

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

(Expte. VS/0091/08, VINOS FINOS DE JEREZ, empresa BODEGAS WILLIAMS&HUMBERT S.A.)

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 8 de octubre de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente VS/0091/08, VINOS FINOS DE JEREZ, cuyo objeto es la ejecución de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015 (recurso 1580/2013) por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2013 (recurso 540/2010) dictada como consecuencia del recurso interpuesto por la empresa BODEGAS WILLIAMS&HUMBERT S.A. (WH) en relación con la Resolución del Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia de 28 de julio de 2010 (Expediente S/0091/08).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por Resolución de 28 de julio de 2010, en el expediente S/0091/08 VINOS FINOS DE JEREZ, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), acordó:

“PRIMERO.- Declarar que COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA, S.L.U Y ZOILO RUIZ MATEOS S.L., BODEGAS GONZÁLEZ BYASS SA, BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ, SA, BODEGAS WILLIAMS & HUMBERT SA, BODEGAS EMILIO LUSTAU, SA, BODEGAS BARBADILLO, S.L, CAYDSA, BODEGAS J.

FERRIS M. C.B., BODEGAS PEDRO ROMERO, FEDERACIÓN DE BODEGAS DEL MARCO DE JEREZ Y CONSEJO REGULADOR DE LAS DDOO "JEREZXÉRES-SHERRY" "MANZANILLA SANLÚCAR DE BARRAMEDA" han incurrido en una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, por haber contribuido con su comportamiento a la creación de un cártel que se llevó a cabo en la comercialización del vino de Jerez, con la extensión, duración y responsabilidad, para cada uno de los interesados establecida en el Fundamento de Derecho Undécimo de esta Resolución.

SEGUNDO.- *Imponer las siguientes sanciones:*

-

A BODEGAS WILLIAMS & HUMBERT SA, dos millones trescientos mil euros (2.300.000 €).

.....

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

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

2. Con fecha 29 de julio de 2010 le fue notificada a WILLIAMS & HUMBERT S.A. (WH) la citada Resolución contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (540/2010), solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma.
3. Mediante Auto de 30 de noviembre de 2010, la Audiencia Nacional acordó la suspensión solicitada exclusivamente en cuanto a la multa impuesta, condicionada a la aportación de garantía en forma de aval bancario que fue declarada suficiente por Oficio de 24 de marzo de 2011.
4. Mediante Sentencia de 8 de marzo de 2013 y posterior Auto de aclaración de fecha 10 de abril de 2013, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó parcialmente el recurso (540/2010) interpuesto por WH contra la

Resolución de la CNC de 28 de julio de 2010 en cuanto a la cuantificación de la multa. Contra ella se interpuso recurso de casación (1580/2013).

5. Con fecha 30 de enero de 2015, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado y por WH frente a la referida sentencia, declarando haber lugar al mismo y manteniendo la estimación parcial del recurso acordada por la Audiencia Nacional en lo que se refiere al importe de la multa, pero no compartiendo el Alto Tribunal la interpretación reductora en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos de la sentencia de la Audiencia, ordenando a la CNMC a cuantificar la multa en orden a los criterios establecidos en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia.
6. Con fecha 1 de junio de 2015, la DC requirió a WH la aportación de información sobre su volumen de negocios total, en el ejercicio 2009, debidamente certificado.

WH presentó escrito de contestación mediante fax el 17 de junio de 2015 (folios 987 a 992) señalando, entre otros extremos, que su volumen de negocios total en el ejercicio 2009 ascendió a 26.328.869,90 €.

7. Con fecha 14 de julio de 2015 WH presentó ante la CNMC, nuevo escrito en el que se recogen diversas manifestaciones acerca de aplicación del artículo 64 de la Ley de Defensa de la Competencia.
8. Es interesado:
 - BODEGAS WILLIAMS&HUMBERT S.A.
9. El Consejo deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 8 de octubre de 2015.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Habilitación competencial.

De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley 3/2013, de 4 de Junio, de creación de la CNMC, la puesta en funcionamiento de la misma se iniciará a la fecha que al efecto se determine por orden del Ministro de Economía y Competitividad. Mediante Orden ECC/1796/2013, de 4 de Octubre, se determinó el 7 de Octubre de 2013 como fecha de puesta en funcionamiento de la CNMC. Según la disposición adicional segunda de la misma Ley, “las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]” y “las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de Julio, contiene a la Dirección de Investigación

de la Comisión Nacional de la Competencia se entenderán realizadas a las Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”.

En consecuencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2013 y el artículo 14.1. a) del Estatuto Orgánico, aprobado mediante Real Decreto 657/2013, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de sentencia del Tribunal Supremo.

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 28 de julio de 2010, dictada en expediente S/0091/08 VINOS FINOS DE JEREZ, impuso una multa de 2.300.000 euros a WH. Dicha empresa interpuso recurso contencioso administrativo contra la misma.

El recurso de esta fue inicialmente estimado en parte por la Audiencia Nacional. No obstante, el criterio manifestado por dicho Tribunal fue casado mediante Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015 en la que, aunque mantiene la estimación parcial del recurso presentado por WH en relación a la nulidad de la multa impuesta, ordena un nuevo cálculo según los criterios expuestos en su fundamentación jurídica, que difieren de los expuestos por la Audiencia Nacional. La parte dispositiva de la Sentencia del Tribunal Supremo dispone, en particular:

“2.- Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de BODEGAS WILLIAMS & HUMBERT, S.A contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de julio de 2010 (expediente S/0091/08 Vinos Finos de Jerez) y anulamos la referida resolución en cuanto se refiere a la cuantía de la multa que acuerda imponer a la recurrente (2.300.000 euros), ordenándose a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia que imponga la multa en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados, sobre el volumen de negocios de Bodegas Williams & Humbert, S.A en año 2009, con la precisión de que la cuantificación de la multa deberá hacerse por aplicación de los artículos 63 y 64 de la Ley 17/2007, de Defensa de la Competencia, interpretados en los términos expuestos en el fundamento sexto de esta sentencia (..)”.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción.

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

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

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

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

....

W&H 2.300.000 € (...)”

3.1. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con lo expuesto por el Tribunal Supremo en su fundamento sexto, en el que acoge los razonamientos jurídicos de su Sentencia de 29 de enero de 2015¹, el proceso de determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas.

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. La Sala señala que dichos límites “*constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje*” y continúa exponiendo que “*se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora*

¹ También, en idéntico sentido, dos sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013), entre otras.

aplicable a la infracción más reproachable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”

- Sobre dicha base, concluye el Tribunal que la metodología de cálculo que subyace en la *Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea* (actuales artículos 101 y 102 del TFUE), publicada en el BOE el 11 de febrero de 2009, y que utiliza la interpretación del artículo 63.1 de la LDC como un umbral o límite extrínseco, no resulta aceptable.
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *"volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa"*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *"lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan sólo las realizadas en el mercado afectado por la infracción"*. Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se refiere.
- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme a los criterios del artículo 64.1 de la LDC, esto es, entre otros, *"a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables."*
- Por último, el FD 6º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala en particular que el artículo 64 enumera criterios que *"inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en*

cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.” Añade más adelante que “las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas.”

3.2. Manifestaciones realizadas por WH en su escrito presentado el 14 de julio de 2015.

Como se cita en el Antecedente de Hecho 7, WH presentó escrito ante la CNMC, el que realizaba una serie de manifestaciones relativas a la aplicación del artículo 64 de la LDC, necesarias para determinar el importe de la nueva sanción, y presentaba como documento Anexo un Informe emitido por el Director Financiero de WH.

En dicho escrito WH manifiesta lo siguiente:

“(...) Al objeto de que la Dirección de Competencia pueda realizar una cuantificación adecuada de la sanción que eventualmente pueda corresponder a W&H en aplicación de los criterios del artículo 64 -entre los que se encuentra, la dimensión y características del mercado afectado por la infracción- procede por tanto, aportar el volumen de negocios de W&H correspondiente a las ventas de Jerez y Manzanilla en el mercado BOB en Alemania, Reino Unido, Bélgica y Holanda durante los años 2001 a 2008 (sin perjuicio de lo que más tarde se recuerda respecto a la duración de la infracción). La tabla que se recoge a continuación refleja esta información

	Alemania	Bélgica	Países Bajos	Reino Unido	Total
2001	1.925.963,06 €	156.176,66 €	14.218.999,53 €	2.428.646,54 €	18.729.566,58 €
2002	1.729.213,92 €	44.202,30 €	10.390.882,38 €	1.633.417,59 €	13.797.716,19 €
2003	1.688.312,64 €	45.651,18€	10.175.440,09 €	1.403.499,01 €	13.312.902,92 €
2004	1.138.203,36 €	77.113,80 €	8.035.668,59 €	1.560.706,68 €	10.811.692,43 €
2005	2.590.990,08 €	229.878,70 €	6.647.391,45 €	1.246.983,32 €	10.715.243,55 €
2006	2.622.118,14 €	1 10.231,,80 €	6.192.826,88 €	979.005 90 €	9.904.182,72 €
2007	2. 864.541,96 €	30.054,80€	2 714.090,64 €	1.427.132,69 €	7.035.820,09 €
2008	2.553.788,64 €	30.407,70€	2.443.434,06 €	1.558.237,03 €	6.585.867,43 €

Tal y como se observa de los datos anteriores (observación aplicable igualmente a las cifras ya aportadas en noviembre de 2009), el mercado afectado así definido por la propia Resolución tiene una relevancia insignificante. En efecto, las ventas de W&H son muy moderadas y en todo caso, los productos BOB no constituyen un insumo generalizado o presente en muchos sectores de la economía; dicho en otras palabras,

el Jerez y la Manzanilla BOB no se configuran como una materia prima relacionada con productos de consumo básico.

En este sentido, procede igualmente resaltar el acusado y progresivo descenso de las ventas de W&H en este mercado a lo largo de los años. Tal y como se observa en la tabla anterior, las ventas de W&H en el ejercicio 2001 en los cuatro países afectados ascendían a 18.729.566,58 euros, mientras que en el ejercicio 2008, solo 7 años después, éstas se situaban en 6.585.867,43 euros, fruto de la profunda crisis del sector derivada del acusado descenso de las ventas de Jerez y Manzanilla destinadas a la exportación debido a la modificación de los hábitos de consumo de los usuarios extranjeros hacia otro tipo de vinos fortificados (...)

Además WH reitera lo expuesto en su escrito de alegaciones de fecha 1 de septiembre de 2009 a la Propuesta de Resolución, "Aun aplicando un enfoque extremadamente conservador, que pudiera definir el mercado como limitado a los vinos fortificados BOB en la Unión Europea, considerando los datos aportados por FEDEJEREZ al Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía (folio 6340), W&H estima que su cuota de mercado continuaría por debajo del 2%".

Continúa su escrito considerando que la participación de WH en la infracción se circunscribía a periodo que transcurre entre mayo de 2001 y enero de 2007, puesto que la sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2013 expone que "Únicamente a partir de febrero de 2007 y como consecuencia de la aprobación de la orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía de 19 de febrero de 2007 (Boletín Oficial Junta de Andalucía de 27 de marzo de 2007) de modificación del Reglamento de la Denominación de Origen, puede afirmarse que la Junta de Andalucía a través de su Consejería de Agricultura contribuyó a dar apariencia de legalidad a las conductas referidas exclusivamente a la fijación de un cupo sobre ventas (...)"

Por último finaliza su escrito señalando que WH no obtuvo beneficio ilícito de alguno derivado de las conductas enjuiciadas y que según se recoge el documento anexo presentado, "(...) la cesión de cajas por parte de W&H provocó que esta empresa pasara de vender 11 180.556 litros en el año 2001 a 7.828.939,50 litros en el año 2002 que se convertirían en 5.966.403 litros en 2004, lo que —a pesar del incremento de precios, únicamente observados entre el 2002 y el 2003 según la documentación que obra en el expediente- supuso que W&H redujera su margen en 1.511.953,54 euros, esto es, en un 32,66%".

3.3. Criterios generales e individuales para la determinación de la sanción

La infracción que acredita la Resolución de 28 de julio de 2010 (y confirman los Tribunales) de la que es responsable WH es una infracción muy grave (art. 62.4.a) y que por tanto podrá ser sancionada con una 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 (art. 63.1.c), esto es, 2009.

Consta en el expediente que el 18 de junio de 2015, WH presentó su volumen de negocios total, relativo al año 2009, siendo este de 26.328.869,90€ (folio 990). Teniéndose en consideración esta cifra aportada, el porcentaje a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la Resolución de 28 de julio de 2010 (S/0091/08, VINOS FINOS DE JEREZ).

Tal y como se puso de manifiesto en dicha Resolución, el mercado afectado por la conducta las conductas se enmarca en el sector de la comercialización en el exterior de vinos con denominación de origen “Jerez-Xérès-Sherry” (Jerez) y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda” (Manzanilla), (DD.OO. Jerez y Manzanilla), en concreto, marcas blancas, marcas de distribuidor o productos BOB (“Buyer Own Brand”).

La zona de producción vitivinícola de estas DD.OO. 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.

La superficie de viñedo se mantenía prácticamente estable en torno a las 11.000 Has (en torno al 38% del total del viñedo en esa Comunidad Autónoma), siendo la oferta superior a la demanda, ya que las exportaciones (fundamentalmente en Reino Unido, Países Bajos, Alemania y Estados Unidos, que absorben más del 90% de 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.

Respecto a la crianza, las bodegas pueden ser:

- (i) Bodegas de “Elaboración” o “lagares”: bodegas inscritas en los registros del Consejo Regulador de las DD.OO. Jerez, Manzanilla y Vinagre de Jerez, situadas en la zona de producción, y en las que se pisa la uva y se almacena el mosto durante su vinificación.
- (ii) Bodegas de “crianza y expedición” o “exportadores”: bodegas en número aproximado de 64, a las que pertenecen las bodegas incoadas, que elaboran vino y posteriormente lo comercializan embotellado. En dichas bodegas se encuentra almacenado el mayor volumen de existencias de vino con DD.OO. Jerez y Manzanilla (478.313 botas, conteniendo cada bota 500 litros de vino, es decir, el 95% del total de existencias al inicio de la campaña 2008/09)
- (iii) Bodegas de “crianza y almacenado” o “almacenistas”: bodegas que “crían” vino y lo comercializan sin embotellar en el mercado interno. De menor tamaño y menos numerosas, unas 14 bodegas que cuentan con un volumen de existencias en crianza mucho menor (alrededor de 25.000 botas, es decir, el 5%).

- (iv) Bodegas de producción: este cuarto tipo de bodegas tienen un menor volumen de producción que las anteriores, cuya actividad principal es la obtención de vinos aptos para ser criados y envejecidos posteriormente.

La comercialización total de este producto DD.OO. 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) suponían en el 2009, alrededor de 2.400.000 cajas de 9 litros, el 60% de las ventas totales del sector, y la mayor parte se destinaba a la exportación, que suponía más del 76% de la actividad del sector del vino con DD.OO. Jerez y Manzanilla, concentrando las bodegas integrantes del cartel más del 90% de las exportaciones de producto BOB.

Tal y como se recoge en la Resolución de 28 de julio de 2010, a pesar de que se desconoce el dato sobre la cuota de mercado de WH, el porcentaje para WH del total de negocio BOB controlado por las seis empresas del cartel, para las campañas 2001-2002 y 2002-2003 fue de 35,9%, calculado sobre el 50% de las existencias con las ventas medias de producto BOB a los mercados del acuerdo durante los tres últimos años anteriores al acuerdo.

De acuerdo con la información facilitada por WH el 18 de noviembre de 2009, en la tabla siguiente se recogen los datos sobre el volumen de negocios de WH en el mercado afectado, BOB, y su volumen de negocios total, antes de IVA y otros impuestos, durante el período infractor:

AÑO	VOLUMEN MERCADO AFECTADO (€)	VOLUMEN NEGOCIOS (€)	% M. afectado/V. negocios
2001	13.202.017 ²	41.533.679	32%
2002	13.915.389	39.081.598	36%
2003	13.535.691	38.332.651	35%
2004	10.940.940	34.848.753	31%
2005	10.770.052	32.942.231	33%
2006	10.291.627	30.119.643	34%
2007	7.485.574	29.651.533	25%
2008	4.074.912 ³	30.199.304	13%

² La parte correspondiente a los 8 meses de 2001 (mayo-diciembre) de duración del cartel en ese año, que en total fue de 19.803.026 €/año 2001

³ La parte correspondiente a los 7 meses de 2008 (enero-julio) de duración del cartel en ese año, que en total fue de 6.985.564 €/año 2008

TOTAL	84.216.202	276.709.392	30%
-------	------------	-------------	-----

Fuente: elaboración propia con los datos confidenciales aportados por WH en su escrito de 18 de noviembre de 2009 (folio 1087)

Los efectos de los acuerdos sobre la competencia entre las empresas que han quedado acreditados han sido significativos en el comercio entre los Estados Miembros, sobre la base de que:

- a. El producto BOB es un producto de exportación, fundamentalmente a Alemania, Países Bajos y Reino Unido, sobre el que en el marco de los acuerdos se pactó no sólo el precio mínimo y superior a los existentes sino también el reparto de los clientes, mediante un pacto de no agresión, acordando acudir a los concursos o subastas a un precio superior al precio ofertado por el que tenía adjudicado el cliente, con el fin de que éste no lo perdiera. Todo ello se produjo con el claro objetivo de elevar los precios del producto que se conseguía además mediante restricciones a la oferta.

La aplicación de este sistema supone el establecimiento de una barrera a la expansión de las bodegas ya instaladas y el desincentivo a la entrada de otras nuevas manteniendo el status quo y asegurando los clientes de cada una de ellas. Dicho sistema se ve afianzado por el método de compensación, al corregirlo cuando es incumplido tanto por exceso como por defecto.

- b. Esta conducta eliminaba la incertidumbre en el comportamiento del competidor, limitando la competencia en la libre formación de los precios y revistiendo la aptitud suficiente como para alterar la libre competencia en el mercado.
- c. El cartel ha llevado aparejado un intercambio de información sobre precios, clientes, exportaciones, negociaciones con clientes, etc., a través del cual no sólo se ha determinado su conducta en el mercado a lo largo del tiempo respecto del producto BOB, sino también en relación con el aumento de los precios de las marcas propias en el mercado interior, tal y como queda acreditado en algunos correos incluidos en el expediente :

"Otra cuestión a considerar es la situación de precios de las marcas. En Holanda y Alemania, la subida de precios de BOB está limitada por los precios de las marcas (OSBORNE) que no suben precios. En UK donde el BOB se vende a un precio más alto que en los mercados anteriores, los precios de Harveys y, sobre todo, de Croft (entre las dos tienen el 51% de Nielsen) están haciendo perder participación y ventas (el mercado no crece) al BOB". Por ello, al hablar de medidas a implementar, en ese mismo correo se dice: "Además de las medidas de cupo, habría que poner de acuerdo a las marcas para que subiesen los precios."

- d. Por último, al haber sido un acuerdo de larga duración los efectos sobre el mercado (aumento de los precios a los clientes finales de BOB y la exclusión de terceros competidores) se han prolongado a lo largo de casi una década, y

ha quedado acreditada la implementación de los acuerdos tal y como se reconoce en las alegaciones presentadas al PCH por las entidades participantes en el cártel a pesar de que en el segundo período del cártel, tras las desavenencias surgidas entre algunas de las empresas participantes, el cumplimiento no fuera homogéneo

Por todo ello, concluye el Consejo que el cártel tuvo efectos tanto respecto de los clientes del producto BOB, como de las empresas competidoras no participante en el cártel y, en última instancia, en el consumidor.

Además como se expone en la propia Resolución, “la constatación de que la conducta ha tenido efectos la han realizado los propios integrantes del cártel, pues en distintos documentos reconocen el éxito de la mesa BOB, al haberles permitido recuperar los precios en dicho mercado. Tan exitoso fue el cártel que ese incremento de precios fue precisamente la señal que atrajo a este mercado a operadores que no estaban presentes con anterioridad, provocando con ello una presión competitiva que desestabilizó el acuerdo en 2004 y provocó el diseño de un nuevo instrumento para controlar la oferta y posibilitar de nuevo ese incremento de precios: el cupo discriminado por bodegas. Al menos para el primer período están perfectamente acreditados la existencia de efectos, por mucho que no se hayan cuantificado.”

Y como se pone de manifiesto en la propuesta de la Dirección de Investigación al Consejo: *“En la segunda etapa del cártel, el éxito fue más limitado y aunque se basaba en las mismas premisas, no se consiguió totalmente el efecto deseado de subida de precios, en gran medida a los incumplimientos puntuales que se iban sucediendo por las empresas participantes en el cártel y, también, por la desconfianza generada entre ellas. Este hecho no quiere decir que el cártel no tuviera sus efectos, ya que el conocimiento por parte de todas las empresas del comportamiento del resto de competidores, de su política comercial en relación a clientes, productos y cantidades tuvo el efecto de eliminar la incertidumbre entre las empresas participantes en el cártel, lo que les daba una ventaja competitiva respecto al resto de competidores efectivos en el mercado o a potenciales competidores que pudieran querer entrar en el mercado”.*

En cuanto a la duración de la conducta, tal y como se determinara en el expediente S/0091/08, el inicio del cártel se sitúa en mayo de 2001, momento en el que se fijan los criterios para la consecución del mismo y se procede a la firma del acuerdo hasta el 16 de julio de 2008, momento en el que se incoa expediente sancionador y se llevan a cabo las inspecciones de la CNC. Dicha duración es un hecho acreditado y reafirmado por la Audiencia Nacional, aunque no asistiera a la última reunión (23 de junio de 2008) y ello porque como pone de manifiesto la Audiencia Nacional: *“El hecho de que no acudiera a esas últimas reuniones no es suficiente para entender que su participación en el cartel quedó limitada a las reuniones anteriores a dicha fecha, si no consta que el motivo por el que no participara era que no deseaba participar en los acuerdos y que se separaba por tanto del cartel.”*

En relación a las posibles circunstancias atenuantes aplicables, el Tribunal Supremo considera aplicable una reducción del importe de la sanción a WH *“en lo que se refiere a la fijación de un cupo sobre ventas, no así en cuanto a los demás aspectos de la conducta infractora como son los relativos al reparto del mercado, fijación de precios mínimos y revisiones de dichos precios, intercambio de información sobre precios, clientes y cantidades vendidas”*. En su sentencia de 30 de enero de 2015 el Tribunal Supremo analiza el razonamiento de la Audiencia Nacional en este extremo, en los siguientes términos:

“De ninguna manera ha quedado justificado que el “contexto normativo” al que alude la representación de Bodegas Williams & Humbert deba llevar a excluir la responsabilidad por las conductas que fueron objeto del expediente.

Como explica el fundamento décimo de la sentencia recurrida, << ... únicamente a partir de febrero de 2007 y como consecuencia de la aprobación de la orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía de 19 de febrero de 2007 (Boletín Oficial Junta de Andalucía de 27 de marzo de 2007) de modificación del Reglamento de la Denominación de Origen, puede afirmarse que la Junta de Andalucía a través de su Consejería de Agricultura contribuyó a dar apariencia de legalidad a las conductas referidas exclusivamente a la fijación de un cupo sobre ventas>>. Por tanto, las conductas objeto del expediente sólo contarían con ese elemento parcialmente exculpatario a partir de la modificación del Reglamento por la citada Orden de 19 de febrero de 2007.

Pero, sobre todo, tal cobertura normativa únicamente opera en lo que se refiere a la fijación de un cupo sobre ventas, no así en cuanto a los demás aspectos de la conducta infractora como son los relativos al reparto del mercado, fijación de precios mínimos y revisiones de dichos precios, intercambio de información sobre precios, clientes y cantidades vendidas, y, en fin, articulación de mecanismos de control y seguimiento para la efectividad de los acuerdos.

De este modo queda justificado el pronunciamiento de la Audiencia Nacional que, negando que exista una ausencia de culpabilidad que deba llevar a anular, estima procedente, sin embargo, una reducción del importe de la sanción.”

En cuanto a las circunstancias agravantes, nada se dice en las Sentencias de la Audiencia Nacional y Tribunal Supremo, por lo que habrá que estar a lo manifestado en la resolución del Consejo de la CNC y que no ha sido rebatido.

En este sentido tal y como pone de manifiesto el Consejo de la CNC, se considera proporcionado aplicar como agravante el hecho de ser una de las cinco empresas integrantes inicialmente del cártel, y que el Consejo de la CNC gravó con un 5% adicional sobre la facturación de los años 2001, 2002 y 2003.

Los criterios generales apuntados hasta aquí aconsejan situar el valor porcentual de la sanción en el tramo medio dentro de la escala que el artículo 63.1.c de la LDC establece para las infracciones muy graves, y que tiene como máximo el 10% del volumen de negocios total de la empresa.

Respecto al beneficio ilícito obtenido, la Resolución de 28 de julio de 2010 recoge precios pactados a lo largo de las reuniones mantenidas en el período de duración del cartel así como el volumen correspondiente al mercado afectado, tal y como consta en el expediente. A la vista de esos datos puede comprobarse que la dimensión del mercado afectado por la infracción es de tal entidad que puede afirmarse que la sanción original –que no puede ser superada por el recálculo– no plantea problema alguno de proporcionalidad de la sanción.

De acuerdo con todo lo señalado, teniendo en cuenta por un lado la gravedad de la conducta, la muy elevada cuota de mercado conjunta de las empresas infractoras, los efectos de la infracción sobre el comercio con otros estados miembros y, en particular, la cuota de participación en la infracción de WH, cifrada en 37,3% del total, así como la compensación de las circunstancias agravante y atenuante apreciadas, esta Sala considera que el tipo sancionador en el que debe quedar fijado el importe de la multa debe ser del 5,25% de su volumen de negocios total en 2009 (26.328.869,90 €), lo que supone una sanción de 1.382.265 euros.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la CNMC en Sala de Competencia

HA RESUELTO

ÚNICO.- Imponer a BODEGAS WILLIAMS&HUMBERT S.A., en ejecución de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de marzo de 2013 (Recurso 540/2010), casada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2015 (recurso 1580/2013), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 28 de julio de 2010 (Expte. S/0091/08 VINOS FINOS DE JEREZ), la multa de 1.382.265 €.

Comuníquese esta Resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a la parte interesada haciéndole saber que la misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio.