

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA Secretaría de D. VÍCTOR GALLARDO SÁNCHEZ

SENTENCIA N°:

Fecha de Deliberación:	16/11/2010
Fecha Sentencia:	22/11/2010
Núm. de Recurso:	0000365/2009
Tipo de Recurso:	PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General:	04243/2009
Materia Recurso:	SANCIÓN
Recursos Acumulados:	
Fecha Casación:	
Ponente Ilma. Sra. :	D ^a . MERCEDES PEDRAZ CALVO
Demandante:	CONSEJO REGULADOR DE LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN JEREZ-XERES MANZANILLA-SANLUCAR DE BARRAMEDA Y VINAGRE DE JEREZ SRA. RODRÍGUEZ CHACÓN
Procurador:	
Letrado:	
Demandado:	COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado:	COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA S.L.U. Y ZOILO RUIZ MATEOS S.L.
Abogado Del Estado	
Resolución de la Sentencia:	ESTIMATORIA PARCIAL

Breve Resumen de la Sentencia:

Sanción.

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000365/2009
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04243/2009
Demandante: CONSEJO REGULADOR DE LAS DENOMINACIONES
DE ORIGEN JEREZ-XERES MANZANILLA-SANLUCAR
DE BARRAMEDA Y VINAGRE DE JEREZ

Procurador: SRA. RODRÍGUEZ CHACÓN

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA
Codemandado: COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA S.L.U. Y
ZOILO RUIZ MATEOS S.L.

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO

SENTENCIA N°:

Ilma. Sra. Presidente:
D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D^a. MERCEDES PEDRAZ CALVO
D. JOSÉ MARÍA DEL RIEGO VALLEDOR
D^a. CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO

Madrid, a veintidos de noviembre de dos mil diez.

Visto el recurso contencioso administrativo 365/2009 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales Sra. Rodríguez Chacón en nombre y representación de **CONSEJO REGULADOR DE LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN JEREZ-XERES-**

SHERRY, MANZANILLA-SANLUCAR DE BARRAMEDA Y VINAGRE DE JEREZ frente a la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado contra resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 4 de junio de 2009, siendo la cuantía del recurso de 400.000 euros, siendo codemandados **COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA S.L.U. y ZOILO RUIZ MATEOS S.L.** representados por el Procurador Sr. Genaro Tejada. Ha sido Ponente la Magistrado **D^a Mercedes Pedraz Calvo**.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO- En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 4 de noviembre de 2009 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso, se declare la nulidad de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia impugnada y con ella la nulidad de la sanción impuesta.

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

La codemandada presentó escrito de contestación a la demanda el día 4 de marzo de 2010 en el cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que estimó de rigor solicitó la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

CUARTO- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la actora con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 16 de noviembre de 2010 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la Comisión Nacional de la Competencia el día 4 de junio de 2009 en el Expediente 2779/07 el **CONSEJO REGULADOR DE DENOMINACIÓN DE ORIGEN VINOS DE JEREZ Y MANZANILLA DE SANLÚCAR** con la siguiente parte dispositiva:

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

***Segundo.** Imponer al Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérès-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda” una multa sancionadora de CUATROCIENTOS MIL EUROS (400.000 Euros) por la comisión de los acuerdos acreditados como infracción.*

***Tercero.** Instar al Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérès-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda” a que en lo sucesivo se abstenga de alcanzar y aplicar este tipo de acuerdos.*

***Cuarto.** La Dirección de Investigación de la CNC vigilará y cuidará del cumplimiento de esta Resolución. El Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérès-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda” justificará ante la Dirección de Investigación el cumplimiento de la totalidad de lo resuelto en los anteriores apartados.*

En caso de incumplimiento de alguno de ellos, se le impondrá una multa coercitiva de 600 euros por cada día de retraso.”

SEGUNDO.- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

-Introducción al sistema de cupos de venta objeto de la controversia en el supuesto de hecho

-El Consejo Regulador no ha actuado como un operador económico que ofrece bienes en el mercado sino como Administración Pública, no resultándole por ello de aplicación el artículo I LDC ni el art. 81 del Tratado CE.

- Los acuerdos denunciados se adoptan con el fin de estabilizar el mercado del vino de Jerez al amparo de las normas sectoriales aplicables y en particular, de las relacionadas con la OCM del vino.

- Los acuerdos denunciados cumplen escrupulosamente con lo dispuesto en el art. 41.1 del Reglamento CE de la OCM del vino, que regula las normas relativas a los cupos de ventas. Igualmente, dentro de esta línea de razonamiento sostiene que

la normativa sectorial goza de aplicación preferente a las normas de competencia ex. Art. 36 del Tratado CE por aplicación de lo dispuesto en el Reglamento 1184/2006.

-. La sanción impuesta al CONSEJO REGULADOR lesiona gravemente los principios del procedimiento sancionador y principios generales informadores de la actuación de las Administraciones Públicas, concretada la lesión en la vulneración de los principios de tipicidad y culpabilidad, proporcionalidad, equidad, confianza legítima.

Dentro de las alegaciones relativas al importe de la sanción impuesta sostiene igualmente que:

a) La CNC no acredita la existencia de efectos negativos en el mercado producidos por los acuerdos denunciados por lo que la imposición de la multa no está justificada. Y

b) la conducta del CONSEJO REGULADOR se beneficia en todo caso de la exención ex lege prevista en la normativa de competencia nacional y comunitaria por aplicación de lo dispuesto en el art. 1.3 LDC y 81 del Tratado CE.

El Abogado del Estado sostiene que el establecimiento de cupos sobre ventas históricas de cada bodega es una práctica restrictiva de la competencia, que tiene carácter discriminatorio, que beneficia a las grandes bodegas en perjuicio de las pequeñas y en una operación en la que el Consejo recurrente ha actuado como operador económico prueba de lo cual es el hecho de que el acuerdo de 30 de mayo de 2006 fue suspendido por la Consejería correspondiente de la Junta de Andalucía.

La fijación de cupos por ventas históricas no tiene relación con la calidad ni encuentra cobertura en el Reglamento 1184/2006 CE ni el Reglamento CE 1493/1999 del Consejo.

No se han violado a juicio del Abogado del Estado los principios inspiradores del procedimiento sancionador, por lo que debe desestimarse el recurso.

Por su parte la codemandada sostiene que los acuerdos impugnados no protegen la calidad del vino de Jerez, que el Consejo Regulador no actuaba como Administración Pública sino como operador en el mercado al aprobar los acuerdos impugnados. Alega igualmente que los acuerdos litigiosos no se adoptaron al amparo de las normas sectoriales aplicables a la OCM del vino no existiendo el alegado por la actora principio de subsidiariedad de las normas de defensa de la competencia frente a las sectoriales.

Por último alega que el objeto de la restricción es especialmente grave, y que los acuerdos en cuestión tuvieron efectos sobre la libre competencia.

TERCERO- Se declaran probados los hechos que el acto administrativo impugnado recoge como tales y que resumidamente son los siguientes:

-. El Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérès-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda” es una Corporación de Derecho Público, que

representa los intereses de todos los sectores profesionales inscritos en sus registros: bodegueros, embotelladores, almacenistas, viticultores independientes y miembros de cooperativas. Se rige por el Reglamento de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérès-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda”, aprobado por Orden de 2 de mayo de 1977 del Ministerio de Agricultura. El Pleno del Consejo Regulador está compuesto por 21 miembros, se renueva cada cuatro años con un Presidente –con voto de calidad-, un Secretario General, un representante de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, nueve Vocales del sector productor y nueve Vocales del sector comercializador (todos ellos miembros de la asociación empresarial Fedejerez).

- CAYDSA (Criadores, Almacenistas y Distribuidores de Vinos de Jerez, S.A.) es una sociedad mercantil cuyo único accionista es Cooperativa del Campo Virgen de la Caridad, con sede en Sanlúcar de Barrameda, dedicada a la crianza y expedición de las denominaciones de origen Jerez y Manzanilla Sanlúcar.

- Complejo Bodeguero Bellavista, S.L. y Zoilo Ruiz Mateos S.L. son mercantiles propiedad del Grupo Garvey y parte de la División de Bebidas de Nueva Rumasa, S.A. La primera se dedica a producir vinos de Jerez, brandy y otras bebidas espirituosas y posee marcas como Fino San Patricio, Manzanilla Juncal, Brandy Espléndido o Ponche Soto. Por su parte, Zoilo Ruiz Mateos, S.L. se dedica a producir vinos de Jerez a partir de los viñedos e instalaciones adquiridas en 2004 de Sandeman. El 70% de las ventas anuales del Grupo Garvey son vinos de Jerez.

- El Reglamento de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérès-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda”, aprobado por Orden de 2 de mayo de 1977 en el artículo 32.1 (anterior a la reforma aprobada y a los acuerdos denunciados) establecía que *“De las existencias de vino en crianza sólo se podrán expedir por cada bodega y en cada campaña como máximo el 40 por ciento de las existencias al comienzo de la misma, que se fija al 1 de septiembre de cada año, más los vinos criados adquiridos durante la campaña. El Consejo Regulador podrá fijar para cada campaña el porcentaje autorizado dentro del límite establecido, previo informe de los sectores interesados.”*

- En la sesión del Pleno Ordinario del Consejo Regulador de 30 de mayo de 2006 se acordó fijar para la campaña corriente un cupo del 38% de las existencias de cada bodega al 1 de septiembre de 2005. Llamaba a este cupo sobre existencias “cupos de ventas”.

También decidió, *“a la vista de las circunstancias que concurren en el mercado”*, establecer para las siguientes cuatro campañas (2006/07-2009/2010) *“un cupo de ventas por bodega”*, en función de sus ventas en las cinco campañas anteriores, corregido por un coeficiente.

Ahora bien: si el volumen de ventas medias era inferior al 22% de las existencias, entonces se fijaba este porcentaje como cupo de ventas; en caso de que superara el 37%, éste se fijaba como *“cupos de ventas para la campaña”*. Este máximo ventas podría modificarse mediante la adquisición de cupo de otras bodegas hasta un límite equivalente al 50% de sus existencias al 1 de septiembre de 2006; todo ello con el fin de asegurar a *“cada firma una rotación de existencias en línea con lo que exige*

su nivel habitual de ventas y de reposición, evitando al mismo tiempo crear un oferta excesiva de producto amparado en el mercado”.

- En el acta de 25 de julio de 2006 se señala que la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía aprecia una serie de dificultades en relación con la regulación existente en ese momento. Entre otras, que el acuerdo afecte a varias campañas, que la base para los cupos sean las ventas y que se hable de porcentajes distintos. En noviembre de 2006 según el acta del Consejo Regulador fue suspendido el acuerdo por la propia Consejería de Agricultura y Pesca.

- El 30 de enero de 2007, el Consejo Regulador aprobó una propuesta de modificación reglamentaria y un nuevo sistema de cupo de ventas para las campañas 2006/07 a 2009/10. La nueva propuesta fue la siguiente:

“Art.32.1 Con el objetivo de defender y mejorar la calidad de los vinos, así como la imagen y el prestigio de la DO, el Consejo Regulador, previo informe de los sectores interesados, establecerá el porcentaje máximo de las existencias en crianza, ya sea biológica (bajo velo de flúor) u oxidativa, que puedan ser objeto de expedición como vinos amparados. Excepcionalmente, previa comunicación a la Consejería de Agricultura y Pesca, y a la vista de las circunstancias que concurren en el mercado, el Consejo Regulador podrá establecer, para la campaña anual o para varias campañas, porcentajes distintos para cada bodega de forma proporcional a sus ventas durante las últimas campañas, pudiendo además establecer porcentajes mínimos y máximos aplicables a todas las bodegas. El período de cómputo máximo para establecer la proporcionalidad a las ventas antes mencionada no podrá exceder las cinco campañas.

En todo caso las bodegas inscritas nunca podrán expedir un porcentaje superior al 40% de las existencias de cada tipo de vino al comienzo de la campaña en la que se adopte el acuerdo. Las bodegas podrán, asimismo, adquirir para su expedición vinos criados de otras bodegas inscritas en los registros de Bodegas de Crianza.”

- En la circular enviada el 9 de marzo de 2007 el Consejo Regulador informa sobre la aprobación de un nuevo sistema de cupos y especifica que *“la modificación del importante mecanismo reglamentario que es el cupo de ventas precisaba a su vez de dos modificaciones puntuales en nuestro Reglamento: una de ellas relativa al posible establecimiento de cupos de venta para periodos plurianuales y la otra relativa al eventual establecimiento de cupos diferentes en términos porcentuales para operadores distintos. Una vez publicada en el BOJA de fecha 7 de marzo la Orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de 19 de febrero de 2007 por la que se modifica el artículo 32.1 de nuestro Reglamento, el cupo de ventas queda establecido de la siguiente forma:*

A) Bodegas de Crianza y Expedición: el volumen total asignado a cada bodega será el correspondiente a sus ventas medias en las campañas 2001/02 a la 2005/06, corregido mediante un coeficiente que permita ajustar el volumen total resultante a las necesidades reales de reposición a nivel sectorial. En el caso de que el porcentaje determinado por las ventas medias de cada bodega calculadas de acuerdo con el apartado A)1. y sus existencias al comienzo de la presente campaña resulte inferior al 22%, se fija éste porcentaje de dichas existencias como el cupo de ventas de la bodega. En el caso de que el porcentaje determinado por las ventas medias de cada bodega calculadas de acuerdo con el apartado A)1. y sus

existencias al comienzo de la presenta campaña resulte superior al 37%, se fija éste porcentaje de dichas existencias como el cupo de ventas de la bodega.

B) Bodegas de Crianza y Almacenado: el cupo de ventas queda fijado en el 37% de las existencias al comienzo de la presente campaña.

C) Coeficiente para la campaña 2006/07. El coeficiente al que se refiere el punto A)1. que será de aplicación para la Campaña 2006/07 queda establecido en el 91% [...].”

- En su sesión de 4 de diciembre de 2007, el Consejo Regulador adoptó un nuevo acuerdo sobre el Cupo de ventas para la Campaña 2007/08 que incluía modificaciones al cupo de ventas establecido por el acuerdo de 30 de enero de 2007 afectando con carácter retroactivo a la citada campaña, iniciada el 1 de septiembre de 2007. En dicha sesión el Presidente “recuerda que en la pasada campaña se decidió fijar, de acuerdo con el criterio de excepcionalidad permitido por el artículo número 32.1 de nuestro reglamento, un criterio de determinación de los cupos de ventas que había de tener validez para las campañas 2006/07, 2007/08, 2008/09, y 2009/10, basado en las ventas de las distintas bodegas en las últimas cinco campañas. En este sentido, y una vez conocida la evolución de los inventarios globales de vino en crianza, vista en el Informe de gestión [...].”

El cupo acordado el 4 de diciembre de 2007 se difundió mediante la Circular 1/2008, de fecha 9 de enero de 2008, cuyo contenido es el siguiente:

“A) Bodegas de Crianza y Expedición: El volumen total asignado a cada bodega será el correspondiente a sus ventas medias en las campañas 2002/03 a la 2006/07, corregido mediante un coeficiente de ajuste del 0,88, necesario para ajustar el volumen total resultante a las necesidades reales de reposición a nivel sectorial. En el caso de que el porcentaje determinado por las ventas medias de cada bodega calculadas de acuerdo con el apartado A)1. y sus existencias al comienzo de la presente campaña resulte superior al 37%, se fija éste porcentaje de dichas existencias como el cupo de ventas de la bodega.

B) Bodegas de crianza y Almacenado: El cupo de ventas queda fijado en el 37% de las existencias al comienzo de la presente campaña, corregido mediante un coeficiente de ajuste del 0,88 necesario para ajustar el volumen total resultante a las necesidades reales de reposición a nivel sectorial. Las bodegas podrán, asimismo, adquirir para su expedición vinos criados de otras bodegas inscritas en el registro de Bodegas de Crianza y Almacenado o en el registro de Bodegas de Crianza y Expedición. A la vista de las circunstancias que concurran en el mercado y con especial atención a la calidad de los vinos, el Consejo Regulador tendrá en cuenta las ventas de cada bodega durante las últimas campañas en relación con las posibilidades de desarrollo en cada uno de los mercados [...].” (folios 1551/1552).

- Según consta en diferentes memorias de actividades del Consejo Regulador, tres cuartas partes de los vinos comercializados se exportan, siendo los principales mercados receptores los de Gran Bretaña, Holanda y Alemania. En 2006, la UE en su conjunto acaparó el 70% de esas exportaciones.

- En los últimos años y según consta en sus memorias, la cuenta de ingresos del Consejo Regulador ha superado los cuatro millones de euros.

CUARTO.- En primer lugar la actora alega que el objetivo que el Consejo Regulador pretendía alcanzar con la aplicación de los acuerdos litigiosos era *“reducir gradualmente el exceso de oferta de vino sobrante en el mercado resultado de la grave crisis estructural que padece el marco de Jerez”* para preservar la calidad de los vinos. A tal fin resultaba imprescindible sustituir el sistema de cupos de ventas basado en las existencias por otro basado en las ventas históricas. Señala que a través de la adquisición de un cupo a otra bodega no necesariamente cada bodega quedaba limitada por el cupo asignado.

La actora explica detalladamente las bondades que a su juicio tenía el sistema enjuiciado para concluir que el sistema de existencias y el de ventas históricas son la cara de una misma moneda, solo que el cupo de ventas basado en existencias es apropiado en tiempos de bonanza y el cupo de ventas basado en ventas históricas es el recomendable en tiempos de crisis.

Los acuerdos enjuiciados, como ponen de manifiesto el Abogado del Estado y la codemandada en la línea expuesta por el acto administrativo impugnado, modifican la libertad de comercio de las bodegas: se limitan las ventas, de manera de que, con independencia de cualquier otra consideración, cada bodega no podrá vender o comercializar más que un cupo equivalente a un porcentaje de sus ventas históricas. Como señala la CNC *“según el acuerdo de mayo de 2006 y de modo más acusado en los otros dos acuerdos, todas aquellas bodegas de expedición que tuvieran la posibilidad de vender por encima sus ventas históricas medias se les restringe la comercialización. En el extremo opuesto, aquellos bodegueros que sean menos capaces de colocar su porcentaje de existencias en el mercado, se les da un margen mayor para las ventas, porque aquellos más activos comercialmente han quedado limitados al perímetro de ventas del 37% de sus existencias.... Aquellas bodegas más regresivas desde el punto de vista comercial siempre obtendrán un premio en forma de cupo –media histórica sobre ventas decrecientes-, por encima de sus ventas previsibles en función de su historia; mientras que los operadores más competitivos comercialmente tendrán una penalización en forma de cupo –media histórica sobre ventas crecientes- por debajo de sus ventas previsibles en función de su historia.*

Es decir, se trataría de producir el efecto de que los menos exitosos, comercialmente hablando, pudieran cubrir aquella parte de la demanda que ha quedado excluida para los más exitosos comercialmente...”

De este modo, se protege por el sistema a los operadores ineficientes y se castiga a los eficientes, limitando las posibilidades de competir de estos y salvaguardando a aquellos.

Tal restricción de la competencia no encuentra, frente a lo alegado por la actora, justificación que permita entender que el sacrificio de la libre competencia es proporcionado con el fin buscado: la propia práctica del Consejo Regulador ha puesto de manifiesto que para preservar la calidad de los vinos de Jerez otras actuaciones son no solo posibles sino indicadas, máxime cuando la crisis es definida una y otra vez como estructural.

QUINTO- En segundo lugar, alega que el Consejo Regulador no ha actuado como un operador económico que ofrece bienes en el mercado sino como Administración Pública, no resultándole por ello de aplicación el artículo I LDC ni el art. 81 del Tratado CE. En este sentido se alega que los acuerdos denunciados se adoptan con el fin de estabilizar el mercado del vino de Jerez al amparo de las normas sectoriales aplicables y en particular de las relacionadas con la OCM del vino, cumpliendo con lo dispuesto en el art. 41.1 del Reglamento CE de la OCM del vino, que regula las normas relativas a los cupos de ventas.

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

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

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

2. En todo caso, los órganos de gestión tendrán personalidad jurídica propia, de naturaleza pública o privada, plena capacidad de obrar y funcionarán en régimen de derecho público o privado. Podrán participar, constituir o relacionarse con toda clase de asociaciones, fundaciones y sociedades civiles o mercantiles, estableciendo entre sí, en su caso, los oportunos acuerdos de colaboración.

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

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

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

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

“d) Adoptar, en el marco de reglamento del v.c.p.r.d., el establecimiento para cada campaña, según criterios de defensa y mejora de la calidad y dentro de los límites fijados por el reglamento, los rendimientos, límites máximos de producción y de transformación, autorización de la forma y condiciones de riego, o cualquier otro aspecto de coyuntura anual que pueda influir en estos procesos.

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

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

El artículo 4 de la Ley 15/2007 regula las “Conductas exentas por ley” en los siguientes términos:

“1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.

2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.”

La actora en el escrito de demanda (pags. 21 y 22) señala que es precisamente el art. 26.2 de la Ley de la Viña y el Vino la norma que establece como potestad pública el establecimiento de límites máximos de producción, así como la Ley Andaluza del vino cuyo art. 21.2 igualmente configura a su juicio esta facultad como pública.

La Ley 10/2007 de 26 de noviembre de Protección del Origen y la Calidad de los vinos de Andalucía, tras establecer en su artículo 18 que los órganos de gestión podrán ser de naturaleza pública o privada, en su artículo 21 regula sus fines y funciones, y en el apartado 2 letra d) señala:

“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.”

Dado que donde la norma estatal únicamente menciona límites “máximos de producción y de transformación” la norma autonómica incluye “comercialización” la actora entiende que la ley ha previsto que el Consejo Regulador pueda adoptar decisiones que afecten a la comercialización de los vinos amparados bajo su denominación de origen “mediante la adopción de medidas dirigidas a la estabilización de los mercados” (pág. 22).

No es objeto de discusión la potestad de la recurrente en su ejercicio como organismo de gestión, sino si la concreta potestad ejercitada es de carácter público-administrativo y por lo tanto amparada por el artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia.

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

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

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

No todas estas actuaciones pueden entenderse como actividad administrativa. Entre las funciones que deberán representar para lograr tales fines, está la de establecer límites máximos de producción y de transformación, con la limitación de lo que fije el reglamento correspondiente y *“según criterios de defensa y mejora de la calidad”*. La actuación enjuiciada no se encuentra respaldada formalmente por un Reglamento, ni se ha acreditado la búsqueda y menos aún el logro de los referidos criterios. Debe concluirse que esta actuación de la actora no está amparada por ninguna norma legal, siendo ajustado a derecho el acto administrativo impugnado al entender esta actividad sujeta a la LDC porque se trata de una delegación de facultades administrativas a este organismo limitada a las concretas actuaciones señaladas y con la finalidad igualmente establecida por la ley. Como se ha visto, la actora ha operado fuera de tales actuaciones concretas y con otras finalidades.

SEXTO- La actora alega a continuación que los acuerdos denunciados se adoptan con el fin de estabilizar el mercado del vino de Jerez al amparo de las normas sectoriales aplicables y en particular de las relacionadas con la OCM del vino y que los acuerdos denunciados cumplen escrupulosamente con lo dispuesto en el art. 41.1 del Reglamento CE de la OCM del vino, que regula las normas relativas a los cupos de ventas.

En esta misma línea de argumentación señala que la normativa sectorial goza de aplicación preferente a las normas de competencia ex. Art. 36 del Tratado CE por aplicación de lo dispuesto en el Reglamento 1184/2006.

Las normas comunitarias de aplicación son los artículos 33 y siguientes del Tratado de la Comunidad Europea, puestos en relación con el artículo 81 (actuales 39 y siguientes y 101) y el Reglamento CE 1234/2007 del Consejo, de 22 de octubre de 2007 por el que se crea una organización común de mercados agrícolas y se establecen disposiciones específicas para determinados productos agrícolas (Reglamento único para las OCM) .

El artículo 36 del TCE (ahora artículo 42 del TFUE) establece que *“las disposiciones del capítulo relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas solo en la medida determinada por el Consejo... teniendo en cuenta los objetivos enunciados en el artículo 33”*.

Este artículo 33 (ahora artículo 39) a su vez establece que:

“1. Los objetivos de la política agrícola común serán:

- a) Incrementar la productividad agrícola....*
- b) Garantizar un nivel de vida equitativo a la población agrícola...*
- c) Estabilizar los mercados.*
- d) Garantizar la seguridad de los abastecimientos.*
- e) Asegurar al consumidor suministros a precios razonables.”*

Por otra parte, el artículo 176 del Reglamento 1234/2007 establece:

“1. El artículo 81, apartado 1, del Tratado no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas mencionados en el artículo 175 del presente Reglamento que sean parte integral de una organización nacional de mercados o necesarios para la consecución de los objetivos que se establecen en el artículo 33 del Tratado.

En particular, el artículo 81, apartado 1, del Tratado no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas de agricultores, de asociaciones de agricultores o de asociaciones de estas asociaciones pertenecientes a un solo Estado miembro que afecten a la producción o a la venta de productos agrícolas, o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrícolas, y en virtud de los cuales no existe la obligación de aplicar precios idénticos, a menos que la Comisión compruebe que la competencia queda de este modo excluida o que se ponen en peligro los objetivos del artículo 33 del Tratado.

2. Previa consulta a los Estados miembros y audición de las empresas o asociaciones de empresas interesadas, así como de cualquier otra persona física o jurídica que considere apropiada, la Comisión tendrá competencia exclusiva, supeditada al examen del Tribunal de Justicia, para determinar, mediante decisión que deberá publicarse, qué acuerdos, decisiones y prácticas cumplen las condiciones que se especifican en el apartado 1.”

A su vez el artículo 123 regula las Organizaciones interprofesionales, indicando que:

“Los Estados miembros reconocerán las organizaciones interprofesionales que:

a) estén integradas por representantes de actividades económicas vinculadas a la producción, el comercio y/o la transformación de productos en los sectores siguientes:

- i) aceite de oliva y aceitunas de mesa,*
- ii) tabaco;*

b) se creen por iniciativa de todas o algunas de las organizaciones o asociaciones que las integren,

c) persigan un objetivo específico, que podrá referirse, en concreto, a:

- i) la concentración y coordinación de la oferta y la comercialización de los productos de los afiliados,
- ii) la adaptación conjunta de la producción y la transformación a las exigencias del mercado y la mejora de los productos,
- iii) el fomento de la racionalización y la mejora de la producción y la transformación,
- iv) la realización de estudios sobre los métodos de producción sostenible y la evolución del mercado.

.....”

En particular, el artículo 81, apartado 1, del Tratado no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas de agricultores, de asociaciones de agricultores o de asociaciones de estas asociaciones pertenecientes a un solo Estado miembro que afecten a la producción o a la venta de productos agrícolas, o a la utilización de instalaciones comunes de almacenamiento, tratamiento o transformación de productos agrícolas, y en virtud de los cuales no existe la obligación de aplicar precios idénticos, a menos que la Comisión compruebe que la competencia queda de este modo excluida o que se ponen en peligro los objetivos del artículo 33 del Tratado.”

El Tribunal de Justicia de la C.E. dijo con claridad en la sentencia de 9 de septiembre de 2003 (C-130/00, Milk Marque, National Farmers’ Union) que las normas de competencia (comunitarias y nacionales) se aplican al sector agrícola y a las OCM.

La normativa comunitaria no excluye incondicionadamente a las organizaciones agrícolas de la normativa de Defensa de la Competencia: la exclusión en la aplicación de estas normas queda vinculada a la consecución de los objetivos que establece el artículo 33 del Tratado. Por lo tanto es necesario examinar si en el supuesto enjuiciado, por la entidad de la medida adoptada, por su finalidad, en resumen, por su esencia, analizada a la luz del citado precepto, debe considerarse tal medida constitutiva de una excepción a la aplicación de la normativa de competencia.

Realizado este examen por el acto administrativo, y revisado por este Tribunal se comprueba que el mecanismo declarado contrario a la normativa nacional y comunitaria de Defensa de la Competencia no tiene la finalidad ni la virtualidad de “Incrementar la productividad agrícola...” o de “Garantizar un nivel de vida equitativo a la población agrícola...” o de “Garantizar la seguridad de los abastecimientos o Asegurar al consumidor suministros a precios razonables. “

En cuanto a la pretensión de que con esta medida podría lograrse la meta de “Estabilizar los mercados” no solo no se ha acreditado que tal medida sea apta a tal fin sino que ha quedado probado que es desestabilizadora en el marco de la producción y comercialización del vino de Jerez en el que se adopta.

La CNC señalaba que la actora considera que ha actuado para paliar el exceso de oferta, pero confunde el proceso por el que se asegura la identidad y calidad de los vinos criados en cada bodega, basado en el sistema de reposición de existencias en criadero y solera, con las ventas realmente realizadas por cada bodega.

El sistema de volumen de existencias actúa sobre el total de estas, y reduce la oferta final, afectando a todas las operadoras de igual forma, señalándoles el mismo porcentaje de las existencias; el sistema de ventas históricas toma como base las ventas medias en campañas anteriores corregido por un coeficiente relacionado con las existencias, de manera que, como indica la CNC, *“van a ofertar ahora más vino aquellos que en el pasado han sido menos capaces de conectar eficazmente con la demanda comercial.”*

En consecuencia, no se ha respetado la previsión del artículo 34 (ahora artículo 40) del Tratado, que recuerda que las OCMA podrán adoptar las medidas necesarias para alcanzar los objetivos definidos por el artículo 33, pero excluyendo toda discriminación entre productores o consumidores de la Unión.

Como igualmente recoge el acto administrativo impugnado el artículo 1 del Reglamento CE 1493/1999 vigente hasta junio de 2008 en su artículo 1 establecía que:

“la organización común del mercado vitivinícola comprende normas para regular el potencial de producción de vino, los mecanismos de mercado, las agrupaciones de productores y las organizaciones sectoriales, las prácticas y tratamientos enológicos, la designación, la denominación, la presentación y la protección de los productos, los vinos de calidad producidos en regiones determinadas (vcprd) y el comercio con terceros países”.

El artículo 41 por su parte contempla la posibilidad de que los Estados Miembros definan normas de comercialización sobre la regulación de la oferta en el momento de la primera comercialización siempre que dichas normas se refieran a la puesta en reserva y/o a la salida escalonada de los productos, con exclusión de cualquier otra práctica concertada, entre otras la fijación de precios, el bloqueo de un porcentaje excesivo de la cosecha anual y en general toda operación de rarefacción de la oferta.

En cuanto a las consecuencias a extraer de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo el día 20 de enero de 2010, esta Sala considera que ni el supuesto de hecho (una operación de constitución de una empresa en participación para almacenar aceite de oliva con el propósito de estabilizar sus precios si éstos bajaban por debajo de cierto nivel), ni la concreta normativa aplicada, ni la circunstancia de tratarse de la negativa a conceder una autorización singular permite trasvasar automáticamente el resultado. Por otra parte, en la misma sentencia se señala por el Alto Tribunal que *“la perspectiva de defensa de la competencia no es la única desde la que debe analizarse en este caso el acuerdo de almacenamiento, estando como está influido por las normas y los principios que rigen la política agrícola. La primacía -matizada- de ésta sobre la normativa de defensa de la competencia puede venir impuesta por las leyes cuando el legislador estime prioritarios los objetivos de la política agrícola sobre la política de competencia. No otra es, en definitiva, la solución a la que aboca el juego de los artículos 81 y 82 del Tratado CE en relación con los artículos 32,2 y 36.1 del mismo y el Reglamento 26 del Consejo, antes citado.”*

Ya se ha analizado por qué en este caso concreto este Tribunal considera que no puede imponerse tal primacía matizada, con independencia de que la competencia para determinar si existe o no en el caso concreto es atribuida por el Tratado en los siguientes términos: *“las disposiciones del capítulo relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas sólo en la medida determinada por el Parlamento Europeo y el Consejo”* (artículo 36 del Tratado CE actual artículo 42 del TFUE).

SEPTIMO- La actora alega como último motivo de impugnación diversas infracciones de los principios que rigen en el sistema jurídico español el procedimiento administrativo sancionador:

- Alega la vulneración de los principios de tipicidad y culpabilidad, proporcionalidad, equidad, y confianza legítima.

- La multa es desproporcionada porque la CNC no acredita la existencia de efectos negativos en el mercado producidos por los acuerdos denunciados y por ser de aplicación la exención ex lege prevista en la normativa de competencia nacional y comunitaria por aplicación de lo dispuesto en el art. 1.3 LDC y 81 del Tratado CE.

Al igual que expone el escrito de demanda basta con remitirse a los razonamientos expuestos sobre la interpretación de la normativa comunitaria correspondiente a la OCM del vino, para comprobar que la CNC no ha realizado la interpretación in malam partem que sería constitutiva de infracción del principio de tipicidad; en cuanto a los restantes principios invocados, no se aprecia la infracción del principio de culpabilidad habiéndose adoptado las medidas litigiosas con la concurrencia del elemento subjetivo, si bien, como se razonará más tarde, deben introducirse ciertas matizaciones.

En relación con la ausencia de efectos en el mercado, debe señalarse en primer lugar que la producción de efectos no es necesaria para la configuración del elemento objetivo de las infracciones de Defensa de la Competencia que la ley tipifica como tales únicamente por el objeto.

En cualquier caso, la potencialidad de las decisiones enjuiciadas es grave, como resulta de las actuaciones administrativas, con la circunstancia añadida de que si bien la producción se limita a una zona geográfica en el sur de España, la comercialización se lleva a cabo principalmente en el ámbito de la Unión Europea.

Las razones en las que fundamenta su decisión la CNC son las siguientes:

- En lo relativo a multas sancionadoras, el artículo 10 LDC prevé que aquellos agentes económicos que infrinjan los artículos 1,6 y 7 de la Ley 16/1989 podrán ser sancionados por el TDC con multas de hasta 901.518,16 euros, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la Resolución del Tribunal. En ese mismo artículo se señala que para la fijación de la cuantía final de la sanción habrá que tener en cuenta la modalidad y el alcance de la restricción, la dimensión del mercado afectado, la cuota de la empresa sancionada, así como los efectos.

- La infracción se considera muy grave, con arreglo al artículo 62, al tratarse de un acuerdo entre competidores que tenía por objeto restringir la competencia entre las bodegas de estos vinos de denominación de origen, debiendo graduarse en atención a los criterios que, para su determinación, contempla el artículo 64 del citado texto legal.

- La infracción parte de unos acuerdos que, con apariencia de administración pública delegada, obligaban a un cumplimiento taxativo que afectaba a la comercialización de los vinos de denominación de origen Jerez y Manzanilla, es decir, a la puesta en mercado de más de cincuenta millones de litros de estos vinos, si se toma la cifra de la memoria del Consejo Regulador para el año 2006.

- Se trata de sucesivos acuerdos que vienen a modificar todos ellos, por el carácter plurianual del nuevo sistema de cupos sobre ventas, a las campañas 2006/2007 y 2007/2008 y, también, es preciso tener en cuenta que no tuvieron continuidad a partir de julio de 2008, puesto que la Resolución de 15 de julio de la CNC instaba cautelarmente a la suspensión de su aplicación, aunque se hiciera con la campaña muy avanzada.

- En tanto que el infractor es el Consejo Regulador, a pesar de la gravedad de los acuerdos en el orden legal de la defensa de la competencia, su limitación presupuestaria de los últimos ejercicios debe condicionar también el importe de la sanción.

Por todo ello, el Consejo de la CNC fija una sanción de 400.000 euros.

Un elemento fundamental en la determinación de las sanciones es el relativo a la culpabilidad del infractor: no procedería la imposición de una sanción aun cuando, como es el caso, los hechos sean constitutivos de una infracción tipificada en la Ley de Defensa de la Competencia, si no concurre el elemento subjetivo de dolo o culpa.

Por otra parte el principio de proporcionalidad, como ha señalado el Tribunal Supremo (sentencia de 24 de mayo de 2004) constituye *“un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción.”*

La CNC ha respetado el principio de culpabilidad, que exige que la imposición de la sanción tenga fundamento en la existencia del elemento subjetivo de culpa para garantizar el principio de responsabilidad (STC 129/2003) habiéndose acreditado su concurrencia porque resulta probado que el Consejo Regulador sabía y había previsto las consecuencias de su actuación.

Ahora bien: entiende esta Sala que la infracción ha sido cometida en un contexto normativo que como resulta de los razonamientos expuestos en los anteriores fundamentos jurídicos debe atenuar el criterio de culpabilidad de dolo a culpa, y por lo tanto, afectar para disminuirlo al importe de la multa. En efecto, la actora acordó la adopción de la medida constitutiva de la infracción pese a que la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía puso de manifiesto algunas dudas, y ya la CNC ha tenido en cuenta el dato de la limitación presupuestaria del Consejo Regulador, pero no ha considerado otros factores o elementos que igualmente concurren:

- Otras medidas de limitación de la venta habían sido adoptadas anteriormente y consideradas conformes con el ordenamiento jurídico.

- La normativa de aplicación permite la adopción de medidas sobre la venta del vino.

- La primacía matizada de la normativa agrícola comunitaria sobre la normativa de defensa de la competencia.

Resulta en consecuencia que si bien no puede entenderse que actuó dentro de los límites del principio de confianza legítima, ni puede entenderse que la normativa de aplicación la indujo a un error insalvable, si deben considerarse tales circunstancias como atenuantes con la consecuencia de disminuir el importe de la sanción impuesta, que esta Sala considera aplicando el principio de proporcionalidad más ajustado en la suma de cien mil euros.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso, con la única consecuencia de disminuir el importe de la multa impuesta a cien mil euros.

OCTAVO- 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 debemos **ESTIMAR EN PARTE y ESTIMAMOS** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **CONSEJO REGULADOR DE LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN JEREZ-XERES-SHERRY, MANZANILLA SANLUCAR DE BARRAMEDA y VINAGRE DE JEREZ** contra resolución dictada por la Comisión Nacional de la Competencia el día 4 de junio de 2009 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho, excepto en el extremo relativo al importe

de la sanción de multa impuesta que se fija en cien mil euros. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Iltna. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de todo lo cual yo, el Secretario judicial, doy fe.

