUSTAU, EMILIO HIDALGO, OSBORNE SANDEMAN WH, HR PEREZ MARIN y por el presidente y secretario de FEDEJEREZ en cuyo acta (f 2579) constan tratados los siguientes temas:

1. "PLAN GLOBAL DE FEDEJEREZ: CUPO DISCRIMINADO

En relación con las medidas de comercialización establecidas en el Plan Global de FEDEREJEZ -noviembre 04-, y oído el informe del Presidente y la presentación del Secretario, se acuerda,

1.1. Aprobar la aplicación del cupo discriminado y su entrada en vigor para la campaña 05/06

1.2. una vez cerrados los aspectos relativos al ámbito de la producción, desarrollar los acuerdos establecidos en el Plan Global dándoles máxima prioridad con el compromiso de concretarlos a la mayor brevedad y por trámite de urgencia.

Existen algunos aspectos necesitados de concreción entre los que se encuentran:

1. Posibilidad máxima de volumen puesto en el Mercado

2. Rango de tiempo a aplicar para media a efectos de fijación de cupo.

3. Factores de corrección:

a. Ayuda a marcas

b. Reducción de existencias: fórmulas que posibiliten reducción global (mantenimiento cupo fijo sobre existencias iniciales), suma de reducciones individuales.

c. Reducción de ventas: Ajustes necesarios que contemplen bajadas de ventas en las siguientes campañas

4. Umbral rentabilidad ¿€? ¿cupo? ¿40%?

5. Posibilidades de comercialización:

a. Cupo mínimo

b. Cupo máximo

6. Plazo de tiempo para aplicación del cupo discriminado: número de años, objetivo a 3 años y 1 de salida.

7. Necesidad de refrendo de la Junta para permitir fondos para diversificación.

8. fecha máxima para decisión breve

9. Solicitud de datos al Consejo:

a. datos de cada compañía

b. media 5 últimos años (salidas 132.000 botas)

c. salidas último año (122.725 botas)

d. reducción global 10% a aplicar en cada cupo individualizado"..."

Se añade:

"El 20 de febrero de 2006, se celebró reunión extraordinaria de la comisión ejecutiva de FEDEJEREZ, compuesta por representantes de BARBADILLO, DOMEQ, DELGADO ZULUETA, GB, ESTEVEZ, LUSTAU/CABALLERO, HEREDEROS DE ARGÇÚESO, HIDALGO-LA GITANA, OSBORNE, SANCHEZ ROMATE, SANDEMAN, VALDIVIA, WH, HR PEREZ MARIN y por el presidente y secretario de FEDEJEREZ en cuyo acta (f 1063) recabada en inspección a WH constan tratados los siguientes temas:

"1. CUPO DE VENTA POR BODEGAS.-

En lo relativo al cupo de venta y a las distintas fórmulas presentadas por el Secretario, se acuerda,

Establecer como principios generales para el establecimiento de una fórmula de congelación de ventas los siguientes;

1.- Congelar las ventas manteniendo la cifra global sectorial en las ventas de la campaña anterior, a través del establecimiento de un cupo por bodega

2.- Se plantea un horizonte a 5 años, con una previsión de caída del 4% en las ventas.

3.- La fórmula deberá recoger una ponderación de las existencias e incluirá el objetivo de primar de alguna manera la reducción de las mismas, bien durante el transcurso del plan bien a la salida del mismo. Se estima que la reducción anual deberá ser del orden de 40.000 botas, y ésta deberá incentivarse a través de la reducción de extensión y

rendimientos de la producción

4.- Igualmente, deberá recoger mecanismos que permitan una adecuación anual

5.- Irrenunciabilidad de la aspiración al 40% de cupo

6.- Complementariamente será preciso regular el procedimiento de transacción de derechos de bodega a bodega, establecer una fórmula de salida del plan e impulsar la contingentación del artículo 32.1.

7.- Se entiende que la aplicación de la fórmula no puede homogeneizarse y por lo tanto se asume que debe contemplar singularidades existentes

8.- En lo relativo a los plazos de aplicación se aprueba otorgar máxima prioridad a los trabajos de discusión, para una vez alcanzado un acuerdo contemplar las posibilidades de su aplicación inmediata"....

El 24 de abril de 2006, se celebró reunión de la comisión ejecutiva de FEDEJEREZ, compuesta por representantes de BARBADILLO, DOMEQ, DELGADO ZULUETA, GB, ESTEVEZ, LUSTAU/CABALLERO, HIDALGO-LA GITANA, OSBORNE, P. ROMERO, SANCHEZ ROMATE, SANDEMAN, VALDIVIA, WH, HR PEREZ MARIN y por el presidente y secretario de FEDEJEREZ en cuyo acta (f 2589) recabada en inspección a FEDEJEREZ constan tratados los siguientes temas:...

El 30 de mayo de 2006 en la sede del CR se reúnen, según documentación incautada en la sede de GB en la inspección, WH, GB, LUSTAU, BELLAVISTA Y ZRM, BARBADILLO, FERRIS, P. ROMERO, FEDEJEREZ y el CONSEJO REGULADOR dándose por constituida la mesa de comercialización (f 706, 826, 1322,1328, ,2716 y 2717), cuyo términos son los siguientes:

"MESA DE COMERCIALIZACIÓN:

Condiciones de partida:

- 1. Contingentación de la oferta total de vino de Jerez (Cupo)*
- 2. limitación de la compra de cupo ajeno (art. 32.1)*
- 3. Establecimiento de controles y limitaciones de etiquetado (sub registro BOB)*
- 4. Formación de una mesa con todos los posibles jugadores, a dos niveles: comercial y gerencial*

Objetivos:

- Mantenimiento del Statu-quo*
- Progresiva revalorización del negocio BOB*

Funciones de la Mesa de Comercialización

- Lograr consenso sobre cuál es ese Statu-quo*

- Establecimiento de precios-objetivo por mercados
- Coordinación de la respuesta a los bids
- Monitorización de la evolución del mercado

Pasos y calendario propuesto:

1. Aceptación de criterios establecidos
2. Información sobre los contratos en vigor: clientes y precios y plazos y de cualquier otra información relevante.
3. presentación del "mapa" del BOB a nivel sectorial: volúmenes, precios, reparto de clientes por bodegas, vencimiento de los contratos, etc.
4. Reunión de comerciales y acuerdo sobre la "hoja de ruta" para lograr subidas de precio
5. Propuesta a la mesa de gerentes y acuerdo de actuaciones"....

El 11 de abril de 2007, según documento incautado en la inspección a GB (f 2734), en correo interno, se informa de que han asistido a una reunión sectorial FEDEJEREZ, WH, BARBADILLO; ESTEVEZ, LUSTAU (CABALLERO), GARVEY y GB. En la misma cada uno dijo las cajas que tenía, que el total del mercado BOB son 2.350.000 cajas y que los asistentes tienen 1.800.000 cajas; quedando fuera CAYDSA, P. ROMERO y FERRIS; el periodo del acuerdo sería abril 2007-31/08/08; el precio mínimo 1,1, y quedaron en contestar a FERDEJEREZ dos días después....

El 14 de enero de 2008 se reúnen ESTÉVEZ, WH, LUSTAU y GB en la sede de ESTÉVEZ, según información recabada en la sede de GB (f 1407 y 2753).

"Adjunto os mando un pequeño resumen de la reunión de BOB que mantuve el pasado lunes.

Los asistentes fuimos, [...] (Presidente de Estévez). [...] (DG W&H), [...] (DG Luz tau) y yo, en las instalaciones de Real Tesoro. El motivo de la reunión era el pánico de JRE a presentar una subida de precio a TESCO. Les ha indicado que les va a hacer una subida de precio para el mes de Marzo sin indicarle la cantidad. Dan Jago le ha mandado una carta indicándole que tiene un proveedor (GARVEY) que le ha ofrecido 0,91 euros la botella para el BOB y 1,19 para el Finest. le ha indicado que la calidad del BOB es similar, y la del Finest menor pero que no compensa la diferencia en precio.

Real Tesoro actualmente le está vendiendo el BOB a 1 euro y el finest a 1,38.

Yo indiqué que actualmente les estamos vendiendo el Finest a 1,47 y les hemos anunciado una subida a 1,93 euros. También le indiqué que en Somerfield le estábamos vendiendo a 1,66 y les hemos anunciado una subida a 1,75.

Todos acordamos que el precio mínimo en UK debería ser 1,35 E. JRE indicó tras amplia discusión que le daría 1,30 en Marzo y 1,50 en Septiembre. En Waitrose les están vendiendo a 1,60 E

A mitad de la reunión llamo[...] indicando que había hablado con [...] y que este le había indicado que iba a demandar al Consejo por la decisión de la delimitación de cupos y que iba a por Tesco. El motivo del enfado es que con los nuevos cupos, no tienen existencias para vender.

Hoy he visto en la prensa que CAYDSA ha recurrido los cupos. Esta cooperativa tiene cupo para vender de 3.000 botas. JRE quedó en llamarles para ver si se les podía comprar el cupo para evitar que lo compre GARVEY.

En definitiva hay un intento serio de subida de precio, pero con el problema de GARVEY...

El 23 de junio de 2008, en documento aportado por el primer solicitante de clemencia (f 600) se acredita una reunión entre ESTEVEZ, BARBADILLO, LUSTAU, FERRIS, Y CAYDSA, a la que había excusado su asistencia por viajes GB, WH y P. ROMERO. El resumen de esta reunión es:

- "Necesaria actuación en bloque para defenderse de la actuación de Nueva Rumasa que podría quedarse con todo el BOB

- Darles un cupo pequeño y no venderles cupo

- CR adoptaría medidas para impedir traspaso de existencias a Bodegas Almacenistas

- Legislar en nuevo reglamento medidas para dificultarle el desarrollo de las ventas BOB

- Hacer un frente para no venderles ni mosto"".

CUARTO : La cuestión que ha de determinarse es si la recurrente ha incurrido en hechos constitutiva de una infracción muy grave del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE , por la conducta anticompetitiva continuada consistente en la adopción de acuerdos para limitar la oferta final que estaban dispuestos a poner a disposición de sus clientes, el reparto entre ellos de dicha cantidad final, el establecimiento de un precio mínimo para esa oferta y los mecanismos de compensación que a posteriori debían ser aplicados, fijación de precios de la uva y el mosto de Jerez en el período que va desde abril del año 1991 a marzo del año 2009.

La primera cuestión que se plantea es la relativa a una posible caducidad del expediente.

En relación a esta cuestión hemos de recordar que el Reglamento de Defensa de la Competencia, R.D. 261/2008 regula la cuestión en el artículo 12 , en los siguientes términos:

"Artículo 12. Cómputo de los plazos máximos de los procedimientos en casos de suspensión.

1. En caso de suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá adoptar un acuerdo en el que se señale la causa de la suspensión, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , entendiéndose suspendido el cómputo del plazo:

a) En los supuestos previstos en el artículo 37.1.a) y b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, durante el plazo concedido;

b) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.e) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados de las pruebas o de actuaciones complementarias al expediente;

c) en el supuesto previsto en el artículo 37.1.g) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un acuerdo de terminación convencional, desde el acuerdo de inicio de las actuaciones y hasta la conclusión, en su caso, de las referidas negociaciones;

d) en el supuesto previsto en el artículo 37.2.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 4 y 5 del artículo 55 de la Ley 15/2007, de 3 de julio ;

e) en el supuesto del artículo 37.2.d) de la Ley 15/2007, de 3 de julio , por el tiempo que medie entre la petición de informe, que deberá notificarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos;

f) en los demás supuestos del artículo 37 de la Ley 15/2007 , se entenderá suspendido el cómputo del plazo desde la fecha del acuerdo de suspensión, que habrá de notificarse a los interesados.

2. Para el levantamiento de la suspensión del plazo máximo, el órgano competente de la Comisión Nacional de la Competencia deberá dictar un nuevo acuerdo en el que se determinará que se entiende reanudado el cómputo del plazo desde el día siguiente al de la resolución del incidente que dio lugar a la suspensión y la nueva fecha del plazo máximo para resolver el procedimiento. Este acuerdo de levantamiento de la suspensión será igualmente notificado a los interesados.

3. En los casos de suspensión del plazo, el día final del plazo se determinará añadiendo al término del plazo inicial, los días naturales durante los que ha quedado suspendido el plazo."

Respecto del cómputo decíamos en nuestra sentencia de 15 de marzo de 2012, recurso 248/2011 :

"No puede presumirse como hace la recurrente, que el plazo de suspensión del art. 37.2.c) de la LDC ("Cuando se informe a la Comisión Europea en el marco de lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado con respecto a una propuesta de resolución en aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.") sea de treinta días naturales, sino que al no establecerse un plazo concreto de suspensión máxima, como si se hace por ejemplo en el mismo párrafo en la letra d), debe acudirse a lo dispuesto a tales efectos en el art. 12 del RDC, según el cual el inicio y el fin del periodo de suspensión se fijarán en los respectivos acuerdos. Por otra parte, el art. 48 de la Ley 30/1992 establece que cuando los plazos se señalen por días y la normativa no indique otra cosa, se entenderá que los días son hábiles, excluyéndose del cómputo los domingos y festivos."

Desde tales criterios debemos afirmar que las suspensiones referidas fueron correctas, y por ello no se ha excedido el plazo para resolver.

En cuanto a la indefensión alegada, lo cierto es que la DI imputó a la recurrente los hechos consistentes en asistir a las reuniones en las que se intercambiaba información sensible y se fijaron los cupos, aún cuando esta entidad no hubiese actuado conforme a lo acordado - la conducta imputada lo es por objeto -. No existe por tanto indefensión cuando tal participación ha sido fijada por la propia DI.

QUINTO: Hemos de recordar los siguientes planteamientos generales:

Los artículos 1.1 de la Ley 16/1989 y 15/2007 prohíben 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..."

E igualmente hemos señalado que de ello resulta: a) La actividad prohibida lo es cualquier acuerdo o conducta tendente a falsear la libre competencia. b) El tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga éxito o no la misma. c) La conducta ha de ser apta para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado delimitado.

La conducta prohibida puede ser realizada por cualquier agente económico - término amplio que incluye no sólo a las empresas, sino también a todos aquellos cualquiera que sea su forma jurídica, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado -; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos. De otra parte, la conducta puede ser realizada de forma dolosa o culposa - claramente el precepto se refiere a un elemento intencional o negligente -, siendo la primera la que tiende directamente a provocar el efecto distorsionador de la libre competencia efectivamente querido, y la segunda, la que, aún sin pretender el efecto, la conducta es apta para causarlo, pudiendo ser previsto tal efecto, aplicando la diligencia debida.

En este caso han existido acuerdos que por su objeto son aptos para restringir la libre competencia en cuanto se fijan cupos de venta para evitar la caída de los precios y se intercambia información sensible. Y estas decisiones se toman en reuniones a las que asiste la recurrente, sin oposición por su parte, aún cuando en el mercado, dicha entidad actuó de forma competitiva. Acierta la CNC al afirmar que la actitud de la actora posibilitó la conducta anticompetitiva.

La cuestión de la intervención del Consejo Regulador ha de ser observada a la luz de la doctrina elaborada respecto de los colegios profesionales de los que se señala su dualidad, de administración corporativa sometida al Derecho Público y ente privado en cuanto no actúa con tal sometimiento:

"Con ello se concluye, que los Colegios Oficiales actúan como Administración Pública, y como entes privados; en el primer caso se le reconocen las potestades propias de tal Administración, en el segundo actúa como mero particular y en condiciones de igualdad con los restantes sujetos de Derecho. Ahora bien, antes de seguir con el análisis de la incidencia de las descritas posiciones de los Colegios en la tipificación de

la conducta sancionada, es importante señalar que la dualidad que se expone en la actuación de la Administración Corporativa, se observa igualmente en la Administración Territorial e Institucional. La Administración Pública actúa sometida a Derecho Administrativo y en el ejercicio de potestades exorbitantes por éste reconocidas, pero también lo hace sometida a Derecho Privado y en la posición que cualquier sujeto privado de Derecho ocuparía en una relación jurídica - con independencia de determinados privilegios y limitaciones que se observan en tal posición dada la naturaleza del sujeto, pero que en absoluto pueden identificarse con el ejercicio de las potestades de imperio propias de la posición Pública -. Con tales precisiones nos adentramos en una de las cuestiones controvertidas en autos, reflejada tanto en los razonamientos de la Resolución objeto de este recurso, como en el contenido de la demanda. En esencia la cuestión conflictiva puede resumirse como sigue: la naturaleza pública y privada de la recurrente, justifican el sometimiento a la Ley de Defensa de la Competencia cuando actúan con sometimiento a Derecho Privado; o bien, el carácter de Administración Pública de los Colegios, actuando en ejercicio de las funciones que les viene atribuida por Ley, impide el sometimiento de estos a los preceptos de la Ley 16/1989." (sentencia de 2 de febrero de 2004, recurso 73/2001)

El amparo por la actuación del Consejo Regulador lo sería en cuanto a su actividad estrictamente pública y con el amparo de las normas sectoriales, pero, en cuanto a su actuación más allá de la actividad estrictamente su actuación carece de relevancia a efectos de Defensa de la Competencia, aunque su intervención tiene incidencia en el elemento subjetivo de la infracción, como después veremos.

Pues bien, el Reglamento de las Denominaciones de Origen «Jerez-Xérès-Sherry» y «Manzanilla-Sanlúcar de Barrameda» y su Consejo Regulador vigente ha sido aprobado por Orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía de 13 de mayo de 2010. No obstante, dada la fecha en que ocurrieron los hechos, es de aplicación la Orden del Ministerio de Agricultura, de 2 de mayo de 1977 (BOE núm. 113, de 12 de mayo de 1977). De la regulación de aplicación hemos de destacar:

" Art. 37. 1. Las denominaciones de origen «Jerez - Xéres- Sherry y «Manzanilla-Sanlúcar de Barrameda. serán regidas por un Consejo Regulador común, con domicilio en Jerez de la Frontera. Este Organismo, de acuerdo con lo que determinan los artículos 98 y 101 de la Ley 25/1970 , estará integrado en el INDO como órgano desconcentración del mismo con la personalidad que la legislación vigente le adjudica y con atribuciones decisorias en cuantas funciones se le encomiendan en este Reglamento."

"Art. 38. 1. Con objeto de aplicar los preceptos de este Reglamento y velar por su cumplimiento, el Consejo Regulador ejercerá. las siguientes:: ls funciones:

1. Orientar, vigilar y controlar la producción, elaboración y 'calidad de los vinos amparados por sus denominaciones de origen.

2. Velar por el prestigio de las denominaciones de origen en el mercado nacional y en el extranjero y perseguir su empleo indebido.

3. Llevar IOS registros a que hace referencia el artículo 16 y los de sus titulares, así como el control de entradas y salidas de uvas, mostos y vinos en las instalaciones de elaboración y almacenamiento.

4. Colaborar en las tareas de formación y conservación del Catastro Vitícola y Vinícola que le sean encomendadas.

5. Expedir los certificados de origen y precintas de garantía.

6. La gestión 'directa y efectiva de las exacciones previstas en el Estatuto de la Viña, del Vino y de los Alcoholes, y de cuantas percepciones le correspondan, así como la recaudación de las multas y ejecución de las sanciones impuestas.

7. El estudio de los mercados, así como la promoción y propaganda de sus vinos, en la que deberá participar cualquiera que sea el organismo que la patrocine, sin perjuicio de la competencia del Ministerio de Comercio.

8. Actuar con plena responsabilidad y capacidad jurídica para obligarse y comparecer en juicio, tanto en España como en el extranjero, ejerciendo las acciones que les correspondan en su misión de representar y defender los intereses generales de las denominaciones de origen.

9. Ejercer las facultades delegadas por el INDO y otros Organismos de la Administración.

10. La incoación e instrucción de los expedientes, de acuerdo con lo que determina el artículo 94 del Estatuto de la Viña, del Vino y de los Alcoholes.

11. Proponer los presupuestos del mismo y elevarlos al INDO para su aprobación en la forma que por dicho Instituto se determine.

12. Proponer y elevar al INDO las cuentas generales del Consejo.

13. Conocer y aprobar la Memoria anual de la actuación del Consejo, dando traslado de la misma al INDO.

14. Aquellos que se le encomiende por los Organismos competentes del Ministerio de Agricultura.

15. Regular la plantación de Viñedos en la zona de producción, en la forma prevista en el artículo 5.º, 2.

16. Tomar las medidas necesarias para que los criadores exportadores y almacenistas adquieran los mostos de la cosecha, de acuerdo con la producción de la campaña y fluctuaciones del mercado fijándose precios a que se refiere el artículo 28, 3."

Por su parte el artículo 28.3 dispone:

"3. Para el cumplimiento de lo anterior y de lo que se determina en el artículo 25 sobre la obligatoriedad de adquisición por las bodegas inscritas de la uva o los vinos producidos por las viñas inscritas o por otras bodegas inscritas el Consejo Regulador queda facultado en cada campaña para tomar los acuerdos necesarios para la aplicación de esta principio, pudiendo fijar precios para la uva y vinos objeto de estas transacciones, con el fin de que sea absorbida la cosecha así como fijar precios límites para las ventas que realicen las bodegas inscritas. para evitar una competencia desleal entre las mismas."

Debemos ya señalar dos aspectos respecto de estos preceptos: 1.-Las normas analizadas no amparan la fijación de cupos ni el intercambio de información sensible, y 2.- la norma trascrita es reglamentaria - Orden Ministerial -, y por ello su rango normativo no es suficiente para excluir la aplicación de la Ley 16/1989.

Por su parte la Ley 25/1970 establece:

"Artículo ochenta y siete.-Los Consejos Reguladores tendrán, entre otras las siguientes funciones:

Primera. Orientar, vigilar y controlar la producción, elaboración y calidad de los vinos amparados por su Denominación de Origen.

Segunda. Velar por el prestigio de la Denominación de Origen en el mercado nacional y en el extranjero y perseguir su empleo indebido.

Tercera. Llevar los Registros de viñas, de bodegas, de producción y de crianza y los de sus titulares, así como el control de entrada y salidas de uvas, mostos y vinos, en las instalaciones de elaboración y almacenamiento.

Cuarta. Colaborar en las tareas de formación y conservación del catastro Vitícola y Vinícola que les sean encomendadas.

Quinta. Expedir los Certificados de Origen y precintos de garantía.

Sexta. La gestión directa y efectiva de las exacciones que se establecen en esta Ley y de cuantas percepciones le correspondan así como la recaudación de las multas y ejecución de las sanciones impuestas.

Séptima. La promoción y propaganda para la expansión de sus mercados, así como el estudio de los mismos.

Octava. Actuar con plena responsabilidad y capacidad jurídica, para obligarse y comparecer en juicio, tanto en España como en el extranjero ejerciendo las acciones que le correspondan en su misión de representar y defender los intereses generales de la Denominación de Origen.

Novena. Ejercer las facultades delegadas por el Instituto de Denominaciones de Origen u otros Organismos de la Administración.

Décima. Las demás que le confiera el Reglamento."

Esta Ley ha sido derogada por la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la Viña y del Vino.

En el ámbito de Andalucía, la Ley 10/2007, establece:

" Artículo 21. Fines y funciones de los órganos de gestión.

1. Los fines de los órganos de gestión son la representación, defensa, garantía, formación, investigación, desarrollo e innovación de mercados y promoción tanto de los vinos amparados como del nivel de protección.

2. Para el cumplimiento de sus fines, los órganos de gestión deberán desempeñar, al

menos, las siguientes funciones:

a. Proponer el reglamento que incluya el pliego de condiciones del producto establecido en el artículo 7, así como sus posibles modificaciones.

b. Orientar la producción y calidad y promocionar e informar a las personas consumidoras sobre el v.c.p.r.d., y, en particular, sobre sus características específicas de calidad, y colaborar con la Administración en la promoción de sus productos.

c. Velar por el prestigio del v.c.p.r.d., y el cumplimiento del reglamento del producto amparado, pudiendo denunciar, si procede, cualquier uso incorrecto ante los órganos administrativos y jurisdiccionales competentes en la materia, debiendo denunciar además cualquier presunto incumplimiento de la normativa vitivinícola, incluida la propia del v.c.p.r.d., a la autoridad que en cada caso resulte competente.

d. Adoptar, en el marco del 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, de transformación y de comercialización en caso de autorización, la forma y condiciones de riego, o cualquier otro aspecto de coyuntura anual que pueda influir en estos procesos.

e. Calificar cada añada o cosecha y establecer los requisitos que deben cumplir las etiquetas de los vinos en el ámbito de sus competencias.

f. Llevar los registros definidos en el reglamento de cada v.c.p.r.d.

g. Elaborar estadísticas de producción, elaboración y comercialización de los productos amparados, para uso interno y para su difusión y general conocimiento.

h. Gestionar las cuotas y derechos obligatorios que en el reglamento del v.c.p.r.d. se establezcan para la financiación del órgano de gestión.

i. Proponer los requisitos mínimos de control a los que debe someterse cada operador inscrito en todas y cada una de las fases de producción, elaboración y comercialización de los vinos amparados, por cada v.c.p.r.d., y, en su caso, los mínimos de control para la concesión inicial y para el mantenimiento de la certificación.

j. Colaborar con las autoridades competentes en materia de vitivinicultura, en particular en el mantenimiento de los registros públicos oficiales vitivinícolas, así como con los órganos encargados del control.

k. Expedir, a petición de, y previo informe vinculante de certificación del órgano u organismo de control, los certificados de origen tanto de los vinos acogidos al nivel de protección correspondiente como de la uva o de los productos intermedios que de acuerdo con el pliego de condiciones tengan la consideración de aptos para la elaboración de dichos vinos.

l. Retirar, previo informe vinculante del órgano u organismo de control, el derecho del uso de la certificación a aquellos vinos, que, de acuerdo con el sistema de control elegido, incumplan los requerimientos del pliego de condiciones."

Ninguna de las normas con rango de Ley aplicables, permiten aprobar acuerdos de

fijación de cupos o intercambio de información en los términos que son objeto del presente recurso, por lo que no existe duda respecto de la falta de cobertura legal para la realización de la conducta que enjuiciamos.

El Consejo Regulador no tenía cobertura legal para realizar la conducta que se le imputa.

En este punto podemos establecer:

1) Cualquiera que sea la naturaleza del Consejo, lo relevante a efectos de la infracción que nos ocupa es determinar la naturaleza de las potestades actuadas.

B) El principio de habilitación que rige respecto a las Administraciones Públicas, impone el reconocimiento de potestades exorbitantes exclusivamente en el ámbito público, de actuación de intereses generales, que normas con suficiente rango les atribuye.

La conducta es imputable al Consejo Regulador, pero también lo es a las entidades que forman su voluntad, pues las personalidades jurídicas de estas y la voluntad de sus órganos, no desaparecen por el hecho de que intervenga el Consejo.

Por las misma razón no puede apreciarse la vulneración del principio ne bis in idem. Las respectivas personalidades jurídicas y la independencia en la formación y exteriorización de la voluntad de sus órganos decisores, impide entender que nos encontramos ante una sola entidad jurídica.

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.

SEPTIMO : Ahora bien, la imposición de la sanción requiere no solo la concurrencia del elemento objetivo, esto es, la conducta infractora, que, como hemos visto concurre y ha quedado suficientemente acreditada en los hechos y delimitada en la tipificación; sino que es necesario que concurra también el elemento subjetivo sea dolo o culpa. Así ha sido declarado por esta Sala reiteradamente, en cuanto se requiere que en la actuación de la entidad se aprecie esa intencionalidad o negligencia.

Es evidente la complejidad normativa en cuanto a la articulación de la Ley de Defensa de la Competencia, y las competencias propias de los entes cuasi públicos, pero es necesario determinar si en el supuesto de autos, la complejidad ha podido determinar confusión que pueda justificar la apreciación de no concurrencia del elemento subjetivo de la infracción como afirma la recurrente. Efectivamente, desterrada la

responsabilidad objetiva o por el resultado, aún en Derecho Administrativo Sancionador, no puede imponerse sanción alguna, cuando no concorra dolo o negligencia en la comisión.

En el presente caso puede afirmarse que la situación es confusa por las razones siguientes:

1.- La participación del Consejo Regulador al que se atribuye en determinados casos competencias de organización del mercado.

2.- La Administración Autonómica de la Andalucía tuvo conocimiento del comportamiento sin oposición.

Estos dos elementos, afectan al elemento subjetivo de la infracción en cuanto exclusión o atenuación del elemento intencional.

La sentencia del TS de 9 de marzo de 2005, recurso 3895/2002 , declara:

"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 inmobiliario.

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..."

Resulta evidente que los elementos señalados han de tener incidencia en la responsabilidad de la actora. Pero hemos de analizar si la misma determina una exoneración de responsabilidad o tan solo la atenúa en cuanto la misma ha de ser exigida por culpa.

Como la propia actora señala en la demanda, existe una jurisprudencia consolidada respecto a la actuación de los Colegios Profesionales, que es aplicable al supuesto enjuiciado pues se trata del ejercicio de funciones cuasi públicas. Y ello precisamente determina que la actora pudo conocer esta doctrina y aplicarla. Al no hacerlo así, omitió desplegar la diligencia necesaria para determinar el ajuste a la legalidad en su actuación. Pero lo que resulta evidente es que la infracción no se cometió dolosamente, sino a título de culpa, pues el título de imputación lo es la omisión de la

diligencia debida.

La culpa es, sin embargo, leve, pues la confusión normativa y el conocimiento de los hechos por la Administración sin oposición, implica que hubiese sido necesario desarrollar una actuación indagatoria muy rigurosa para llegar a la conclusión de que la conducta era anticompetitiva.

Debe pues atenuarse la sanción impuesta.

OCTAVO: Debemos ahora examinar la graduación de la multa que procede imponer. Para ello es necesario analizar dos extremos, la configuración legal del porcentaje y el volumen de negocio sobre el que ha de aplicarse. Hemos de señalar desde ahora que, si bien la actora no plantea la cuestión en los términos en que va a ser analizada, lo cierto es que expresamente alega falta de proporcionalidad en la sanción impuesta, lo que implica necesariamente un juicio previo tanto de la mecánica en la graduación del porcentaje a aplicar, como la el volumen de negocio sobre la que ha de aplicarse. No entendemos por ello necesario someter a las partes tales cuestiones, pues constituyen el análisis de una alegación formulada en la demanda, cual es la proporcionalidad de la sanción, desde el principio iura novit curia.

Veamos en primer lugar la dicción literal de los preceptos que determinan la sanción:

El artículo 10 de la Ley 16/1989 establece:

"1. El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el artículo 4.2, 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."

Y el artículo 63 de la Ley 15/2007 determina:

"1. Los órganos competentes podrán imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en la presente Ley las siguientes sanciones:

a. Las infracciones leves con multa de hasta el 1 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

b. Las infracciones graves con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

c. 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."

Analizaremos estos preceptos, idéntico entre sí en relación con las infracciones muy graves, desde los parámetros señalados.

Analizaremos la naturaleza del porcentaje del 10%.

En el ámbito del Derecho Europeo el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 23.2 :

"2. Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia:

a) infrinjan las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado;

b) contravengan una decisión que ordene la adopción de medidas cautelares adoptada en virtud del artículo 8 del presente Reglamento;

c) no respeten un compromiso dotado de fuerza vinculante por decisión, con arreglo al artículo 9 del presente Reglamento.

Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior.

Cuando la infracción de una asociación esté relacionada con las actividades de sus miembros, la multa no podrá ser superior al 10 % del importe global del volumen de negocios total de cada uno de los miembros que opere en el mercado cuyas actividades se vean afectadas por la infracción de la asociación."

En la sentencia de 12 de diciembre de 2012 , el Tribunal General afirma:

"160 Por otro lado, se desprende igualmente de reiterada jurisprudencia que el artículo 23, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003 no exige que en el supuesto de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, el importe de la multa impuesta a una empresa pequeña o mediana no sea superior, en porcentaje de volumen de negocios, al de las impuestas a las empresas más grandes. En realidad, de dicho precepto se desprende que, tanto en el caso de las empresas pequeñas o medianas como en el de las de mayor tamaño, procede tener en cuenta, para calcular el importe de la multa, la gravedad y la duración de la infracción. En la medida en que la Comisión imponga a cada una de las empresas implicadas en la misma infracción una multa que esté justificada en función de la gravedad y en la duración de la infracción, no puede reprochársele que las cuantías de las multas de algunas de ellas sean superiores, en porcentaje del volumen de negocios, a las de las otras empresas (sentencias del Tribunal de 5 de diciembre de 2006 , Westfalen Gassen Nederland/Comisión, T-303/02, Rec. p. II-4567, apartado 174 , y de 28 de abril de 2010, Gütermann y Zwicky/Comisión, T-456/05 y T-457/05 , Rec. p. II-1443, apartado 280).

161 En lo que atañe a la alegación de la demandante basada en el hecho de que el importe de la multa que se le impuso era muy cercana al límite máximo del 10 % del volumen global de negocios (véanse los apartados 152 y 153 supra) procede señalar que parece desconocer la naturaleza de este límite. En efecto, la cuantía correspondiente al 10 % del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que sólo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y

duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartado 283).

162 El Tribunal de Justicia también ha declarado que este límite no prohíbe que la Comisión utilice en sus cálculos de la multa un importe intermedio superior a dicho límite. Tampoco prohíbe que las operaciones de cálculo intermedias que toman en consideración la gravedad y la duración de la infracción se realicen sobre un importe que supere dicho límite. Si resultara que, al finalizar los cálculos, el importe final de la multa debe reducirse a un nivel que no sobrepase el mencionado límite superior, el hecho de que ciertos factores, tales como la gravedad y la duración de la infracción, no repercutan de manera efectiva en el importe de la multa impuesta es una mera consecuencia de la aplicación de dicho límite superior al importe final (sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra, apartados 278 y 279).

163 De ello se desprende que, el mero hecho de que la multa impuesta a la demandante se halle cerca del umbral del 10 % de su volumen de negocios, en tanto que el porcentaje es inferior para otros participantes en el cártel, no puede constituir una vulneración del principio de igualdad de trato o de proporcionalidad. En efecto, esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10 % exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción del importe de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad (sentencia del Tribunal de 16 de junio de 2011, Putters International/Comisión, T-211/08, Rec. p. II-0000, apartado 74).

164 Por el mismo motivo, el mero hecho de que, debido a la aplicación de este umbral, incluso en el supuesto de una infracción todavía más grave, no se impondría a la demandante una multa significativamente superior, no demuestra que el importe de la multa que le impuso la Decisión impugnada sea desproporcionado. En todo caso, procede señalar, más generalmente, que la apreciación del carácter desproporcionado o no del importe de la multa impuesta a una empresa por una infracción de las normas de la competencia no puede realizarse sobre la base de una comparación entre la multa efectivamente impuesta y la que debería haberse impuesto por una infracción hipotéticamente más grave, puesto que se supone que las empresas han de respetar las normas de la competencia y no infringirlas. Procede señalar, además, que para justificar la tesis de que la infracción que cometió no era tan grave como habría podido serlo, la demandante reitera alegaciones que, según se desprende de los apartados 86 a 89 y 97 a 106 anteriores, deben desestimarse por infundadas."

Fuera de toda duda la prevalencia del Derecho europeo sobre el nacional en virtud de cesión de soberanía, reiteradamente declarado por el Tribunal de Luxemburgo ya desde la sentencia *Costa vs Enel*, y, posteriormente, sentencia *Simmenthal* y sentencia *Kreil*. Ahora bien, hemos de señalar desde ahora que el Reglamento CEE 1/2003 regula, en lo que nos interesa, la atribución de competencias sancionadoras a la Comisión, y desde tal presupuesto ha de entenderse la interpretación de la naturaleza del límite del 10% que realiza el Tribunal General en la sentencia parcialmente transcrita.

La prevalencia del Derecho Europeo no implica que el esquema de atribución de competencias a la Comisión en materia de Defensa de la Competencia, implique su traslado automático a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia, dada su diferente naturaleza y ámbito de actuación:

a) Respecto a la naturaleza, no puede calificarse a la Comisión de órgano administrativo equiparable a los del Derecho español. Basta ver las funciones que le vienen atribuidas en el TFUE para sostener tal afirmación, entre otros en el artículo 289 (*El procedimiento legislativo ordinario consiste en la adopción conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, a propuesta de la Comisión, de un reglamento, una directiva o una decisión*), o en el artículo 290 (*Un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo*)

b) En cuanto al ámbito de actuación, el Reglamento CEE 1/2003 determina en su artículo 4 :

"A efectos de la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la Comisión dispondrá de las competencias previstas en el presente Reglamento."

A continuación, el Reglamento regula las competencias de la Comisión. Entre estas competencias destaca la sancionadora en los términos del artículo 23 del Reglamento.

Debemos concluir que la organización de las facultades sancionadoras y su atribución a un órgano administrativo nacional no han de coincidir, en virtud del principio de prevalencia, con el alcance y facultades que el Reglamento CEE otorga a la Comisión. Y ello resulta de dos elementos:

a) el artículo 23 atribuye las facultades sancionadoras a la Comisión sin remisión a las autoridades nacionales en cuanto a su ejercicio, y por ello la facultad de sancionar en los términos recogidos en el reglamento solo es aplicable a la Comisión;

b) No así respecto de la aplicación de las normas que configuran las infracciones en los artículos 101 y 102 del TFUE - antes 81 y 82 -, como expresamente resulta del artículo 5 del Reglamento CEE 1/2003 :

"Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:

- orden de cesación de la infracción,

adopción de medidas cautelares,

aceptación de compromisos,

- imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional."

Resulta clara que la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vinculan a las autoridades nacionales - sin perjuicio de la facultad del artículo 3 del Reglamento *"Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral."* -; pero también resulta claro que la imposición de las multas sancionadoras se rige por el Derecho nacional.

Así cosas, la interpretación de la naturaleza del límite del 10% de sanción a que se refieren los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 , ha de hacerse conforme a la legislación nacional española; y a tal efecto, es esencial la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución .

En este punto hemos de recordar lo dicho en la sentencia del TC 100/2003, de 2 de junio de 2003 :

"El punto de partida de esta síntesis ha de ser la doctrina expresada por la STC 42/1987, de 7 de abril . En esta Sentencia se dice lo siguiente respecto del contenido del art. 25.1 CE : «El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía.

La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora» (loc. cit., FJ 2). Recientemente hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2 ; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6 ; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4 ; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4 ; y 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3.

En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de lex certa, «que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones» (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3 , y 123/2001, de 4 de junio , FJ 11). Con ello hemos puesto el acento en la consideración de dicho mandato como una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica (según la expresión utilizada en las SSTC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11 , y 196/2002, de 28 de octubre , FJ 5), lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el «máximo esfuerzo posible» [STC 62/1982, de 15 de octubre , FJ 7 c)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. En palabras de la STC 116/1993, de 29 de marzo , FJ 3, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita «predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa» [en los mismos o parecidos términos, SSTC 53/1994, de 24 de febrero , FJ 4 a); 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3 ; 124/2000, de 19 de julio, FJ 4 ; y 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3]. Observada desde su envés, esta garantía conlleva la inadmisibilidad de «formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador» (STC 34/1996, de 11 de marzo , FJ 5)."

La certeza implica una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable,

estableciendo, al menos, un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa, ya sea aplicando, con especialidades, los criterios del Código Penal.

En cuanto a la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas, continua la citada sentencia:

"Se abre así la posibilidad de que las leyes se remitan a normas reglamentarias en este ámbito, con el límite infranqueable, en todo caso, de que dicha remisión no facilite «una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley» (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2 ; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3 ; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8 ; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10 ; y 25/2002, de 11 de febrero , FJ 4). En definitiva, según se destaca en la STC 113/2002, de 9 de mayo , FJ 3, reiterando lo ya dicho en el fundamento jurídico 3 de la STC 305/1993, de 25 de octubre , «el art. 25 de la Constitución obliga al legislador a regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que, a partir de la Constitución, se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley»."

Por ello, los criterios de la CNC en cuanto a la aplicación de las sanciones, puede alcanzar a una graduación dentro de la previsión legal, lo que el TC denomina "*cuadro de las existentes*".

Interpretar los artículos 10 y 63 en el sentido de que el 10% del volumen de negocios opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que la CNC pueda imponer, de suerte que tal órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios o volumen de negocio en relación directa o indirecta con la infracción, contradice frontalmente el principio de Lex certa y reserva legal, respecto de las sanciones administrativas que recoge el artículo 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el TC.

La literalidad de los artículos 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 , permite su interpretación según los parámetros señalados por el TC, lo que hace improcedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley, solo posible cuando la norma legal no permita una interpretación conforme a la Constitución.

En conclusión hemos de señalar:

a) Una interpretación del límite del 10% conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0% y el máximo el 10% debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes, valorando su duración y gravedad, desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007, respecto de las infracciones leves - hasta el 1% -, de las graves - hasta el 5% -, y de las muy graves - hasta el 10% -. Nada impide que las respectivas multas se fijen en atención a toda la escala, pero razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje.

b) Las amplias facultades que el Reglamento CEE 1/2003 otorga a la Comisión en la graduación de las sanciones, no son trasladables a la CNC, de una parte, porque el Derecho Europeo no se las concede, de otra parte, porque el Derecho español lo impide por rango constitucional, y, por último, porque no existe semejanza entre la

naturaleza jurídica de la Comisión y de la CNC.

NOVENO: Resuelta la naturaleza del límite del 10%, hemos de determinar sobre la base que ha de aplicarse.

El artículo 10 de la Ley 16/1989 determinaba:

" ... 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 :

" 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."

Queda fuera de duda el parámetro temporal dada la claridad de los preceptos *ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa*, la referencia lo es al volumen de negocios del año anterior a la fecha de la Resolución de la CNC.

Se plantean, sin embargo, problemas de interpretación en el concepto *"... volumen de ventas..."* o *"... volumen de negocios total..."* : y ello, porque la empresa infractora puede realizar actividades económicas variadas, o, lo que es lo mismo, operar en distintos sectores económicos. Es necesario determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora.

Desde este punto de vista cabe entender que volumen de negocios total, viene referido a la total actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, o el volumen de negocios total en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción.

Para determinar el sentido de la norma atenderemos:

a) la proporcionalidad: tomar las totales actividades de la empresa, aún aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida,

b) finalidad de la norma: consiste en la reprobación de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan, y

c) ámbito de la vulneración: el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia.

Todo ello nos lleva a concluir que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción.

Este es también el criterio seguido por la Comisión al que se refiere la sentencia de 12 de diciembre de 2012 del Tribunal general antes citada:

"21 En primer lugar, la Comisión determina un importe de base para cada empresa o

asociación de empresas. A tal efecto, la Comisión utiliza el valor de las ventas de bienes o de servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente (apartado 13). El importe de base de la multa se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función del grado de gravedad de la infracción, multiplicada por el número de años de infracción (apartado 19). Los períodos de más de seis meses pero de menos de un año se cuentan como un año completo (apartado 24). Por regla general, la proporción del valor de las ventas que se tendrá en cuenta puede alcanzar hasta el 30 % (apartado 21)."

Aplicando esta doctrina al caso de autos, el máximo de la sanción lo es el 10% de las ventas o volumen de negocio del ejercicio anterior, en el ámbito en el que se produjo la infracción - en este caso en la exportación -. Toda vez que la responsabilidad se exige por culpa o negligencia y que esta es leve, la duración de la conducta de la recurrente breve y su participación muy escasa, la multa debe imponerse en la parte inferior del grado mínimo. Corresponde imponer el 2.5% del volumen de ventas o negocio en el ámbito de la exportación, 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 cuanto la conducta enjuiciada es contraria a la libre competencia, pero la sanción impuesta ha de ser atenuada.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **estimando parcialmente** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Emilio Lastau S.A.** , y en su nombre y representación el Procurador Sr. D^o Jose Luis García Guardia, frente a la **Administración del Estado** , dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 28 de julio de 2010** , debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la sanción de multa impuesta a la recurrente, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos** en este extremo dejando sin efecto la multa impuesta a la recurrente, **declarando** que la multa ha de consistir el 2.5% del volumen de ventas o negocio en el ejercicio anterior en el ámbito de la exportación que nos ocupa, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no 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.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada Doña LUCIA ACIN AGUADO a la sentencia de 6 de marzo de 2013 dictada en el recurso 619/2010.

Con el máximo respeto, formulo el presente voto particular.

PRIMERO: La razón por la que discrepo es que en la sentencia se ha establecido una interpretación del artículo 10.1 de la Ley 16/1989 y 63 1 c) de la Ley 15/2007 consistente en que el límite del 10% del " *volumen de ventas* " o " *de volumen de negocios total*" de la empresa infractora fijado en esos artículos viene referido al volumen de ventas/negocios en el ámbito de la actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción, esto es al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción. Como consecuencia de ello en el fallo se fija la multa como un porcentaje del volumen de ventas o negocio en el ejercicio anterior en el ámbito de la actividad económica de la empresa en que se ha producido la infracción pero limitada al ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de la CNC. Estoy conforme en que procede reducir a un 2,5% el porcentaje de la multa impuesta por la CNC pero se debía haber mantenido los parámetros sobre los que la CNC calcula ese porcentaje y que son el volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el segmento de la venta de vinos de Jerez para el mercado BOB, durante el tiempo exacto (años y meses) que cada empresa ha participado en la infracción y no solo limitada al volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el segmento de la venta de vinos de Jerez para el mercado BOB en el último ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de la CNC

Entiendo además que esta cuestión tan relevante no podía ser analizada por esta Sala sin haber dado opción a las partes para que se pronuncien sobre la misma ya que no fue planteada por la actora en el escrito de demanda, no amparando a mi juicio la mera alegación de la falta de proporcionalidad realizar un pronunciamiento sobre el tema, incurriendo por ello la sentencia en incongruencia ultra petita. Ello conforme a lo establecido en el artículo 33 de la Ley 29/1998 y como de forma reiterada ha sido establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 7 de julio de 2011 (recurso 1055/2008) 3 de octubre de 2011 (recurso 543/2009) y 23 de febrero de 2012 (recurso 4716/2009).

SEGUNDO: Las razones por las que considero que el límite del 10% del volumen de ventas o de negocios total de la empresa infractora fijado en el artículo 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 no viene referido al volumen de negocios en el ámbito de la actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción, esto es al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción sino a todo el negocio de la empresa son las siguientes:

1) El hecho de que se haya introducido la palabra "total" en la nueva Ley 15/2007 de defensa de la competencia para referirse al volumen de negocios. Así el artículo 10 de la Ley 16/1989 fijaba como límite de la cuantía de las sanciones " *multa de hasta 150.000.000 ptas (900.000 euros) , cuantía que podía ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal* ". La Ley 15/2007 que deroga la anterior establece en el artículo 63 1 c) como límite de la sanción por la comisión de infracciones muy graves " *multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa* " . En los comentarios realizados al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia (publicados en la pagina web de la CNC) , algunos de los despachos de abogados consultados manifestaron en relación con el importe máximo de las sanciones que era necesario introducir dos " *modificaciones*" . Por una parte sugerían que debería tomarse únicamente en cuenta el volumen de ventas realizado en

el mercado afectado por la infracción. De esta forma indicaban se evitaba que se tomen bases de cálculo diferentes en función de cómo estén estructuradas jurídicamente las empresas (e.g. una sola sociedad con varias actividades o con una filial independiente por actividad) y por otra el año de referencia debería ser el último en que se cometió la infracción. La nueva Ley no introduce ninguna de esas modificaciones sugeridas sino que al contrario introduce la palabra " total" precisamente para aclarar que se refiere a todo el volumen total y no limitado al volumen de ventas en el mercado afectado .

2) La redacción del artículo 63. 1 c) de la Ley 15/2007 coincide con la redacción del artículo 23.2 del Reglamento CEE 1/2003 que después de establecer que la Comisión puede imponer multas a las empresas que infrinjan las disposiciones del artículo 81 y 82 del Tratado señala que " *por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción , la multa no podrá superar el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior*"

3) La Jurisprudencia comunitaria ha precisado el alcance de dicho precepto señalando que (161) " *la cuantía correspondiente al 10% del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que sólo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios "sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en el apartado 47 supra". (sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2012 asunto novacke/Comision).*

4) Se indica en la sentencia que el tomar las totales actividades de la empresa, aun aquellas ajenas al ámbito de la infracción no es proporcional a la infracción reprimida teniendo en cuenta la finalidad de la norma y el ámbito de vulneración y nada hay que objetar ya que precisamente la resolución de la CNC ha tenido en cuenta el volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el segmento de la venta de vinos de Jerez para el mercado BOB. El importe de base de la multa por tanto se vincula a una proporción del valor de las ventas, determinada en función de los criterios establecidos en el artículo 64 (características del mercado afectado, cuota alcance de la infracción, efectos), multiplicada por el número de años de infracción. Tanto las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23 apartado 2 letra a) del Reglamento CE 1/2003 (DO 1/9/2006) como la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones se establece que el importe básico de la multa se calcula en función de un porcentaje del valor de las ventas vinculadas a la infracción, pero añade que se multiplica por un coeficiente teniendo en cuenta el número de años de participación en la misma. El porcentaje del valor de las ventas depende de la gravedad de la infracción (naturaleza de la misma, cuota de mercado acumulada de todas las partes afectadas, amplitud geográfica, etc.) y puede llegar hasta el 30 % si concurren una serie de circunstancias.

En los casos en que la aplicación de este criterio (porcentaje del volumen de ventas en el mercado afectado) multiplicado por un coeficiente según los años que ha durado la infracción supere el límite del 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior se reduce la sanción a ese límite . Así ha sido aplicado por la

Comisión Europea y analizado en la sentencia del TGUE de 16 de junio de 2011 caso Putters International/Comisión en el que la Comisión redujo la sanción que correspondería por aplicación de las Directrices (porcentaje del volumen de negocios del mercado afectado multiplicado por un coeficiente según el número de años) al umbral del 10% establecido como límite de la sanción en el artículo 23 del Reglamento Reglamento CE 1/2003 y señaló que " *esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10% exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad* ".

Por tanto no se puede identificar " *volumen de ventas afectado por la infracción* " con el " *volumen de negocio global o total* ". El primero es el que se tiene en cuenta tanto en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23 apartado 2 letra a) del Reglamento CE 1/2003 (DO 1/9/2006) como en la Comunicación de la CNC para la cuantificación de las sanciones para calcular el importe básico de la sanción y viene determinado por " *las ventas obtenidas por el infractor en los mercados del producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos durante el tiempo que la infracción ha tenido lugar* ". El segundo " *volumen de negocios total* " se refiere al volumen total del negocio de la empresa y no limitado al mercado afectado por la infracción y sobre el que se establece el límite máximo de la sanción en el artículo 63 LDC 15/2007 y por ello viene referido al ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa ya que se tiene en cuenta la situación de la empresa para hacer frente al pago de la multa en un momento próximo a su pago (momento en el que generalmente ha cesado la infracción y por tanto no tiene relación con el volumen realizado durante el periodo de comisión de la infracción).

El mercado afectado por la infracción es uno de los criterios para graduar la sanción conforme al artículo 10. 2 b) de la Ley 16/1989 y 64. 1 b) de la Ley 15/2007 pero no constituye el límite de la sanción máxima que se puede imponer conforme al artículo 10.1 de la Ley 16/1989 y 63.1 c) de la Ley 15/2007 . El caso analizado por la sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 2005 en el recurso 471/2003 es distinto al aquí analizado ya que en ese supuesto la CNC consideró como base para imponer la multa un mercado mucho más amplio que el afectado por la infracción, lo que no sucede en este caso en que la multa se ha calculado como un porcentaje sobre el volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el segmento de la venta de vinos de Jerez para el mercado BOB, durante el tiempo exacto (años y meses) que cada empresa ha participado en la infracción.

TERCERO : Se quiere precisar que en el caso de que la multa impuesta conforme a los criterios previstos en la Comunicación de la CNC no supere el 10% del volumen de negocios total (todo el negocio de la empresa y no solo la actividad afectada por la infracción) no implica que la sanción ha sido correctamente impuesta al no superar ese límite. En este sentido es importante la precisión que realiza TGUE en la sentencia de 16 de junio de 2011 caso Putters International/Comisión Tribunal señalando que (75) " *No obstante, la multiplicación del importe determinado en función del valor de las ventas por el número de años de participación en la infracción puede implicar que conforme a las Directrices de 2006 (LCEur 2006, 1965) la aplicación del umbral del 10% previsto en el artículo 23 del Reglamento núm. 1/2003 (LCEur 2003, 1) pase a ser en adelante la regla en lugar de la excepción para cualquier empresa que opere principalmente en un único mercado y que haya participado durante más de un año en un cártel. En ese caso toda diferenciación en función de la gravedad o de circunstancias atenuantes ya no podrá normalmente repercutir en una multa que haya*

sido rebajada para ajustarla al 10%. La falta de diferenciación en la multa final que resulta de ello representa un problema en relación con el principio de individualización de las penas y de las sanciones, que es inherente a la nueva metodología. Ese problema puede requerir que el Tribunal ejerza sin limitaciones su competencia de plena jurisdicción en los casos concretos en los que la aplicación exclusiva de las Directrices de 2006 no permita una diferenciación apropiada".

Por tanto si en un caso concreto se entiende a la vista de las alegaciones efectuadas por las partes que la multa impuesta vulnera el principio de proporcionalidad, se puede reducir por el órgano judicial la sanción pero no permite afirmar como se indica en la sentencia que el principio de proporcionalidad implica que en el caso de que una empresa opere en distintos sectores económicos el límite del 10% del volumen de ventas o de negocios total de la empresa infractora en el último ejercicio fijado en el artículo 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007 viene referido al volumen de ventas/negocios en el ámbito de la actividad económica de la empresa en el que se ha producido la infracción, esto es al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción y que por tanto la sanción que se puede imponer es un porcentaje entre el 0% al 10% del volumen de ventas obtenido en el mercado afectado por la infracción en el ejercicio económico inmediato anterior a la resolución de la CNC y en ese arco fijar su importe

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.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no 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.