

Roj: **SAN 990/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:990**Id Cendoj: **28079230062014100149**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **6**Fecha: **24/02/2014**Nº de Recurso: **660/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

Madrid, a veinticuatro de febrero de dos mil catorce.

**Visto** el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Federación de Bodegas del Marco de Jerez (Fedejerez)**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Isidro Orquin Cedenilla, 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 6 de octubre de 2011**, relativa sanción y la cuantía del presente recurso 300.000 euros.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO** : Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Federación de Bodegas del Marco de Jerez (Fedejerez), y en su nombre y representación el Procurador Sr. Dº Isidro Orquin Cedenilla, 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 6 de octubre de 2011, 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, tenido por reproducido el expediente, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día dieciocho de febrero de dos mil catorce.

Habiendo anunciado el Magistrado Ponente, Ilmo Sr. Dº SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO, la formulación de voto particular, se derivó la redacción de la sentencia a la Ilma. Sra. Magistrada Dª CONCEPCION MONICA MONTERO ELENA.

**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 300.000 euros



por resultar acreditada una infracción del Artículo 1 de la Ley 16/1989 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 a, la Federación de Bodegas del Marco de Jerez (FEDEJEREZ); la Asociación de Artesanos del Jerez y la Manzanilla (ARJEMAN); AECOVI; la Asociación de Empresarios Viticultores de Cádiz (ASEVI-ASAJA); la Unión de Agricultores y Ganaderos de Andalucía (UAGA-COAG); el Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen Jerez-Xérès-Sherry, Manzanilla de Sanlúcar de Barrameda y Vinagre de Jerez, y a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, responsables de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE , por haber llevado a cabo una práctica concertada para fijar los precios de la uva y el mosto, contraria a dichos artículos, en el periodo que va desde abril del año 1991 hasta al menos, marzo de 2009.*

*SEGUNDO.- Imponer las siguientes sanciones a las autoras de la conducta infractora:...*

*- Federación de Bodegas del Marco de Jerez (FEDEJEREZ), una multa de 300.000€, (trescientos mil Euros);*

**TERCERO** : De los hechos declarados probados, que la Sala admite y no han sido discutidos hemos de destacar:

*"Federación de Bodegas del Marco de Jerez (FEDEJEREZ), es una asociación sectorial en la que se integran la mayoría de las bodegas de expedición del Consejo Regulador de las DD.OO de Jerez, Manzanilla y Vinagre de Jerez. De acuerdo con el artículo 4 de sus Estatutos, su ámbito geográfico es nacional y tiene afiliada las siguientes asociaciones:*

*-Asociación de Empresas Viñistas del Marco de Jerez (FEVIÑAS)*

*-Asociación de Empresas de Elaboración y Crianza de Vinos del Marco de Jerez (ASALMA)*

*-Asociación de Empresas de Criadores-Exportadores de Vinos del Marco de Jerez (ACES)*

*-Asociación de Empresas de Elaboración, Crianza y Exportación de Vinagre de Jerez (ASEGRE).*

*-Asociación de Fabricantes-Elaboradores de Bebidas Espirituosas (AFEBE)*

*-Asociación de Destiladores-Usuarios de Aguardientes de Vino (ADUAVI), y*

*-Asociación de Artesanos de Vinos de Jerez y Manzanilla Sanlúcar de Barrameda (ARJEMAN).*

*Según sus estatutos FEDEJEREZ es una federación sin ánimo de lucro que goza de personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines y el ejercicio de sus funciones (artículos 2 y 3 de sus Estatutos) y entre los fines de la Federación se encuentra, como se indica en el artículo 1 de sus Estatutos, la gestión y defensa de los intereses de los asociados (folios 1.817 a 1.844).*

*La Asociación se estructura en una Presidencia, con un mandato de cuatro años, pudiendo ser reelegido indefinidamente, unos Vicepresidentes, un Secretario de Actas, la Comisión Ejecutiva (órgano presidido por el Presidente, encargado de la dirección, gobierno y administración que se reúne en sesión ordinaria, al menos una vez cada sesenta días), la Comisión Permanente, (órgano de control que se reúne al menos una vez cada semestre) y una Asamblea General, que se reúne de forma ordinaria y extraordinaria y que está presidida por el Presidente de la Federación.*

*Según el artículo 32 de los Estatutos la Comisión Ejecutiva "Estará integrada por el Presidente y los Vicepresidentes de la Federación, los Vicepresidentes de cada Asociación federada, hasta un máximo de cuatro por cada Asociación, y el Secretario de Actas" (folio 1.834)."*

Continúa la citada Resolución:

*"13. El 23 de abril de 1991 los miembros de la denominada "Mesa del Jerez", acuerdan el Plan de Reconversión del Marco de Jerez (también denominado Plan del Jerez). Firman el Acuerdo AECOVI (que firma como AECOVI-FECOAGA), ASEVI-ASAJA, FEDEJEREZ y una Asociación denominada APYME-CEJ no imputada y de la que no se tiene información posterior.*

*14. Dicho Plan, que fue remitido al Secretario General del Consejo Regulador en la misma fecha de su firma, tenía una vigencia temporal de cuatro años, abarcando desde la campaña 1991/1992 hasta la campaña 1994/1995 e incluía tres acuerdos:*

*1. Acuerdo para el control de la calidad en origen.*

*2. Acuerdo sobre los cupos de venta.*

3. Acuerdo para la absorción de cosecha, producciones, precios y plazos.

15. En relación con este tercer acuerdo, se fijaban los precios mínimos por kilogramo de uva y litro de mosto según la uva procediera de Jerez Superior, Albarizones o Resto de Zona, con un incremento anual entre el 4 y el 5%, quedando fijados como sigue (folio 2.071):

"2.2 Los precios fijados como precios mínimos son: (s.e.u.o)

Jerez Superior como referente: 1991 1992 1993 1994

Kilo de uva 40,25 42,25 44,25 46,25

500 L Piquera 29,340 31,000 32,470 33,940

" Deslío 35,820 37,600 39,380 41,160

Albarizones

Kilo de uva 37,43 39,29 41,15 43,01

500 L Piquera 27,750 29,120 30,500 31,880

" Deslío 33,780 35,460 37,140 38,820

Resto Zona

Kilo de uva 35,22 36,88 38,72 40,47

500 L Piquera 26,250 27,550 28,860 30,160

" Deslío 32,120 33,710 35,310 36,900".

16. En dicho acuerdo se concretaba además lo siguiente (folio 2.072):

"(...) Los precios y condiciones de pago fijados quedarán incorporados a los correspondientes contratos-tipo de cada uno de los cuatro años del Plan de Reconversión en el Marco del Acuerdo Interprofesional correspondiente".

17. Con posterioridad a la firma, en abril de 1991, de este Plan, el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación publicó dos Órdenes Ministeriales en septiembre de 1991 y otras dos posteriores en septiembre de 1992 homologando el contrato-tipo de compraventa de uva y de mosto con destino a la elaboración de vino con la D.O. de Marco de Jerez para las campañas 1991-92 y 1992-93, respectivamente, donde se incluía un apartado relativo a los precios mínimos a pagar por el comprador que eran coincidentes con los fijados en el Plan de Reconversión firmado previamente por las citadas Asociaciones del Marco de Jerez (folios 2.155 y a 2.161).

18. Consta en el expediente documentación en la que se afirma que tras el Plan de Reconversión del Marco de Jerez anterior, el precio de la uva y el mosto fue de nuevo negociado y fijado en un acuerdo sectorial para las campañas 1997/1998 a 2000/2001.

19. Esta información consta en el documento "SITUACIÓN PRODUCCIÓN MOSTOS" recabado en la inspección de WILLIAMS & HUBERT (folio 35); documento "SECTOR MARCO DE JEREZ" recabado en la inspección de GONZÁLEZ BYASS (folio 180); "Estudio de costes de cultivo del viñedo en el Marco de Jerez", elaborado por la Empresa Pública de Desarrollo Agrario y Pesquero (dependiente de la CAP), publicado en la página Web e incorporado al expediente (folios 1.855 a 1.890).

20. Así, en el "Estudio de costes de cultivo del viñedo en el Marco de Jerez" de octubre de 2002, elaborado por la Empresa Pública de Desarrollo Agrario y Pesquero (dependiente de la CAP) literalmente se manifiesta lo siguiente (folio 1.871):

"(...) También se incluirá en el análisis de los resultados el anterior acuerdo de precios del Marco, vigente entre las campañas 1997/98 y 2000/01 con objeto de comparar la situación actual de los viticultores con la que tenían en los años anteriores (...)"

21. A raíz de la citada información, la DI solicitó a AECОВI, ASAJA-CÁDIZ, ASEVI-ASAJA, UAGA-COAG CÁDIZ, FEDEJEREZ, ARJEMAN, al Consejo Regulador y la CAP más información respecto al citado Acuerdo, así como al anterior firmado en 1991. En contestación a este requerimiento, AECОВI admitió que se había firmado este Acuerdo Sectorial para las campañas 1997/1998 a 2000/2001, con un contenido similar al anterior firmado en 1991, aunque este Acuerdo Sectorial de 1997 no ha sido aportado, al afirmar AECОВI que no ha podido encontrarlo (folio 2.121). Por otro lado, tanto ASEVI-ASAJA (folio 2.090) como ASAJA-CÁDIZ (folio 2.084) han afirmado no haber encontrado dichos acuerdos, mientras que UAGA-COAG CÁDIZ indicó no haberlo firmado (folio 2.044), el Consejo Regulador afirmó que no le constaba su existencia (folio 2.062) y FEDEJEREZ manifestó

que se trata de documentación muy antigua, que no les consta su existencia y que, en cualquier caso, habría estado auspiciada por la Junta de Andalucía e incluso por el Gobierno de España (folio 2.115)..."

Y siguen los hechos probados:

"34. Con anterioridad a la firma del acuerdo, que se produjo finalmente en septiembre de 2002, con fecha 25 de julio de 2002 se elaboró por parte de las organizaciones del Marco (AECOVI, ARJEMAN, ASEVI-ASAJA, FEDEJEREZ y UAGA-COAG CÁDIZ), un documento que se dice está elaborado "(...) sobre las bases de la Propuesta de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía de 22 de Julio de 2002, (...)", cuyo contenido era prácticamente el mismo que el del acuerdo que se firmaría dos meses más tarde.

35. El citado documento denominado "PLAN ESTRATÉGICO PARA EL MARCO DE JEREZ", contemplaba, entre otras, las siguientes medidas (folios 214 a 222):

"(...) Se establece un acuerdo de precios para la uva, a 4 años, partiendo de 57.-ptas./kg. para la uva calificada, con un incremento anual del 3,5% ó IPC (el que sea mayor)

Se establece un acuerdo de precios para bota con destino vinagre a 4 años partiendo de 35.000 ptas./bota, con un incremento anual del 3,5% ó IPC (el que sea mayor)

Se establece un acuerdo de precios para la uva no calificada, a 4 años, partiendo de 39 ptas.kg. con destino a Vino de Mesa, con aplicación del 3,5% ó IPC (el que sea mayor)

Se establece un acuerdo para el mosto no calificado, a 4 años, partiendo de 32.000 ptas./bota para Vino de Mesa, con aplicación del 3,5% ó IPC (el que sea mayor)".

36. En el documento se incluía, bajo el epígrafe "BASES PARA EL CÁLCULO ECONÓMICO DEL PLAN ESTRATÉGICO", el precio para cada campaña, con un incremento anual del 3,5% (que sería el menor incremento posible) para la zona Jerez Superior y a 90 días plazo, especificándose para la uva (folio 217):

"Acuerdo de precio para la uva calificada de Jerez Superior a 4 años (base de cálculo 3,5% que sería modificado al alza si el IPC fuera mayor):

2.002: 57 ptas./Kg.

2.003: 59 ptas./Kg.

2.004: 61 ptas./Kg.

2.005: 63,20 ptas./Kg. (...)"

37. Se incluía también el cálculo del precio a aplicar en cada campaña para el mosto de Jerez, aplicando una fórmula en función del precio de la uva de Jerez, un margen de transformación y el IPC a aplicar (folio 217).

38. Finalmente, el 2 de septiembre de 2002 se firmó el "Plan Estratégico para el Marco de Jerez" por la CAP, AECOVI, ASEVI- ASAJA, UAGA-COAG CÁDIZ, FEDEJEREZ, ARJEMAN y el Consejo Regulador (folios 957 a 964, 1.091 a 1.098 y 1.145 a 1.152), con una duración de cuatro años, campañas 2002/2003 hasta 2005/2006.

39. El Plan Estratégico establecía un pacto de precios para la uva calificada, el mosto calificado, la bota de mosto con destino vinagre, la uva no calificada y el mosto no calificado de Jerez, con un incremento anual del 3,5% o el IPC (el que resultase mayor), así como otra serie de medidas referidas a la reducción de existencias para ajustar la oferta y la demanda, al mantenimiento del patrimonio vitivinícola del Marco de Jerez o la ayuda de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía para facilitar el ajuste.

40. En el punto 2 del Plan, "Medidas del Plan Estratégico que corresponden al acuerdo sectorial de las organizaciones del Marco de Jerez", destacan las incluidas en los artículos relacionados con los acuerdos de precios que se detallan a continuación:

"(...) i) Se establece un acuerdo de precios para la uva calificada de Jerez Superior a cuatro años, partiendo de 342,58 Euros/Tm. para la uva calificada y el precio para la uva no calificada sería de 234,39 Euros/Tm., con un incremento anual del 3,5% o el IPC (el que sea mayor). Para Albarizones y Resto de Zona de Producción el precio será porcentual como es costumbre en el Marco. Los precios se entienden a 90 días plazo.

j) Se establece un acuerdo de precios para el mosto calificado de Jerez Superior a cuatro años, partiendo de 268,64 Euros/bota [(precio uva calificada x 714) + 24.04 Euros/bota (margen de transformación) +3,5% o IPC (el que sea mayor)] Para Albarizones y Resto de Zona el precio de la uva calificada que interviene en la fórmula será porcentual como es costumbre en el Marco. En efecto el precio del mosto, como se indica, se compone de una parte proporcional al precio de la uva y de otra parte fija correspondiente al margen de transformación que será el mismo independientemente de si la uva procede de Albarizones o de Zona. Los precios se entienden a 90 días plazo.



k) Se establece un acuerdo de precios para la bota de mosto con destino vinagre a cuatro años partiendo de 210,35 Euros/bota, con un incremento anual del 3,5% o el IPC (el que sea mayor).

l) Se establece un acuerdo de precios para la uva no calificada a cuatro años partiendo de 0,23 Euros/kg., con un incremento anual del 3,5% o el IPC (el que sea mayor).

m) Se establece un acuerdo de precios para el mosto no calificado a cuatro años partiendo de 192,32 Euros/bota para vino de mesa, con un incremento anual del 3,5% o el IPC (el que sea mayor).

o) El precio para la bota de Mosto Concentrado Rectificado será el de mercado. A efectos de referencia la bota de mosto con destino a Mosto Concentrado Rectificado será de 132,22 Euros/bota (...)."

41. Este Plan Estratégico contemplaba la colaboración de la CAP en el desarrollo de dicho acuerdo "(...) siempre y cuando se cumplan todos los compromisos acordados por las organizaciones sectoriales del Marco (...)" y la creación de una Comisión de Seguimiento, presidida por el Secretario General de Agricultura y Ganadería y compuesta por un representante de cada una de las organizaciones firmantes -AECovi, ASEVI-ASAJA, UAGA-COAG CÁDIZ, ARJEMAN y FEDEJEREZ- y como invitado, un representante del Consejo Regulador. A la CAP se le asigna la labor de arbitraje ante las disparidades que puedan producirse en cuanto a la interpretación de los acuerdos sectoriales adoptados y al cumplimiento de las bases del Plan Estratégico.

42. La inclusión de una cláusula relativa a la fijación del precio de la materia prima en el Marco de Jerez en el Plan Estratégico firmado en 2002 y en su renovación año 2006, ha sido reconocida recientemente por el actual Presidente del Consejo Regulador, según consta en noticias de prensa incorporadas al expediente en las que se indica, literalmente, lo siguiente (folio 2.191):

"(...) las únicas veces que se ha pactado el precio de la uva fue en septiembre de 2002, pero sólo porque formaba parte del Plan Estratégico que suscribió el entonces consejero de Agricultura (...). También se realizó un segundo acuerdo en julio de 2006 en el que se retomaba el coste de la materia prima, pero todas estas acciones igual de lícitas..."

Y se añade:

"53. A lo largo del año 2004 se mantuvieron y aplicaron los acuerdos adoptados en el Plan Estratégico en relación con los precios de la uva y el mosto de Jerez por las entidades firmantes como se deduce del documento elaborado por la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía sobre el Plan Estratégico para el Marco de Jerez 2002-06, que hacía balance de la campaña 2003/2004, afirmando literalmente que "se ha cumplido de forma general el acuerdo de precios de uva y mosto establecidos en el Plan" (folio 225)."

"75. La propuesta que finalmente se firmó por FEDEJEREZ, AECovi y ARJEMAN fue la contemplada en el punto 4.4 del acta citada, como se afirma en un correo electrónico que FEDEJEREZ remitió a las bodegas (folios 440 a 442):

"(...) Como continuación a nuestro comunicado de 12 de Septiembre, en el día de hoy vencía el plazo acordado en la Comisión de Seguimiento, y ante la decisión de ASAJA y UAGA de no adherirse a la primera propuesta, siguiendo el mandato de esta Comisión Ejecutiva, hemos procedido a firmar la segunda alternativa (que adjuntamos) y que fue igualmente aprobada por nuestra C. Ejecutiva en la reunión de Septiembre.

Hemos convocado rueda de prensa a fin de contrarrestar las versiones de los no firmantes y de reiterar que el Plan Estratégico está denunciado, que la denuncia ha sido aceptada por la Comisión de Seguimiento y, por tanto, los Acuerdos en ella recogidos NO TIENEN HOY NINGUNA VALIDEZ.

Siguiendo la estrategia acordada por la C. Ejecutiva, el precio de referencia no existe y queda, por tanto, al necesario acuerdo entre vendedor y comprador. De existir algún precio indicativo, podrá tomarse el que aparece en el Acuerdo hoy fijado con Cooperativas, y que es de 56 ptas/kg de uva."

76. Según la documentación incorporada al expediente, este Acuerdo Sectorial entre FEDEJEREZ, AECovi y ARJEMAN fue enviado a la Secretaría General de Agricultura y Ganadería de la CAP, con copia al Director General de Industrias y Promoción Agroalimentaria y al Delegado de Agricultura de la Junta de Andalucía en Cádiz el 16 de septiembre de 2005. (folios 436 a 439).

Para continuar:

"85. El 25 de mayo de 2006 se celebró una reunión de la Comisión de Seguimiento del Plan Estratégico del Marco de Jerez en la Estación Enológica de Jerez entre AECovi, ASAJA-CÁDIZ, ASEVI-ASAJA, UAGA-COAG CÁDIZ, el Consejo Regulador, FEDEJEREZ y la CAP. El Orden del Día de dicha reunión incluyó, en primer lugar, la ratificación del Acuerdo sectorial de marzo de 2006 que contenía las medidas para la campaña en vigor y, en segundo lugar, el debate sobre el futuro del Marco de Jerez. A pesar de que durante las conversaciones de los meses previos



en las que se elaboró una propuesta de acuerdo UAGA-COAG CÁDIZ no se encontraba entre los firmantes, en esta reunión se hace entrega a la Secretaria General de Agricultura y Ganadería del Acuerdo Sectorial firmado por todas las organizaciones del Marco de Jerez, que incluía a esa entidad. Los precios fijados en el acuerdo facilitado a la CAP se referían únicamente al Jerez Superior, por lo que durante la reunión, por parte de la CAP se facilitó una tabla con el resto de precios (para Albarizones y resto de zonas) para esa campaña, según se indica en el Acta de la reunión (folios 99 a 106)....

91. En un correo interno de FEDEJEREZ de 7 de julio de 2006 se confirmaba la consecución de un acuerdo por parte de todas las organizaciones, (AECOVI, ASEVI-ASAJA y UAGA-COAG CÁDIZ), para las vendimias de 2006 y de 2007 (ARJEMAN ya se había integrado en FEDEJEREZ).

92. Además se afirmaba que (folio 525):

"(...) Este acuerdo será trasladado a la Consejería de Agricultura de la Junta de Andalucía al objeto de solicitar su apoyo financiero, que de llegar a producirse, y como continuación al acuerdo alcanzado incluirá la promoción de los vinos de Jerez (...)"

93. Los asociados a FEDEJEREZ fueron informados de la proximidad de la firma del acuerdo entre las organizaciones agrarias por medio de la Circular 10/06 en la que se afirmaba que las negociaciones se centraron en aspectos de la calificación, del precio y de la diversificación. En cuanto a los acuerdos sobre precio se indicaba (folios 526 y 527):

"(...) Esperamos que se puedan formalizar la semana que viene para lo que estamos convocando una Ejecutiva Extraordinaria al objeto de cumplir con el procedimiento de toma de decisiones de la Federación".

94. Esta reunión extraordinaria se celebró el 20 de julio de 2006, aprobándose la propuesta de acuerdo presentada por la Directiva de FEDEJEREZ y solicitándose la inclusión de una cláusula de denuncia en el mismo (folio 528 y 529).

95. Durante la reunión de la Comisión Ejecutiva de FEDEJEREZ de 24 de julio de 2006, se informó a los asistentes sobre el encuentro previsto entre los agentes implicados en las negociaciones ese mismo día, para la firma del acuerdo de las campañas 2006 y 2007, tal y como se refleja en el punto 2 del acta (folios 137 a 141):

"(...) Negociación Vendimia 2006, se informa que se prevé alcanzar un acuerdo con todos los subsectores implicados en las negociaciones, estando convocado para las 14 horas de hoy."

96. Tal y como consta en dos correos electrónicos de 24 y 25 de julio de 2006 que el Director de FEDEJEREZ envió a los asociados a la federación, el 24 de julio de 2006 las organizaciones agrarias firmaron el acuerdo para la vendimia de 2006 y 2007, fijando el precio de la uva de Jerez superior y de la bota de mosto (folios 253 a 257):

"Como continuación a la reunión mantenida con el resto de organizaciones que acaba de terminar, adjunto se envía el acuerdo firmado por todas las organizaciones que pone fin a las negociaciones llevadas a cabo en los últimos meses y que otorga estabilidad para los próximos dos años."

"Como continuación al mail remitido en el día de ayer, reenviamos de nuevo el Anexo del Acuerdo firmado, que contenía defectos en algunas operaciones. Adjuntamos también cuadro con los precios 2006-2007."

97. La firma del acuerdo y los precios consensuados fueron comunicados por FEDEJEREZ a los medios de comunicación, indicándose en la nota de prensa remitida por ésta lo siguiente (folios 537 Y 538):

"En la mañana de hoy se ha alcanzado un acuerdo entre las organizaciones representadas en el Marco, para determinación del precio de la uva para las próximas dos campañas."

(...) El acuerdo es continuidad de los acuerdos alcanzados para el año pasado y establece como principios generales, un precio de la uva de 61 Ptas. para 2006 y de 61,5 Ptas. para 2007, donde están incluidas 1,50 y 1 Ptas. respectivamente para un fondo que tendrá como destino la gestión de excedentes vía diversificación.

Esta nota de prensa es conjunta y refrenda los acuerdos alcanzados por las organizaciones AECOVI, ASEVI-ASAJA, FEDEJEREZ y UAGA-COAG, en la persona de sus presidentes, (...)"

98. El 25 de julio de 2006 el Director General de FEDEJEREZ, comunicó a la Secretaria General de Agricultura y Ganadería de la Consejería de Agricultura y Pesca el acuerdo alcanzado entre las organizaciones del Marco de Jerez (folio 544):

"Adjunto los documentos que reflejan los acuerdos alcanzados en el día de ayer por todas las Organizaciones del Marco, que suponen un importante cambio de la inercia del Sector, garantizando una estabilidad a dos años y reafirmando principios tan necesarios como la estabilidad en el precio de la uva, el fondo para la diversificación y la necesidad de reforzar el producto en el mercado a través de la promoción."

Todo ello lo ponemos en vuestro conocimiento, confiando en que un Acuerdo de semejantes características será entendido, apoyado y reforzado por todas las instancias de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía."

99. El 31 de julio de 2006 se firma un nuevo Acuerdo Sectorial entre ASEVI-ASAJA, AECovi, FEDEJEREZ y UAGA-COAG CÁDIZ, para las campañas 2006/2007 y 2007/2008, para dar continuidad a los acuerdos adoptados en el Plan Estratégico de 2002, tal y como se afirma en el propio acuerdo.

En el mismo se fijaba el precio tanto de la uva como del mosto de las categorías Jerez Superior, Albarizones y Zona, en este caso para las campañas 2006 y 2007 y establecía, también para ambas vendimias, un Fondo para la diversificación con el fin de gestionar excedentes, mediante el ingreso en el Consejo Regulador de una determinada cantidad por uva para la que se solicitara calificación, a excepción de la uva con integración vertical (folio 1.154 a 1.156).

100. En concreto, y relacionado con la fijación del precio de la materia prima, en el acuerdo se establecía:

"(...) A) Para la vendimia 2006:

(...) 2. Establecer el precio de la uva de Jerez superior en 61 ptas/kg. (366,62 €/Tn) y su equivalente por bota de mosto 47.982,62 Ptas. (288,39 €).

(...) B) Para la vendimia 2007:

(...) 2. Establecer el precio de la uva de jerez superior en 61,5 ptas/kg. (369,62 €/Tn) y su equivalente por bota de mosto (...)."

**CUARTO** : Cuestiones muy semejantes a la que ahora se plantean, han sido resueltas en nuestras sentencias de 16 de julio de 2013 , recurso 626/2011, de 21 de marzo de 2013 , recurso 659/2011 y de 17 de octubre de 2012 , recurso 609/2011 .

En la sentencia de 21 de marzo de 2013 , afirmábamos:

"La cuestión que ha de determinarse es si la recurrente ha incurrido en hechos constitutivos 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 de 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 la competencia de la CNC, que ésta razona en la Resolución impugnada del siguiente modo:

"Todas las partes imputadas alegan falta de jurisdicción de la CNC así como no afectación a los intercambios comunitarios y por tanto no aplicación del artículo 101 del TFUE . Vamos analizar en primer lugar la posibilidad de afectación del comercio comunitario, puesto que si a la conducta le es de aplicación la normativa comunitaria, según lo previsto en el artículo 3 del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 , relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, huelga entrar en el análisis de la asignación en el ámbito nacional puesto que la Ley 1/2002 en su artículo 1.punto 5, atribuye en exclusividad al Estado, entre otras, la competencia para "La aplicación en España de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y de su derecho derivado...", por tanto la CNC tiene la competencia exclusiva de juzgar aquellas conductas a las que les sea de aplicación la normativa comunitaria de acuerdo con el citado Reglamento 1/2003 del Consejo .

Mantiene la DI y coincide este Consejo en que las conductas analizadas en este expediente, si bien circunscritas geográficamente a un territorio en la provincia de Cádiz, puesto que se trata de operaciones entre los agentes del Marco de Jerez, todos ellos, productores y transformadores ubicados en dicha zona, tiene aptitud para afectar a los intercambios comunitarios porque los acuerdos conjuntos de precios entre productores y bodegueros sí pueden afectar de forma apreciable al "comercio entre los Estados miembros", por cuanto la uva y el mosto de Jerez, objeto de la fijación de precios, son la materia prima con la que se producen los distintos vinos de Jerez, cuyo destino principal es la exportación, fundamentalmente hacia países de la UE, tal como se recoge en el Plan de viabilidad del marco de Jerez 2010-2013, que consta en el expediente, según el cual, "Los vinos que se producen en la zona tiene como destino principal la exportación que absorbe una amplia mayoría del volumen comercializado".

Argumentan algunos de los imputados que la incidencia de un incremento del precio de la uva en el precio final del producto elaborado, que es el que finalmente se expide a los países europeos, es mínimo. Pero no debemos olvidar que nos encontramos ante una infracción por objeto, que en si misma tiene aptitud para afectar a la competencia en el ámbito correspondiente y en este caso, también en el europeo. La incidencia mayor o menor del precio de la materia prima, objeto del acuerdo, en el precio final podrá en su caso ser contemplada en el



*momento de la sanción pero no puede ser tenida en cuenta en una fase inicial de la instrucción, cuando se ventila la asignación entre autoridades competentes.*

*Concluido que las conductas tienen aptitud para afectar al comercio intracomunitario y que por tanto, en virtud del citado Reglamento 1/2003, están sometidas y debe aplicárseles la normativa comunitaria, la asignación del caso entre la Comisión y las Autoridades nacionales en el criterio de autoridad mejor situada se ventila en la red de Autoridades Europeas, de acuerdo con los criterios establecidos en la Comunicación de la Comisión Europea sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (D.O.U.E. de 27 de abril de 2004), y nada hay que decir en esta Resolución. Si bien es evidente que se ha considerado, que la autoridad mejor situada para analizar los ilícitos de que trata este expediente es la CNC."*

*La Sala comparte estas afirmaciones.*

*Efectivamente, el Tribunal de Luxemburgo ha tenido ocasión de plantearse el problema de la incidencia de las materias primas en el producto final a efectos de la Competencia. Podemos citar las siguientes afirmaciones:*

*"Procede examinar a continuación si los acuerdos en cuestión pueden restringir la competencia y afectar al comercio entre Estados miembros.*

*El acuerdo en cuestión, al sancionar cualquier aumento de la producción, tiende a inmovilizar la situación existente, dificultando las posibilidades de mejora de la posición competitiva del productor en el mercado. Por lo tanto, puede dar lugar a restricciones de la competencia entre productores.*

*Aunque es cierto que el acuerdo se refiere al aguardiente utilizado en la fabricación del coñac, es decir, a un producto semielaborado que normalmente no se despacha fuera de la región de producción, este producto constituye la materia prima de otro producto, el coñac, comercializado en toda la Comunidad. Por tanto, los acuerdos que imponen el pago de cotizaciones en caso de exceso sobre las cuotas comercializables pueden afectar a los intercambios entre Estados miembros.*

*De ello se deduce que el acuerdo interprofesional mencionado está prohibido por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado."* ( Sentencia de 3 de diciembre de 1987, asunto 136/1986 )

*"142 En primer lugar, procede responder a las dos primeras alegaciones que, según la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia (véase la sentencia de 30 de enero de 1985, BNIC, 123/83 , Rec. p. 391), todo acuerdo que tenga por objeto o por efecto restringir la competencia mediante la fijación de los precios de un producto semiacabado puede afectar al comercio intracomunitario, a pesar de que el propio producto semiacabado no sea objeto de intercambio entre los Estados miembros, cuando constituya la materia prima de otro producto comercializado en algún lugar de la Comunidad. En el presente caso, procede destacar que la pasta de madera representa entre el 50 % y el 75 % del coste del papel y que, en esas circunstancias, no cabe duda de que la concertación acaecida en materia de precios de la pasta tuvo repercusiones en los intercambios de papel entre los Estados miembros.*

*143 Asimismo, debe desestimarse la tercera alegación de los miembros de la KEA, basada en la escasa importancia de su cuota de mercado. A este respecto, hay que recordar que, tal y como este Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones (véase, por ejemplo, la sentencia de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion française, asuntos acumulados 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825), para que un acuerdo pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, ha de poder considerarse con un grado de probabilidad suficiente, sobre la base de un conjunto de elementos objetivos de hecho o de Derecho, que puede ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes de los intercambios entre Estados miembros, de tal manera que pudiera dañar la realización de los objetivos de un mercado único entre Estados."* ( Sentencia de 31 de marzo de 1993, asuntos acumulados C-89/85 , C-104/85 , C-114/85 , C-116/85 , C-117/85 , C-125/85 , C-126/85 , C-127/85 , C-128/85 Y C-129/85 )

*Queda claro por tanto que las circunstancias de negociación sobre la materia prima, afecta al producto final, y por ello, un acuerdo anticompetitivo respecto de ella tiene su reflejo, a efectos de las normas de protección de la competencia, sobre el producto final, siendo éste el que delimita el ámbito de incidencia de la conducta.*

*Pues bien, que la incidencia del precio de la uva en el producto final sea relevante, es ajeno a la determinación del órgano competente, ya que en materia de protección de la competencia basta una potencial restricción, limitación o exclusión de la misma para que la conducta sea calificada como anticompetitiva. Si la afectación de la libre competencia es efectiva, ello determinará una mayor gravedad de la conducta, pero tal efectividad no determina la calificación de la conducta como anticompetitiva.*

*Trasladando estos parámetros a la determinación de la competencia del órgano administrativo, hemos de tomar como eje el producto final - cuya comercialización se realiza en distintos países de la UE -, pues es evidente que una conducta anticompetitiva sobre uno de los componentes del producto final, puede potencialmente afectar*



a éste, aún cuando la afectación no llegue a ser efectiva. Y tal potencialidad determina el ámbito material de la conducta. Hemos de concluir que la competencia corresponde a la CNC en los términos por ella afirmados."

**QUINTO:** Hemos de recordar los siguientes planteamientos generales:

En cuanto a la sujeción de una organización empresarial a la Ley 16/1989, esta Sala reiteradísimamente ha declarado A) que el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio dispone: " Se 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...", B) que el artículo 10.1 del propio Texto Legal, establece: "El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquéllos, que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los artículos 1, 6 y 7... Multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10% del volumen de ventas...". E igualmente hemos señalado que el primero de los preceptos citados 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.

En relación al segundo de los preceptos citados, conviene destacar, de un lado, que 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.

Llegados a este punto hemos de recordar las afirmaciones realizadas en nuestra sentencia de 17 de octubre de 2012, recurso 609/2011 :

*"Pues bien, hemos de realizar una primera afirmación, para que la entidad actora pudiese realizar una conducta anticompetitiva, es necesario que tal facultad le venga atribuida por norma con rango de Ley.*

*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 este 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.- El supuesto de fijación de precios no es aplicable al presente caso, pues no nos encontramos ante adquisiciones obligatorias de la uva por las bodegas, 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 precios 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 recurrente no tenía cobertura legal para realizar la conducta que se le imputa.

En este punto podemos establecer:

1) Cualquiera que sea la naturaleza de la recurrente, 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.



*En el supuesto que se nos plantea no puede entenderse que la fijación del precio de la uva se encuentre dentro de la esfera competencial administrativa de las actoras.*

*C) El artículo 2º de la Ley 16/1989, no contempla lo que es la aplicación de un Reglamento, como instrumento de exención de conductas anticompetitivas tipificadas por la Ley."*

Debemos destacar que el Consejo Regulador intervino en las conductas que analizamos consistente en la fijación de precios de la uva e igualmente el conocimiento de dos Administraciones Públicas de los hechos ocurridos.

**SEXTO** : En cuanto a la calificación de la conducta compartimos la afirmación de la CNC:

*"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, a) la fijación de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio".*

*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.*

*En el caso que nos ocupa contamos con acuerdos firmados entre las partes además de con múltiples comunicaciones sobre la aplicación de los mismos por lo que no hay necesidad de detenernos más en este aspecto. Además las partes no niegan la existencia de los Acuerdos.*

*En cuanto al segundo presupuesto del artículo 1, la búsqueda o la capacidad de afectación o falseamiento de la competencia, si bien no han sido evaluados efectos de forma concreta, y aunque no sea necesaria su demostración, es evidente que acuerdos de precios que se prolongan durante un periodo tan largo de tiempo, no solo tiene la capacidad, sino que puede asegurarse que afectan a la competencia en el sector. Precisamente la extensión del periodo, que se remonta al año 1991, hace especialmente difícil la acreditación de efectos concretos, tanto en cuanto al nivel de precios que se hubieran fijado de no existir el acuerdo, como en el efecto sobre la asignación de los recursos y en los agentes del sector, de ambos lados de la negociación, productores y fundamentalmente sobre los transformadores, que no han tenido que competir en el precio de la materia prima, lo que a su vez les facilitaba otros acuerdos que ya han sido sancionados por este Consejo."*

La participación de la actora ha quedado acreditada como resulta de los hechos probados antes trascritos.

**SEPTIMO** : La citada sentencia de 21 de marzo de 2013, continúa:

*"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 16/1989, y las competencias propias de las Administraciones y quienes actúan amparados en sus decisiones, 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. Efectivamente, desterrada la responsabilidad objetiva o por el resultado, aún en Derecho Administrativo Sancionador, no puede imponerse sanción alguna, cuando no concurra dolo o negligencia en la comisión."*

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

1.- La propia Resolución afirma: *"Estamos ante una conducta incardinada en un proceso más amplio de acuerdos relacionados con la reconversión del sector vitivinícola de Jerez que incluye un apartado relativo a los precios a pagar por los transformadores y el precio que recibirán los productores ..."*, lo que implica admitir como razonable la posibilidad de cierta indeterminación y falta de claridad de los distintos aspectos a los que la reconversión puede legítimamente afectar.

2.- Es explícita en la Resolución el respaldo a los Acuerdos adoptados de dos Administraciones, la General del Estado y la Autonómica de la Andalucía.

3.- También es explícito el reconocimiento de que a los Acuerdos se le dio una gran difusión en los medios de comunicación, lo que implica una absoluta ausencia de ocultación, un comportamiento claro y abierto que no



se revela una conciencia de antijuridicidad en el mismo, sino, bien al contrario, refleja que la conducta podía ser públicamente conocida.

Uniendo los tres elementos, reconversión del sector, intervención de dos Administraciones Públicas en el proceso, y actuación clara y directa, hemos de concluir que la recurrente no tuvo la conciencia de que el comportamiento realizado constituía una conducta contraria a la libre competencia, sino, bien al contrario, su comportamiento revela la conciencia de estar actuando dentro de la legalidad; lo que implica ausencia de elemento subjetivo del injusto.

En este sentido hemos de recordar la jurisprudencia del TJ:

1.- Sentencia de de 24 de septiembre de 2009, C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P:

*"225 En efecto, de la práctica decisoria de la Comisión y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta que la tolerancia de un comportamiento por parte del legislador nacional o por las autoridades constituye una circunstancia atenuante de modo que justifica la reducción del importe de la multa, con independencia de la dimensión de las empresas afectadas.*

*226 En particular, BA-CA reprocha al Tribunal de Primera Instancia haber estimado, en el apartado 505 de la sentencia recurrida, que la tolerancia de la infracción por parte de las autoridades públicas no puede tomarse en consideración «en particular, a la vista de los medios de que disponen los bancos para obtener información jurídica precisa y correcta». Por una parte, tal circunstancia no es conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, con la sentencia de 9 de septiembre de 2003, CIF (C-198/01 , Rec. p. I-8055, apartado 57). Por otra parte, tal circunstancia genera una discriminación en perjuicio de ciertas empresas, en función de su objeto social.*

*227 La Comisión considera, con carácter principal, que tales afirmaciones son inadmisibles por consistir en una mera reiteración de los hechos expuestos ante el Tribunal de Primera Instancia. Con carácter subsidiario, dichas afirmaciones carecen de fundamento.*

ii) *Apreciación del Tribunal de Justicia*

*228 En el apartado 505 de la sentencia recurrida, el Tribunal de Primera Instancia ha señalado lo siguiente:*

*«Por lo que se refiere a la participación de determinadas autoridades públicas [banco nacional austriaco], Ministerio de Hacienda y Wirtschaftskammer) en las reuniones, las pruebas presentadas por las demandantes no son suficientes para fundamentar una duda razonable acerca del carácter ilícito de las mesas redondas a la luz del Derecho comunitario de la competencia. Aunque no se excluye que, en ciertas circunstancias, el marco jurídico nacional o el comportamiento de las autoridades nacionales puedan constituir circunstancias atenuantes (véase, por analogía, la sentencia CIF, citada en el apartado 258 supra, apartado 57), la aprobación o la tolerancia de la infracción por parte de las autoridades austriacas no puede tenerse en consideración como tal en el caso de autos, en particular, a la vista de los medios de que disponen los bancos para obtener información jurídica precisa y correcta.»*

*229 La primera frase de dicho apartado constituye una apreciación fáctica del Tribunal de Primera Instancia que no puede cuestionarse en la fase de casación.*

*230 En cuanto a la segunda frase de dicho apartado, procede señalar, de entrada, que el Tribunal de Primera Instancia no ha incurrido en error de Derecho.*

*231 Por una parte, en contra de lo que sostiene BA-CA, en la sentencia CIF, antes citada, la cuestión prejudicial planteada versaba, en el marco del artículo 81 CE , sobre el papel de la autoridad nacional de la competencia cuando la práctica concertada viene impuesta o favorecida por una norma de Derecho interno que legitima o refuerza los efectos de aquélla. El Tribunal de Justicia ha declarado, en el apartado 57 de dicha sentencia, que «en la determinación del alcance de la sanción, el comportamiento de la empresa implicada puede apreciarse teniendo en cuenta la circunstancia atenuante que constituía el marco jurídico nacional». De ello se desprende que la sentencia CIF no concernía en modo alguno a la participación de las autoridades públicas en la práctica concertada.*

*232 Además, tal como el Abogado General señaló en el punto 404 de sus conclusiones, la ley austriaca que permitía la concertación de las entidades bancarias fue derogada a más tardar el 1 de enero de 1994, es decir, un año antes de que comenzara el período de infracción al que se refiere la Decisión controvertida."*

Sentencia de de 9 de septiembre de 2003, c-198/01 :



"56. En segundo lugar, si una ley nacional se limita a fomentar o a facilitar comportamientos autónomos de las empresas contrarios a la competencia, éstas siguen sometidas a los artículos 81 CE y 82 CE y pueden ser sancionadas incluso por comportamientos anteriores a la decisión de excluir la aplicación de la citada ley.

57. No obstante, es preciso señalar que, si bien esta situación no puede conducir a admitir prácticas que puedan agravar aún más las distorsiones de la competencia, al determinar el alcance de la sanción, produce, sin embargo, la consecuencia de poder apreciar el comportamiento de las empresas implicadas teniendo en cuenta la circunstancia atenuante que constituía el marco jurídico nacional (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartado 620).

58. Por consiguiente, a la luz de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que, ante comportamientos de empresas contrarios al artículo 81 CE, apartado 1, que vienen impuestos o se ven favorecidos por una normativa nacional que legitima o refuerza sus efectos, en concreto por lo que atañe a la fijación de los precios y al reparto del mercado, una autoridad nacional de defensa de la competencia, que tiene encomendada, entre otras, la tarea de velar por el respeto del artículo 81 CE:

- está obligada a excluir la aplicación de dicha normativa nacional;
- no puede imponer sanciones a las empresas implicadas por comportamientos realizados cuando era la propia normativa nacional la que exigía dichos comportamientos;
- puede imponer sanciones a las empresas implicadas por sus comportamientos posteriores a la decisión de excluir la aplicación de dicha normativa nacional, una vez que esta decisión se ha convertido en definitiva frente a ellas;
- puede imponer sanciones a las empresas implicadas por comportamientos realizados cuando la citada normativa nacional simplemente los fomentaba o facilitaba, siempre que tenga debidamente en cuenta las particularidades del marco normativo en el que actuaron las empresas."

En el presente caso, como hemos expuesto anteriormente, existía una legislación en la que, al menos aparentemente, podía basarse la actuación; y existió una participación activa de las autoridades, por ello entendemos que ha de apreciarse una atenuación en la reprobabilidad de la conducta que excluye la imposición de sanción.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso, en cuanto la conducta enjuiciada es contraria a la libre competencia, pero la sanción impuesta es contraria a Derecho por faltar el elemento subjetivo de la infracción.

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 promovido **Federación de Bodegas del Marco de Jerez (Fedejerez)**, y en su nombre y representación el Procurador Sr. D<sup>o</sup> Isidro Orquin Cedenilla, 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 6 de octubre de 2011**, 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, **confirmándola** en sus restantes pronunciamientos, 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 el magistrado Ilmo Sr. D. Santiago Soldevila Frago a la sentencia de 24 de febrero de 2014, recaída en el recurso número **660/2011**.



Las razones de mi discrepancia con la sentencia de 24 de febrero de 2014, recurso nº **660/2011** se centran principalmente en su FJ 7º y en la parte dispositiva. Sobre este particular comparto, en lo sustancial, el planteamiento efectuado por la Abogacía del Estado, de acuerdo con las consideraciones que expongo a continuación.

1º En mi opinión no puede escindirse la declaración de la existencia de una infracción del elemento culpabilidad, que forma parte indisoluble del tipo infractor. En efecto, el artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia, describe las conductas anticompetitivas sobre la base de la existencia de un acuerdo de voluntades, por lo que entiendo que sólo podrá declararse la existencia de la infracción cuando, además de los otros elementos exigidos por el tipo infractor, el elemento intencional, esto es, la conciencia de obrar ilícitamente manifestada en el acuerdo de voluntades, quede acreditada.

2º En mi opinión la CNC ha actuado correctamente cuando ha declarado la existencia de la infracción y en el momento de fijar la sanción ha tomado en consideración la concurrencia de determinadas circunstancias excepcionales. No obstante, en el caso particular objeto de este recurso, debe tenerse en cuenta que la conducta que se imputa a la recurrente se realiza, al menos en su etapa final, bajo la vigencia de la Ley 2/2000 que no deja lugar a duda sobre la prohibición de fijación de precios, lo que ciertamente no ocurría antes de dicha fecha.

3º Por otra parte, la equívoca intervención de la Administración, cuando como en el presente caso el agente económico dispone de margen de maniobra suficiente, no puede dar lugar a una exoneración de la responsabilidad, de acuerdo con una consolidada y reiterada jurisprudencia de la que es sólo un ejemplo reciente la STPI de 10 de abril de 2008, confirmada por la STJUE de 14 de octubre de 2010, asunto Deutsche Telekom AG, C- 295/08, apartados 80 y ss,

4º En mi opinión, una cosa es que en función de determinadas circunstancias excepcionales pueda mitigarse la responsabilidad de los agentes intervinientes en los acuerdos colusorios, como se hace en el conjunto de la resolución de la CNC (FJ 7), y otra es que, de ello, pueda derivarse una exención total de la responsabilidad, incluso cuando como en este caso, se declara el carácter anticompetitivo de la conducta (FJ 7 final de la sentencia de la que discrepo).

FDO.

SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

**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.