



Expte. 2779.07, CONSEJO REGULADOR DE DENOMINACIÓN DE ORIGEN VINOS DE JEREZ Y MANZANILLA DE SANLÚCAR

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 4 de junio de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia -en adelante, Consejo-, con la composición ya expresada y siendo Ponente D. Miguel Cuerdo Mir, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente 2779.07, CONSEJO REGULADOR DE DENOMINACIÓN DE ORIGEN VINOS DE JEREZ Y MANZANILLA DE SANLÚCAR. El Expediente trae causa en una denuncia realizada inicialmente por Criadores, Almacenistas y Distribuidores de Vinos de Jerez, S.A. (en adelante también CAYDSA), a la que adhirieron Complejo Bodeguero Bellavista, S.L. y Zoilo Ruiz Mateos, S.L. (en adelante también Bellavista y Zoilo) contra el Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérès-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda” (en adelante también Consejo Regulador), por supuestas conductas contrarias al artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia (LDC), al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y al artículo 81 del Tratado de las Comunidades Europeas (TCE), consistentes en tres acuerdos de establecimiento de cupos sobre ventas para las bodegas de esta denominación de origen en función de sus ventas históricas.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 30 de abril de 2007 se presentó ante el Servicio de Defensa de la Competencia escrito de denuncia formulado por la mercantil CAYDSA contra el Consejo Regulador, por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en la adopción por parte de dicho Consejo

regulador, con fecha 30 de enero de 2007, de un acuerdo relativo al “cupo de ventas para las campañas 2006/07, 2007/08, 2008/09 y 2009/10” (folios 1 a 22), que fue comunicado mediante Circular 6/2007 de 9 de marzo de 2007.

2. Con fecha 11 de enero de 2008 se incoó el expediente sancionador 2779/07 contra el Consejo Regulador.

3. El 6 de febrero de 2008 solicitan personarse en calidad de interesados las mercantiles Bellavista y Zoilo Ruiz Mateos. Además, piden la ampliación de los hechos que fundamentaban la denuncia inicial, en concreto, por un nuevo acuerdo del Consejo Regulador de 4 de diciembre de 2007, supuestamente anticompetitivo, que estaría dejando sin efectos acuerdos anteriores sobre cupos.

4. Con fecha 15 de julio de 2008, el Consejo de la CNC dicta resolución de medida cautelar contra los acuerdos de sistema de cupo de ventas del Consejo Regulador para la campaña 2007/2008.

5. Con fecha 16 de diciembre de 2008 la Dirección de Investigación remite al Consejo *Propuesta de Resolución*. A la vista de lo actuado y conforme al artículo 50.4 de la LDC propone que:

“Primero. Se declare la existencia de conducta colusoria del artículo 1 de la Ley 16/1989, así como del artículo 81 del TCE, por la adopción por el Pleno del Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérés-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda” de los Acuerdos de 30 de mayo de 2006 y 30 de enero de 2007 relativos al establecimiento de cupos de ventas de las campañas adoptados en el seno de una asociación de empresas que tienen por objeto y efecto una limitación de la distribución, un reparto de mercado y una fijación indirecta de precios;

Segundo. Se declare la existencia de conducta colusoria del artículo 1 de la LDC, así como del artículo 81 del TCE, por la adopción por el Pleno del Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérés-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda” del Acuerdo de 4 de diciembre de 2007 relativo al cupo de ventas para la campaña 2007/08, consistente en un acuerdo adoptado en el seno de una asociación de empresas que tiene por objeto y efecto una limitación de la distribución, un reparto de mercado y una fijación indirecta de precios;

Tercero. Que esas conductas colusorias se tipifiquen, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC;

Cuarto. Que se declare responsable de dichas infracciones al CONSEJO REGULADOR de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérés-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda”;

Quinto. Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63.1.c) de la LDC teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.”

La Propuesta de Resolución de la DI se basa en los siguientes hechos acreditados:

- En la sesión del 30 de mayo de 2006 el Pleno del Consejo Regulador acordó el establecimiento de un cupo de ventas para la campaña en curso 2005/06 y estableció para las siguientes cuatro campañas límites de ventas diferentes para cada bodega, en función de sus ventas de las cinco campañas anteriores. La propuesta fue aprobada y difundida mediante la Circular 7/2006 de 1 de junio.

- En el acta de 25 de julio de 2006 se señala que la Consejería de Agricultura y Pesca aprecia una serie de dificultades, como 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 Consejería de Agricultura y Pesca.

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

-El 8 de marzo de 2007 entró en vigor la Orden de 19 de febrero de 2007 de la Consejería de Agricultura y Pesca de Andalucía, publicada en el BOJA de 7 de marzo de 2007, que modifica el Reglamento de las DO Jerez-Manzanilla en los mismos términos que los acordados por el Consejo Regulador en su sesión de 30 de enero de 2007.

-El Consejo Regulador difundió la Circular 6/2007 el 9 de marzo de 2007, con el nuevo sistema de cupos de venta aplicable para las campañas 2006/07, 2007/08, 2008/09 y 2009/10. Dicho cupo afectaba con efecto retroactivo a la campaña 2006/07.

-El 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.

-El 30 de junio de 2008 el Consejo de la CNC accedió a la solicitud de medida cautelar planteada por Bellavista y Zoilo Ruiz Mateos, estableciendo la suspensión del acuerdo de 4 de diciembre de 2007.

- El 7 de agosto de 2008 el Consejo Regulador comunicó a la CNC la adopción de una serie de medidas para dar cumplimiento de la Resolución de Suspensión del Acuerdo de 4 de diciembre de 2007: fijar un cupo fijo para la campaña 2007/08 de 37% de las existencias de cada una de las bodegas inscritas al 1 de septiembre de 2007. Fijar un cupo provisional para la campaña 2008/09 equivalente al 75% del anterior. Eliminar el borrador de Proyecto de nuevo Reglamento del Consejo Regulador la cláusula de excepcionalidad que permitía el cupo discriminado.

En la valoración jurídica realizada por la DI en su Propuesta de Resolución afirma que los tres acuerdos adoptados por el Consejo Regulador (30 de mayo de 2006, 30 de enero de 2007 y 4 de diciembre de 2007) se enmarcan presuntamente en el artículo 1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de Defensa de la Competencia (en relación a los dos primeros) y en el artículo 1 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia (en relación con el tercer acuerdo). Además, el artículo 81 del TCE establece que serán

incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común [...].

Para la DI, el Consejo Regulador tiene carácter de operador económico. Es decir, el concepto de empresa, a los efectos de la normativa de competencia, se interpreta en un sentido amplio. Recuerda la doctrina del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia al respecto y señala la dimensión privada de la composición del Consejo Regulador. En este sentido, efectivamente, es Corporación de derecho público en cuanto a sus órganos de gestión y en razón de la gestión y tutela del bien a proteger que es la propia Denominación de Origen, pero también es asociación de operadores y defiende intereses privados, más allá del ejercicio de sus potestades públicas, en cuanto que los representa, total o mayoritariamente, y lo refleja en su toma de decisiones, prácticas o acuerdos. En este sentido, para la DI, los acuerdos denunciados, aprobados en el seno del Consejo Regulador, inciden “claramente en la estructura y funcionamiento del mercado” al fijar cupos de venta como parte de unos acuerdos empresariales ajenos a las potestades públicas que le han sido encomendadas por delegación. Por lo tanto, habría base y fundamento para considerar el carácter anticompetitivo de los acuerdos tomados por el Consejo Regulador, así como la falta de amparo legal para la realización de las prácticas antes mencionadas.

En cuanto a los acuerdos la DI los considera anticompetitivos porque suponen una barrera a la expansión de las bodegas ya instaladas “y un *desincentivo a la entrada de nuevas bodegas*”, eliminando la posibilidad de expansión de existencias como mecanismo de crecimiento y una fijación retroactiva de la norma al basarlo en ventas históricas. Por otra parte, el nuevo sistema de cupos flexible, acordado en el seno del Consejo Regulador, favorece, según la DI, la existencia de un “*recinto protector*” a las ventas de las bodegas instaladas al no poder crecer las demás. Y actúa como práctica discriminatoria. Por lo tanto, podría incrementar los precios y segmentar el mercado. Además, “tener un mayor cupo de ventas” por parte de las grandes bodegas les da más “capacidad de monopolización” de esas ventas protegidas. También distorsiona y aumenta los costes al acumular existencias que no pueden ser vendidas, aunque en menor medida a las grandes bodegas, que son las que tienen mayor capacidad de almacenamiento. Entiende la DI que sería mucho mejor un cupo sobre existencias agregadas o sobre producción. Por otro lado, el carácter plurianual junto con los coeficientes reductores progresivos reducen mucho la oferta y orientan el sistema de modo que el Consejo Regulador sustituye al mercado, eliminando incentivos a la inversión, la innovación y la competitividad.

Finalmente, la DI observa que “*en torno al 75% de las ventas de las bodegas de la DO investigadas se destina a la exportación, y que más de un 65% de la misma se dirige a*

países de la Unión Europea”. Por lo tanto, según la DI, existe una afectación al comercio intracomunitario y, dado el carácter anticompetitivo de los acuerdos en la perspectiva de la legislación comunitaria, también estarían infringiendo el artículo 81 TCE.

6. Con fecha 5 de enero de 2009 tuvo entrada en la CNC el Informe de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA), solicitado por la DI el 2 de diciembre de 2008. En dicho informe se señala que, en cuanto a la naturaleza jurídica del Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérès-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda”, *“a la fecha de adopción de los Acuerdos analizados en el presente expediente, el citado Consejo Regulador era considerado como un órgano desconcentrado de la administración de la Junta de Andalucía que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se entiende Administración Pública”*. Por otro lado, en cuanto a la naturaleza jurídica de los Acuerdos adoptados por dicho Consejo Regulador, objeto del expediente sancionador, dice que *“de admitirse el carácter de administración pública del Consejo regulador, en ejercicio de potestades administrativas regulatorias, los acuerdos adoptados deberían tenerse por actos administrativos válidamente adoptados, tal y como se establece en el artículo 53 de la Ley 30/1992, y en consecuencia les resultaría de aplicación el sistema de revisión de actos previstos en el Título VII de la mencionada Ley.”* Señala también que, en cuanto al objeto y contenido de los Acuerdos analizados y con independencia de la calificación jurídica que se les otorgue, el Consejo de la ADCA comparte la valoración jurídica realizada por la Dirección de Investigación de la CNC en el Pliego de Concreción de Hechos, *“que por coincidencia no reiteran”*. Es decir, a juicio del Consejo de la ADCA, *“el sistema de cupo fijado en los acuerdos ha introducido restricciones indebidas a la competencia, no suficientemente motivadas en razón de la calidad del vino que es el interés general que legitima la actuación del Consejo Regulador para la adopción de los Acuerdos objeto de controversia”*.

7. Con fecha 5 de enero de 2009 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución presentado por el Consejo Regulador, que se adjunta como Anexo II, de conformidad con el artículo 34.2 del RDC. Asimismo se adjunta también dentro de este Anexo II el escrito presentado por el Consejo Regulador con fecha 12 de diciembre de 2008, sobre el que la Dirección de Investigación no se pronunció por haber tenido entrada en la CNC con posterioridad a la fecha de cierre de la fase de instrucción. En dichas alegaciones mantiene su afirmación de necesidad de los acuerdos denunciados con el fin de estabilizar el mercado y sujeto a la superioridad del marco normativo agrícola sobre el de la competencia.

La primera alegación del Consejo Regulador es que los acuerdos denunciados se adoptaron con el fin de estabilizar el mercado del vino de Jerez y al amparo de las normas sectoriales relacionadas con la OCM del vino, que a su juicio son de “aplicación

preferente a la de las normas de competencia ex artículo 36 del TCE”. A este respecto consideran que los Acuerdos se adoptaron en ejercicio de las potestades administrativas otorgadas por la normativa aplicable. Más concretamente, al amparo del Reglamento (CE) 1493/1999 que establece la OCM del Vino, así como de la Ley 24/2003 de la Viña y el Vino, la Ley andaluza 10/2007, de 26 de noviembre, de la Protección del Origen y la calidad de los Vinos de Andalucía y el propio Reglamento de las Denominaciones de Origen Jerez y Manzanilla.

En relación con la estabilización del mercado, el denunciado remite a lo dispuesto en la letra c) del artículo 33.1 del Tratado CE y a la consideración de una situación que califica de “grave crisis estructural que viene sufriendo el sector”, de carácter excedentario, causado por “un descenso significativo del nivel de demanda del producto”. Fundamenta estas afirmaciones en el Informe de 2002 de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía titulado “*Diagnóstico del sector vitivinícola y de las bodegas en el Marco de Jerez*”. Niega que los acuerdos tengan como objetivo beneficiar a ciertos operadores en perjuicio de otros y señala que en el Consejo Regulador están representadas todas las bodegas.

En relación con el Reglamento de la OCM del Vino, el Consejo Regulador entiende que se amparan no solamente medidas que tienen que ver con la calidad del vino sino aquellas que tengan como finalidad “*mantener el equilibrio mejorado entre la oferta y la demanda del mercado comunitario*”, tal y como señala esta norma. Desde esta perspectiva, en un contexto de crisis estructural, las medidas de estabilización del mercado a juicio del denunciado devienen esenciales, porque son las ventas las que determinan las necesidades de reposición en este sistema de crianza, de modo que las “*sacas*” o expediciones están en consonancia con la estabilidad de este sistema, por lo que se “*fuerza a los bodegueros a embotellar más allá de la propia demanda del mercado*”. Se remiten al informe enviado con su escrito de 19 de junio de 2008, para hacer notar los efectos perjudiciales para la calidad de los vinos por una estancia prolongada en botella. Esta situación se manifiesta en un “*incremento significativo de expedientes abiertos a bodegas*” por los bajos niveles de calidad.

Remite el Consejo Regulador a sus alegaciones del folio 1619. En concreto, en los párrafos 18 a 21 del Escrito de Alegaciones al Pliego, se explican los motivos por los que los acuerdos denunciados sí que están amparados por el artículo 41.1. En primer lugar, los acuerdos denunciados son acuerdos necesarios para la consecución del objetivo de la estabilización del mercado del vino de Jerez de conformidad con lo establecido por la letra c) del artículo 33.1 del Tratado CE y, por otro lado, sí que están amparados por el artículo 41.1 del Reglamento de la OCM del vino. Por ello resulta incontrovertible que los artículos 81 del Tratado CE y 1 de la LDC no resultan aplicables a los acuerdos denunciados. La introducción de un cupo flexible fue realizada para la consecución del objetivo fundamental del Tratado dispuesto en la letra c) de su artículo 33.1 y cumpliendo

todos y cada uno de los requisitos del artículo 41.1 del Reglamento de la OCM del Vino. Siendo así, y teniendo en cuenta que las normas de defensa de la competencia se aplican con carácter subsidiario a las normas reguladoras del sector agrario, para el Consejo Regulador los acuerdos denunciados están amparados y no hacen sino poner en práctica las referidas normas sectoriales y no les resultan de aplicación los artículos 81 del Tratado CE y 1 de la LDC.

Por otro lado, y en relación también con el cambio en el sistema de cupos, el Consejo Regulador defiende que el sistema de cupos lineal no resolvió los desequilibrios de los últimos años, siendo cada vez más dificultoso llegar a acuerdos para establecer ese cupo lineal. Por otra parte, el denunciado recuerda que el artículo 44.1 del Reglamento de la OCM del Vino no dice que la regulación de la oferta sea para cada campaña y considera que los acuerdos cumplen con lo estipulado en ese artículo relativo a la regulación de la oferta en el momento de la primera comercialización, porque no hay fijación de precios ni se enrarece excesivamente la oferta. Por lo tanto, el llamado cupo flexible es el modo de estabilizar el mercado, dado que el otro sistema de cupo lineal no ha funcionado. En este sentido, como sistema de estabilización de mercados, el mismo no puede ser analizado a la luz de las normas de defensa de la competencia puesto que su aplicación es subsidiaria en relación con la aplicación del artículo 36 del TCE.

Se defiende el Consejo Regulador de la acusación de la DI cuando ésta señala que era consciente “de la ilegalidad de esos Acuerdos” a raíz de la Medida Cautelar, porque vuelve al sistema anterior y elimina la cláusula de excepcionalidad. El denunciado señala que la medida obligaba a ese cambio.

El Consejo Regulador considera que sus acuerdos “*gozan del amparo tanto del artículo 33.1 del Tratado CE como del Reglamento de la OCM del Vino*” y en este sentido “se benefician de la exención legal prevista en los artículo 2.1 (primer párrafo) de la antigua LDC y 4.1 de la LDC, bien por resultar de la aplicación de una ley (el Reglamento), siguiendo la interpretación que de este término hace la doctrina especializada”. Para el denunciado en toda la instrucción de este expediente hay “un vicio de raíz” por parte de la DI, consistente en “*colocar a las normas de competencia en un mismo plano con las que regulan el sector agrícola, cuando es evidente que no es así*”. Lejos de ello, “*las normas de competencia resultan de aplicación solamente en la medida en que su aplicación no ponga en peligro la realización de los objetivos de la política agrícola común*”. Recuerda a estos efectos el artículo 36 TCE donde se señala que las normas sobre competencia serán aplicables a la producción y al comercio de productos agrícolas “*sólo en la medida determinada por el Consejo*”.

En el Reglamento 1184/2006 se pronuncia el Consejo Europeo a este respecto y extrae el denunciante el párrafo 3 del artículo 2 donde se dice que las normas sobre competencia deben ser aplicadas “*en la medida en que su aplicación no dificulte el funcionamiento de*

las organizaciones nacionales de los mercados agrícolas y no ponga en peligro la realización de los objetivos de la política agrícola común”.

Mantiene el Consejo Regulador que la Propuesta de Resolución no se puede amparar en el Reglamento 1234/2007 por el que se crea una Organización de Mercado Agrícola, porque no se encontraba vigente en el momento de producirse los acuerdos denunciados, pero en todo caso, su artículo 176.1 dice que el artículo 81.1 del TCE no se aplicará a los acuerdos “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”.

Por todo ello, el Consejo Regulador entiende que no ha actuado como operador económico, sino en ejercicio de sus funciones de carácter público atribuidas legalmente y por lo tanto no está sometido a la normativa de competencia, es decir, “*en ejercicio de su ius imperii y en estricto cumplimiento de las funciones que le vienen atribuidas por Ley*”, con una “*habilitación legal que ordena, ampara y justifica su conducta*”. Estos acuerdos para el denunciado constituyen actos administrativos que se rigen por el Derecho Administrativo. Además, “*lo que resulta trascendente es el análisis de si aquellos han sido adoptados en ejercicio de funciones de naturaleza pública –como insistimos, ha sido el caso- y no si las autoridades de competencia han considerado en el pasado a órganos de naturaleza y composición supuestamente similar a la del Consejo Regulador como operadores económicos*”.

Desde su punto de vista, los acuerdos no tienen un impacto anticompetitivo, dadas las circunstancias por las que atraviesa el sector. Entre otras cosas, porque los acuerdos ni bloquean un porcentaje excesivo de la cosecha anual disponible ni impiden la entrada de operadores o la expansión de los existentes. Niega que el caso BIDS tenga relación con el asunto del expediente y, por lo tanto, que sirva de soporte doctrinal a la Propuesta de Resolución, en la medida en que una asociación de empresas en nada se asemeja a la del Consejo Regulador.

El Consejo Regulador considera que sí motivó la excepcionalidad que permitió el cambio de sistema de cupo, puesto que “*constató la existencia de dicho carácter excepcional al estudiar, en particular, el cuadro de entradas y salidas y de evolución de las últimas campañas*”, fundamentado en sus alegaciones del 13 de marzo de 2008 ante la DI.

Por otra parte, el denunciado niega que la DI haya aportado evidencia económica alguna del carácter presuntamente anticompetitivo de los acuerdos denunciados, lo que considera importante, puesto que en el sector agrario es habitual la realización de prácticas que tengan por objeto limitar la oferta con el fin de estabilizar los mercados y esto se protege en el propio TCE y se ampara en la normativa sectorial.

En relación con las barreras a la expansión de las bodegas, que podría suponer a juicio de la DI el sistema de cupos sobre ventas denunciado, el Consejo Regulador entiende que se parte de un “error conceptual grave”, en la medida en que no se tienen en cuenta tres aspectos. Por una parte, el cupo flexible de cinco años tiene por objeto permitir una rotación acorde con los niveles medios de envejecimiento que en el caso de estos vinos obliga a prever “las compras y reposiciones de, al menos, las tres campañas anteriores”. Por otra, se sigue permitiendo “la transferencia de cupo de ventas de unas bodegas a otras; de tal manera que la bodega que agotase su cupo siempre pudiese adquirirlo a otras que no fuesen a utilizarlo”. En tercer lugar, *“para mayor consideración de aquellas bodegas que pudieran resultar deficitarias en cupo por haber modificado la rotación de sus inventarios, existía una cláusula de salvaguarda [...] atender los requerimientos de cupo adicional por parte de bodegas que decidieran entrar en el mercado o viniesen experimentando un crecimiento en las ventas de alguna de sus marcas concretas. Se trataba de evitar que, teniendo la empresa suficientes existencias para atender tal crecimiento, tuviera que acudir a la compra de cupo de otra empresa, lo que podría provocar cambios en la calidad de dicha marca”*. A favor de la bondad del mecanismo, se señala que *“ninguna bodega reclamase en ningún momento la aplicación de la cláusula de salvaguarda”*.

Además, el Consejo Regulador se ampara en un principio de confianza legítima para sus acuerdos, puesto que *“la propia Administración nunca puso de manifiesto disconformidad alguna hacia la actuación del Consejo Regulador, a pesar de tener pleno conocimiento de la misma. Más bien, todo lo contrario, si nos atenemos a lo dispuesto en la orden adoptada en fecha 26 de noviembre de 2008 por la Junta de Andalucía en virtud de la cual se desestimó el recurso de alzada presentado por la Unión de Agricultores y Ganaderos de Cádiz contra el acuerdo de 30 de enero de 2007”*. A lo que añade *“una serie de trabajos en coordinación con los servicios técnicos y jurídicos de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía”*.

Señala el denunciado que antes de adoptar los acuerdos objeto del expediente sancionador, *“el Consejo Regulador tenía ante sí dos alternativas; a saber, equilibrar el exceso de demanda en el sector mediante la aplicación de un cupo de ventas lineal más estricto (de manera que, por ejemplo, todas las bodegas debieran cumplir con un cupo del 25%), o aplicar un cupo de ventas más flexible que tuviera en consideración las necesidades de cada una de las bodegas”*. Eligió el segundo porque era el más respetuoso con las diferencias existentes entre bodegas y no por voluntad de discriminar a las pequeñas frente a las grandes. De hecho, no alcanza a entender el concepto de bodega grande frente a pequeña, ni por qué la DI no lo define, ni tampoco por qué uno de los denunciados –Garvey– es *“uno de los grupos bodegueros más relevantes en el Marco de Jerez”*.

Por otra parte, considera que no hay motivación legal cuando señala la DI que *“a la vista del contenido del PCH en ningún caso se puede considerar la inexistencia de pruebas, por lo que tampoco hay conculcación del derecho a la presunción de inocencia, al haberse respetado hasta el momento todas las garantías previstas legalmente para este procedimiento sancionador”*, en la medida en que no se ponen de manifiesto razones de hecho y de derecho que permiten considerar sus alegaciones como irrelevantes.

En cuanto al reparto del mercado, el denunciado considera que al tratarse de un mercado maduro y en recesión, dominado por los distribuidores y clientes, esto es sencillamente imposible. Además, la DI, en su opinión, no ha tenido en cuenta la sensibilidad del mercado a los precios y al hecho de que el vino de Jerez sea un producto que envejece *“de forma deficiente en la estantería”*. A lo que se añade que mientras que estuvo vigente el cupo variable los precios del vino de Jerez no subieron. En relación con la discriminación entre grandes y pequeñas bodegas por razón del cupo flexible, señala que son las grandes bodegas las que más sufren, porque considera que lo que realmente les convendría sería incrementar el cupo, *“exprimir las existencias para vender todo lo que absorbiese el mercado”* y *“no reponer el viñedo”*. Entiende que el cupo flexible a quien ha beneficiado es a los almacenistas, porque son los que *“incrementaron las ventas de cupo de forma sustancial”*.

Ante la acusación de la DI de provocar con estos acuerdos de cupo flexible unos precios *“artificialmente elevados”*, señala el denunciado que el nivel de los precios del vino de Jerez no sólo no subió, *“sino que se mantuvo durante el periodo en el que estuvo vigente el cupo flexible (lo que, tomando en consideración el IPC, en realidad supone un verdadero descenso)”*.

8. Con fecha 7 de enero de 2009 tuvo entrada en la CNC escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución de las empresas Bellavista y Zoilo Ruiz Mateos que se adjunta como Anexo III, de conformidad con el artículo 34.2 del RDC. En dichas alegaciones se continua manifestando la conformidad con la Propuesta redactada por la DI, tanto en lo que respecta a la exposición de los hechos realizada como a la valoración y calificación jurídica de los mismos. Añadiendo ciertas matizaciones a la propuesta realizada.

Respecto a la naturaleza del Consejo Regulador y de los acuerdos impugnados, reiteran el papel de los Consejos Reguladores como Corporaciones profesionales de Derecho público o representativas de intereses económico-sectoriales, constitutivos de asociaciones de base privada. Por tanto, se reconoce, incluso, de adverso, la naturaleza jurídica –cuanto menos, mixta, sino predominantemente, privada- del Consejo Regulador. Respecto a la naturaleza de los Acuerdos impugnados fueron adoptados en ejercicio de funciones propias del ámbito administrativo. Los acuerdos impugnados no han sido dictados en virtud de ninguna potestad de imperio otorgada por Ley, y se sujetan, por tanto, a las normas de Derecho Privado, y en particular, a las Normas de Defensa de la

Competencia. Adjunta además a dichas afirmaciones una Orden adoptada por la Junta de Andalucía en fecha 26 de noviembre de 2008. Concluyen que el Consejo Regulador actuó como “operador” del mercado y, además, extralimitándose en las potestades administrativas que le habían sido conferidas, por lo que su actuación resulta sujeta a las normas de Derecho Privado, y en particular, a la Legislación sobre Defensa de la Competencia, tanto nacional, como comunitaria.

Los denunciantes sintonizan con la DI respecto al total desacuerdo con las alegaciones realizadas por el Consejo Regulador, puesto que ni el marco sectorial de aplicación que define el Consejo Regulador es el correcto, ni los acuerdos denunciados se adoptaron respetando el marco sectorial de aplicación y tampoco existe fundamento jurídico alguno que sustente la afirmación gratuitamente realizada de adverso respecto a la subsidiariedad debida por las normas de competencia a las normas que regulan el sector agrario.

Respecto al marco jurídico, consideran importante repetir que la Ley Andaluza 10/2007 no estaba en vigor en el momento de adopción de los acuerdos de cupo de ventas analizados en el presente expediente, y además, va más allá en su redacción de lo previsto en el reglamento CE 1493/1999 y en la Ley estatal 24/2003, que son normas jerárquicamente superiores. Además los Acuerdos impugnados no respetan la normativa comunitaria ni la normativa nacional de aplicación en el sector vitivinícola. Haciendo hincapié en la aplicación del principio constitucional de jerarquía normativa por el que, en ningún caso, podría primar lo establecido en una Orden de 19 de febrero de 2007 de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía frente a lo previsto en una norma de rango superior, cuales son la ley estatal y el reglamento comunitario. Además de que el Consejo ni siquiera actuó en cumplimiento del artículo 32.1 de dicha Orden, dado que no ha motivado en ningún caso la excepcionalidad a la que hace referencia la Orden.

Respecto al asunto de la subsidiariedad de las normas de competencia frente a las normas agrícolas aplicables también están de acuerdo con la DI, se pone en evidencia que las normas de la competencia son directamente aplicables a las OCM agrícolas, incluida la vitivinícola, debiendo existir un adecuado equilibrio entre la aplicación de la OCM y las exigencias de la normativa de competencia, lo que no se ha respetado en este caso.

En el tema de la restricción realizada por el objeto, se trata de una restricción especialmente severa de la competencia concretada en el establecimiento de barreras a la expansión de las bodegas ya instaladas y a la entrada de nuevas bodegas en el mercado, el reparto del mercado favorable a las bodegas de mayor tamaño y el control de la oferta y de los precios del mercado por lo que nos encontramos frente a lo que se conoce como restricciones por objeto.

Considera que está suficientemente probado el carácter anticompetitivo de los efectos de los Acuerdos impugnados: reparto y segmentación del mercado, barreras a la expansión de las bodegas ya instaladas y a la entrada de nuevas bodegas, control de la oferta de vino de Jerez y, en consecuencia, control de los precios de mercado. Dichos efectos anticompetitivos no sólo se han producido en el conocido Marco de Jerez sino que se han desplegado al mercado europeo. Recuerdan que la existencia de una crisis sectorial no exime la aplicación de las normas de competencia y que el contrato de suministro de bodegas Garvey a TESCO no prueba ni la ausencia de efectos anticompetitivos ni la existencia de efectos procompetitivos.

Por otro lado se da la ausencia de prueba de los supuestos efectos procompetitivos, recordando que el artículo 2 del Reglamento CE 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, invierte, de forma explícita y clara, la carga de la prueba siendo el Consejo Regulador el que debe probar que se cumplen las condiciones para la aplicación de dichas exenciones legales. Reiterando lo que señaló el Consejo de la CNC en su Acuerdo de 15 de julio de 2008 sobre las Medidas Cautelares: “El Consejo de la CNC tampoco alcanza a comprender cómo la firma de un acuerdo de suministro puede hacer prueba de los efectos positivos o neutros para la competencia de un acuerdo de cupo de ventas...”. Además de faltar una valoración por parte del Consejo Regulador en relación el respeto de los principio de necesidad y proporcionalidad.

Para la determinación del importe de la sanción, los demandantes están de acuerdo con la calificación por parte de la DI de la infracción como muy grave y en aplicación del Artículo 62.4 a) de la LDC propone la imposición de la sanción prevista en el artículo 63.1 c). Respecto a la solicitud de la DI de que “se declare responsable de dichas infracciones al Consejo Regulador...” consideran necesario hacer alguna matización: no se puede obviar que no fue el conjunto de las Bodegas inscritas en el Consejo Regulador quienes propusieron y aprobaron los Acuerdos anticompetitivos impugnados, sino tan sólo algunos de los miembros integrantes del Pleno del Consejo Regulador. Además, gracias a las actas aportadas resulta muy sencillo saber qué miembros fueron los instigadores, promotores e infractores de las conductas anticompetitivas. Además la LDC permite imponer sanciones a representantes legales o personas que integran los órganos directivos intervinientes en el acuerdo o decisión objeto de sanción, añadiéndose que “*quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto*”. Siendo así que empresas que figuran inscritas en el Consejo Regulador para poder operar en el marco de la Denominación de Origen serían doblemente castigadas en el caso de declarar como único responsable de dichas infracciones al Consejo Regulador.

Respecto al tema del importe de la sanción, manifiestan la conformidad con el análisis recogido en los puntos 83 y siguientes de la Propuesta respecto a los criterios de dimensión y características del mercado afectado incluyendo el mercado europeo al que van dirigidas en torno al 75% de las ventas de las bodegas de las DO. Establecidos los criterios de valoración para el cálculo del importe básico de la sanción procede, según los propios términos de las Directrices, valorar el cálculo del coeficiente de ajuste a aplicar a dicho importe, es decir, analizar fundamentalmente la concurrencia de circunstancias agravantes y/o atenuantes. En este punto las demandantes discrepan con la DI, al considerar esta última como condición atenuante el cumplimiento de la medida cautelar exigida, dado que no se trata de una suspensión voluntaria. La DI no incluye circunstancias agravantes, como “*La posición de responsable o instigador de la infracción*” y “*La adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas*”. Finalmente consideran innecesaria la celebración de vista.

9. Con fecha 20 de enero de 2009, se recibe en la CNC escrito del Consejo Regulador por el que se comunica un artículo publicado en el Diario de Jerez en el que “se describe con todo detalle el contenido confidencial de la Propuesta de Resolución”. Recuerda el deber de secreto del artículo 43 LDC y que la propia CNC ha establecido la Propuesta de Resolución es un mero trámite, que no prejuzga la decisión final. Por todo lo cual solicita sea investigado el suceso y depuradas las responsabilidades correspondientes.

10. Con fecha 21 de enero de 2009, se recibe en la CNC escrito del Consejo Regulador en el que pone de manifiesto que nuevamente el Diario de Jerez ha publicado un artículo con información de la Propuesta de Resolución y reitera la investigación y la depuración de las responsabilidades que correspondan.

11. Con fecha 22 de enero de 2009, se recibe en la CNC escrito del Consejo Regulador por otro artículo en el diario citado en los antecedentes 8 y 9. Denuncia y reclama lo mismo que en aquellos.

12. Con fecha 2 de febrero de 2009, se recibe en la CNC escrito del Consejo Regulador en el que manifiesta su plena conformidad con las conclusiones del informe de la CDCA en relación con la naturaleza jurídica del Consejo Regulador y de los acuerdos denunciados.

13. Con fecha 16 de febrero de 2009, se recibe en la CNC escrito del Consejo Regulador en el que comunica la situación del llamado caso Cecasa y recoge las Conclusiones presentadas por el Abogado General que, según el denunciado, confirman “la primacía de las normas relacionadas con la política agrícola sobre las normas de competencia”.

14. Con fecha 26 de febrero de 2009 se recibe escrito de Caydsa por el que se muestran disconformes con las conclusiones alcanzadas por la ADCA en cuanto a la naturaleza

jurídica el Consejo Regulador y los acuerdos denunciados. Señala que en la estructura orgánica de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía no se contemplan como órganos superiores ni directivos, centrales ni periféricos a los Consejos Reguladores de las Denominaciones de Origen. Recuerda que el Informe de la ADCA sitúa los acuerdos denunciados “al margen del ámbito competencial que le corresponde”.

15. Con fecha 27 de febrero de 2009, se recibe escrito de Bellavista y Zoilo en relación con el Informe de la ADCA, no entienden como el Informe puede afirmar que el Consejo Regulador es considerado órgano desconcentrado de la Administración de la Junta de Andalucía y señala que ha actuado como operador económico al adoptar los acuerdos denunciados y en ningún caso en atribución de funciones públicas.

16. Con fecha 16 de abril de 2009 se envió a la Comisión Europea documento relativo a la Propuesta de Resolución, dado que se imputan hechos con arreglo al artículo 81 TCE. El envío está de acuerdo con el artículo 11(4) Reglamento (CE) nº1/2003 del Consejo que dice: *“A más tardar 30 días antes de la adopción de una decisión por la que se ordene la cesación de una infracción, por la que se acepten compromisos o por la que se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías, las autoridades competentes de los Estados miembros informarán de ello a la Comisión. A tal efecto, le proporcionarán una exposición resumida del asunto y el texto de la decisión prevista o, en ausencia de ésta, cualquier otro documento en el que se indique la línea de acción propuesta. Esta información podrá ponerse también a disposición de las autoridades de competencia de los demás Estados miembros. A instancias de la Comisión, la autoridad de competencia encargada del asunto deberá poner a disposición de la Comisión otros documentos que se hallen en su poder y que sean necesarios para evaluar el asunto. La información facilitada a la Comisión podrá ponerse a disposición de las autoridades de competencia de los demás Estados miembros. Las autoridades nacionales de competencia podrán asimismo intercambiarse la información necesaria para evaluar el asunto que estén instruyendo al amparo de los artículos 81 u 82 del Tratado”*. Después de transcurridos más de treinta días desde que la CNC informó, la Comisión no ha comunicado ninguna observación al respecto.

17. El Consejo de la CNC deliberó y falló la presente Resolución en su reunión del día 20 de mayo de 2009.

18. Son interesados:

- El Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérès-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda”
- Criadores, Almacenistas y Distribuidores de Vinos de Jerez, S.A. (CAYDSA)
- Complejo Bodeguero Bellavista, S.L. y Zoilo Ruiz Mateos, S.L. del Grupo Garvey (Nueva Rumasa, S.A.)

HECHOS PROBADOS:

De acuerdo con el artículo 51.5 LDC y el artículo 38 del vigente Reglamento de Defensa de la Competencia, el Consejo de la CNC dictará resolución en los expedientes sancionadores instruidos por la Dirección de Investigación. Esta resolución deberá contener los antecedentes del expediente, los hechos probados, sus autores, la calificación jurídica y los fundamentos jurídicos de la decisión. Señalados los antecedentes del expediente, el Consejo considera como hechos probados los siguientes:

1. 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 y en su composición hay 1 Presidente –con voto de calidad-, 1 Secretario General, 1 representante de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, 9 Vocales del sector productor y 9 Vocales del sector comercializador (todos ellos miembros de la asociación empresarial Fedejerez).

2. Criadores, Almacenistas y Distribuidores de Vinos de Jerez, S.A. (CAYDSA) es un 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.

3. Complejo Bodeguero Bellavista, S.L. y Zoilo Ruiz Mateos, S.L. (Bellavista y Zoilo) son mercantiles propiedad del Grupo Garvey y parte de la División de Bebidas de Nueva Rumasa, S.A. Bellavista 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 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.

4. En el artículo 32.1 del reglamento del Consejo Regulador, en su redacción de 1977, anterior por tanto a la reforma aprobada y a los acuerdos denunciados, se disponía: *“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.”*

5. 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 “cupo 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. No obstante, 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 *“cupo 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”*.

6. 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.

7. 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.”

8. 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 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.*
- 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% [...]. (folio 1550/1551)”*

9. 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 que afectaban 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 [...]" (folio 1551/1552)

10. Por resolución de 30 de junio de 2008, el Consejo de la CNC accedió a la solicitud de adopción de la Medida Cautelar planteada por Bellavista Y Zoilo de suspensión del Acuerdo de 4 de diciembre de 2007, adoptado por el Consejo Regulador de esta Denominación de Origen, ordenando al citado Consejo Regulador que lo dejase sin efecto hasta que se dictase la Resolución en el expediente principal.

11. Con fecha 7 de agosto de 2008, el Consejo Regulador comunicó a la CNC la adopción de las siguientes medidas para dar cumplimiento de la Resolución de Suspensión del Acuerdo de 4 de diciembre de 2007. Fijar un cupo para la campaña 2007/08 del 37% de las existencias de cada una de las bodegas inscritas al 1 de septiembre de 2007. Fijar un cupo fijo provisional para la campaña 2008/09 equivalente al 75% del anterior. Eliminar del borrador de Proyecto de nuevo Reglamento del Consejo Regulador la cláusula de excepcionalidad que permitía el cupo discriminado.

12. De acuerdo con los datos aportados por el Consejo Regulador, según consta en el expediente, es habitual la existencia de transacciones entre bodegas. De acuerdo con el Informe de la Junta de Andalucía sobre la situación del Marco de Jerez, en 2001, el cociente entre la suma de compras y ventas entre bodegas y las ventas al mercado daba como resultado un 0,24 –folio 301-. Por otro lado, la importancia de estas transacciones es muy desigual en función del tamaño de las bodegas, resultando irrelevantes para las más grandes, pero importantes para aquellas de más de 125.000 HI o las de más de 10.000 HI y 25.000 HI. Además, en el folio 855 del expediente, como información aportada por el Consejo Regulador, consta la importancia de las ventas entre bodegas, entre 2002 y 2007, que en algunos años supera el 25% respecto a las “ventas totales”.

13. 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.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El Consejo de la CNC considera que, en primer lugar, tiene que resolver si los tres acuerdos denunciados del Consejo Regulador de los vinos con denominación de origen Jerez y Manzanilla de Sanlúcar, relativos al nuevo sistema de cupos de venta (Hechos Probados 5, 7 y 9), son contrarios a la legislación de la defensa de la competencia prevista en el TCE (artículo 81) y en el ordenamiento jurídico español (artículo 1 LDC 16/1989 para los acuerdos de 30 de mayo de 2006 y 30 de enero de 2007 y artículo 1 LDC 15/2007 para el acuerdo de 4 de diciembre de 2007).

Desde que comenzó la vigencia de la Orden del Ministerio de Agricultura de 2 de mayo de 1977, por la que se aprobó el Reglamento de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérès-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda”, el sistema de cupos que regía estaba regulado por el artículo 32.1 de este Reglamento, que establecía:

“De las existencias de vino en crianza, sólo se podrán expedir por cada bodega y en cada campaña, como máximo, el 40% de las existencias al comienzo de la misma, que se fija el 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”.

Este sistema de regulación de la oferta se ajusta bastante a la tradicional idiosincrasia de la producción y comercialización de estos vinos de denominación de origen, puesto que su sistema de crianza está basado en la llamada “ley del tercio”, que da origen a un sistema dinámico de trasvases parciales entre criaderas y soleras –es decir, lo que se comercializa es el resultado de una mezcla de vinos criados de cosechas distintas y consecutivas-. Con este sistema se consigue una estandarización y estabilización de la calidad del vino, por combinación de varias cosechas antes de su expedición final.

Abundando en este sistema y en relación con las existencias de vino en crianza, la Junta de Andalucía, en su Diagnóstico del Sector Vitivinícola del Marco de Jerez del año 2002, según consta en el expediente, señaló que “*el sistema de crianza de Jerez hace que sea necesario que la cantidad de vino en crianza sea aproximadamente tres veces superior al volumen que se extrae para su comercialización*”. Por otra parte, el propio Consejo

Regulador, a través de su página web, señala que *“el tiempo medio de crianza en el sistema de solera que se asigna a un vino queda determinado por el cociente que resulta de dividir el volumen total del vino contenido en dicho sistema por el que representa la saca anual de la solera. De acuerdo con las normas del Consejo Regulador, y al objeto de no poner en el mercado vinos con menos de tres años de crianza, éste cociente debe ser superior a tres”*. En un gráfico móvil se explica cómo es el proceso y señala que la “saca” es la parte de las existencias en solera que acaba en el mercado. Esta “saca” sale siempre de las botas de solera y nunca puede ser superior a un tercio de la capacidad de cada una de estas botas que componen la solera.

Por lo tanto, la identidad y calidad de estos vinos están estrechamente relacionadas con la tradicional “ley del tercio” y, en este sentido, el artículo 32.1 del Reglamento de 1977 no hace sino aproximarse a este criterio de calidad cuando fija un máximo del 40% de las existencias para su expedición para todas y cada de las bodegas crianza. Ahora bien, es relevante al caso hacer notar por parte de este Consejo de la CNC que el Reglamento de 1977 también señalaba que, a ese porcentaje limitado de existencias para expedición, se le podrá añadir todas las adquisiciones que se hagan de vinos de crianza en esa campaña. Es decir, no hay límite a las ventas de cada bodega, sino a las propias existencias que se pueden expedir y, como se trata de una norma de calidad y de identidad de estos vinos, es igual para todos.

Sin embargo, el 30 de mayo de 2006 el Consejo de Regulación acordó un cambio en el sistema de cupos establecido en 1977. Así, lo convirtió en un sistema de cupos sobre ventas para las campañas 2006/07 y las tres siguientes, tal y como se transcribe en el Hecho Probado 5. La aplicación de este acuerdo se hizo circular para su cumplimiento. No obstante, dado que la Orden de 1977 no preveía este sistema de cupos, el cumplimiento y la aplicación final de la circular del Consejo Regulador fue paralizada meses después por la Consejería de Agricultura y Pesca, aunque iniciada la campaña de 2006-2007, y en tanto que exigía el cambio del Reglamento del propio Consejo Regulador -además de haber recibido dos recursos contra la implantación de la propia circular-.

Nuevamente, el 30 de enero de 2007, el Consejo Regulador acordó un nuevo sistema de cupo de ventas para las campañas 2006/07 a 2009/10, a la vez que remitía una propuesta de modificación reglamentaria, a pesar de las advertencias procedentes de la propia Consejería sobre el significado de los cambios que implicaba este nuevo sistema de cupo. Esta vez, la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía publicaría, como Orden de marzo de 2007, la modificación del Reglamento del Consejo Regulador y, más concretamente, su artículo 32.1. Es decir, aceptó finalmente el cambio regulatorio para que se pudieran aplicar plenamente los acuerdos de nuevo sistema de cupos fijado anteriormente por el Consejo Regulador. De hecho, el 9 de marzo de 2007 el Consejo Regulador difundió la Circular 6/2007, aprobada el 30 de enero de 2007, es decir, con

anterioridad a la Orden de la Consejería, que modificaba el sistema de cupos y que se correspondía en lo normativo con lo establecería la Orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, que afectaba a la campaña 2006/2007 y las tres siguientes.

Posteriormente, con fecha 4 de diciembre de 2007 el Consejo Regulador volvió a adoptar un nuevo acuerdo sobre cupos de ventas, de acuerdo con el sistema reformado, aunque más restrictivo, al aplicar un coeficiente reductor sobre la media de las ventas históricas, para la Campaña 2007/08, con modificaciones al cupo de ventas establecido por el acuerdo de 30 de enero de 2007; es decir, que afectaban con carácter retroactivo a la citada campaña, iniciada el 1 de septiembre de 2007. Este último acuerdo fue suspendido por el Consejo de la CNC, mediante Resolución de adopción de Medida Cautelar, el 30 de junio de 2008, es decir, con la campaña ya avanzada. Como consecuencia de la medida, el Consejo Regulador comunicó el 7 de agosto de 2008 al Consejo de la CNC que, para la temporada 2007/2008, volvía a un sistema de cupo fijo de existencias, con un cupo del 75% del anterior para la temporada 2008/2009 y proponía eliminar del borrador de un nuevo Reglamento del Consejo Regulador la cláusula de excepcionalidad que permitía el cupo de ventas históricas por bodegas.

SEGUNDO. En los tres acuerdos denunciados el sistema de cupos pasa de un sistema de cupos sobre existencias a un sistema de cupos sobre ventas, por razones de mercado, aunque sólo sea bajo una premisa de excepcionalidad. Es decir, se fijan porcentajes sobre ventas históricas, *“a la vista de las circunstancias que concurran en el mercado”*. Es de interés subrayar que, tal y como se mantiene en la propia Orden de marzo de 2007, cuando se trata *“de defender y mejorar la calidad de los vinos”*, con carácter general, se fija un porcentaje máximo sobre existencias, que es el resultado más aproximado a la aplicación de la *“ley del tercio”*. Por lo tanto, cuando se trata de asegurar la calidad e identidad de estos vinos de denominación de origen es suficiente con la cláusula general. Si bien se ha aplicado esa cláusula excepcional, que es la que desarrolla el sistema de cupo sobre ventas históricas y que es la que se concreta finalmente a través de los tres acuerdos denunciados.

Lógicamente, para el Consejo de la CNC, desde el punto de vista de la defensa de la competencia, el elemento crítico radica en la introducción de esta excepcionalidad y las consecuencias de la misma, porque se aleja de la razón de defensa y mejora de la calidad de los vinos y permite cambiar el cupo hacia un cupo de ventas, en función de ventas históricas, diferente para cada bodega en concreto y esgrimiendo para ello la existencia de desequilibrios estructurales en este mercado.

El Consejo de la CNC considera evidente que los tres acuerdos denunciados son los que habilitan el uso de esa excepcionalidad de mercado como criterio para el establecimiento del cupo de ventas. Pero con ello también modifican sustancialmente la libertad de

comercio de las bodegas, porque introducen el concepto de cupos sobre ventas, que serán ventas históricas y que se harán extensibles a varias campañas. En este mismo sentido, precisamente la aplicación de la excepcionalidad hace absolutamente ineficaz el que se acabe señalando, tanto en los acuerdos denunciados como en la Orden de marzo de 2007, que las bodegas nunca podrán expedir un porcentaje superior al 40% de las existencias o que las bodegas podrán adquirir cupos de otras bodegas, como cláusula de salvaguarda, si les fuera permitido por el Consejo Regulador, porque el problema desde la perspectiva de la competencia es previo y se plantea desde el momento en que se limitan las ventas, es decir, queda sometido el comercio a una restricción innecesaria desde el punto de vista de la calidad y solamente, de modo hipotético, porque se alega por el denunciado pero no se señala en los acuerdos, se requeriría una autorización especial para sobrepasar ese límite.

Efectivamente, hay que tener presente que las ventas de una bodega no son solamente el resultado directo del proceso de crianza de vino que se ha desarrollado en el seno de la propia bodega, puesto que la denominación de origen, dado el propio sistema de elaboración, prevé la posibilidad de compras de vinos ya criados entre bodegas. Es decir, habrá compras a las bodegas de almacén y podrá haber compras entre bodegas expendedoras, que en última instancia estarán en función de la actividad comercial de cada bodega de expedición y, por lo tanto, de su capacidad y habilidad comercial para obtener determinado volumen de ventas finales. Precisamente por ello, es necesario señalar que con el sistema de cupos sobre existencias de 1977, hay margen para una política independiente de ventas de cada operador, que va más allá de sus existencias, siempre que pueda comprar a otras bodegas para hacer frente a la demanda de sus vinos. De hecho, en el sistema de cupo sobre existencias se dejaban fuera de todo cupo las transacciones con otras bodegas, introduciendo la frase *“más lo vinos criados adquiridos durante la campaña”*. Es decir, solamente quedaba limitada la expedición de vinos de la propia bodega a un porcentaje de las existencias.

Por el contrario, el sistema de cupo establecido con los acuerdos denunciados llega a limitar las ventas finales de cada bodega a un porcentaje de sus existencias. Con ello, por ejemplo, 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.

A la vista de ello, el Consejo de la CNC entiende que los acuerdos son anticompetitivos, porque el objeto de los acuerdos denunciados es eliminar oportunidades de negocio para los más eficientes comercialmente y desviar comercio hacia los más ineficientes comercialmente. El Consejo de la CNC considera que el sistema de cupos de ventas

denunciado, al basarse en ventas históricas, tiene además un efecto económico -negativo sobre el conjunto y sobre aquellas partes más competitivas, al menos comercialmente. 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. Como muy bien ha señalado la Dirección de Investigación, el efecto es la creación de un “*recinto protector*” para las bodegas más ineficientes comercialmente que así no se ven amenazadas en sus ventas por aquellas más activas comercialmente. En este sentido, se genera un elemento discriminatorio entre bodegas injustificable desde el punto de vista de la defensa de la competencia, con efectos económicos negativos sobre el conjunto del sector.

Desde el punto de vista del Marco de Jerez y según el Informe de la Junta de Andalucía en el que se describían la distinta importancia y situación de las bodegas de crianza y expedición y de las bodegas de crianza y almacenado, se ponía de manifiesto que “*los diez grupos bodegueros más importantes controlan el 79,5% de las existencias de vino en crianza*”. Y, aunque desde el punto de vista del análisis general del Marco de Jerez, los problemas que sobresalían tenían un carácter estructural, debido a un descenso continuo de las ventas, unido a un “*mantenimiento de las existencias de vino en crianza a niveles en muchos casos superiores a lo razonable*”, también señalaba el informe que “*la situación es diferente en función del tipo de bodega de que se trate*”. Efectivamente, como se ha puesto de manifiesto como Hecho Probado 12, se observa que para algunos tamaños de bodega –ver tablas del folio 301 del expediente- la ratio ventas/existencias se aleja de la media, que se situaba en el 26,2%. Por ejemplo, aquellas bodegas de crianza y expedición de más de 250.000 HI, la ratio se situaba en el 29,4% y apenas producían transacciones intra-bodegas –compra ventas entre las propias bodegas-. Mientras que las bodegas de más de 125.000 HI, las siguientes en tamaño, con la misma ratio que las más grandes, si realizaban un volumen importante de transacciones entre bodegas, especialmente como compradoras de vinos procedentes de otras bodegas. Precisamente esos vendedores eran las bodegas de nivel intermedio, que mejoraban claramente su ratio final ventas /existencias, después de esas transacciones.

En este mismo sentido, la DI en su Propuesta de Resolución señala que las grandes bodegas de expedición son las beneficiarias y las pequeñas bodegas, las más perjudicadas. Para el Consejo de la CNC el sistema de cupos denunciado protege a las bodegas más regresivas comercialmente hablando. Cuando estas bodegas son bodegas integradas verticalmente, que tienen que defender marcas comerciales en el mercado, con importantes costes fijos de publicidad y promoción, nacional e internacional, la existencia

de ese “*recinto protector*” les estaría beneficiando proporcionalmente más. Efectivamente, los costes de comercialización de las marcas –que supone una importante diferencia en la estructura de costes entre las bodegas expendedoras y las que solamente son de crianza o aquellas más propensas a comercializar con marcas blancas-, obliga a una recuperación de costes basada en una escala mínima de ventas, que se protegería mejor con el sistema de cupos variable denunciado.

TERCERO. El Consejo Regulador ha alegado que la aprobación y aplicación de estos acuerdos han estado amparadas por la necesidad de aplicar una política de estabilización de mercados, prevista en el TCE. Además entiende que estos acuerdos quedarían fuera de la legislación de la competencia, puesto que los mismos formarían parte integrante de las organizaciones comunes de mercado. En este caso los acuerdos del Consejo Regulador denunciados, que serían necesarios para cumplir con los objetivos enunciados en el artículo 33 TCE.

El Consejo Regulador parte del hecho de la existencia de un exceso de oferta en los mercados, que intenta paliar mediante una política de estabilización basada en la intervención sobre esa oferta. Ahora bien, no se debe confundir el proceso que 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. Es aquí donde radica uno de los elementos más nocivos del sistema de cupos variable desde el punto de vista de la defensa de la competencia.

De hecho, se pueden plantear al menos dos alternativas que podrían estabilizar la oferta y las dos no tienen los mismos efectos sobre el mercado y la competencia. Una de ellas es a partir del volumen de existencias en un momento dado, con el correspondiente coeficiente. En este caso, lo que se asegura el Marco de Jerez es la cantidad total disponible de vino en el mercado en una campaña determinada. La otra, utilizada en los acuerdos denunciados, es a partir del volumen de ventas histórico de cada bodega. La primera actúa sobre el total de existencias objeto de expedición, de modo que si se reduce, se reduce la oferta final disponible de mercado. Además, se trata de una aplicación no discriminatoria, puesto que implica asignar a todas y cada una de las bodegas de expedición el mismo coeficiente sobre existencias, dado que lo que debe asegurar la estabilización es el montante de oferta en mercado.

La segunda fundamenta la estabilización en un porcentaje de las ventas históricas de cada bodega. Se dice en concreto que para bodegas de crianza y expedición “*el volumen total asignado a cada bodega será el correspondiente a sus ventas medias en las campañas 2001/2002 a la 2005/2006, corregido mediante un coeficiente que permita ajustar el volumen total resultante a las necesidades reales de reposición a nivel sectorial –que sería del 91% en la campaña 2006/2007-*”. Pero, a la vez, se establece unos límites en relación con las existencias, es decir, las ventas nunca van a superar el 37% de las

existencias y, por abajo, las ventas históricas no cuentan como límite si no se llega al 22% de las existencias. Por otra parte, para las bodegas de crianza y almacén se establece un cupo sobre existencias del 37%. Para la campaña 2007/2008, el coeficiente corrector se reducía hasta el 0,88 y desaparece la posibilidad de que se llegue al 22% de las existencias cuando las ventas históricas estén por debajo de este umbral.

Desde el punto de vista no sólo de la estabilización sino de la eficiencia, el resultado no puede ser muy alentador, puesto que aquellos que han ido perdiendo presencia en el mercado, es decir, con un pasado comercial inmediato menos exitoso, son los que van a tener que asegurar el ajuste entre oferta y demanda. Por otra parte, los que han sabido interpretar mejor la demanda en el pasado y han ido vendiendo cada vez más, se les cercenan las posibilidades de crecimiento comercial. Por lo tanto, el nuevo mecanismo de cupo aleja más que acerca la tan deseada estabilización del Consejo Regulador, ya que, en términos relativos, van a ofertar ahora más vino aquellos que en el pasado han sido menos capaces de conectar eficazmente con la demanda.

Es cierto que el mercado de producción y comercialización de vinos de denominación de origen Jerez y Manzanilla viene regulado, en primer lugar, por el Tratado de las Comunidades Europeas, puesto que se considera producto agrícola y, por lo tanto, sujeto a la política agraria comunitaria y a las normas que se derivan de su aplicación. En concreto, en el artículo 32 TCE se señala que el mercado común abarcará la agricultura y el comercio de los productos agrícolas, entre los que se encuentran aquellos que son *“productos de primera transformación directamente relacionados con aquellos”*. El artículo 33 señala los objetivos de la política agrícola común (PAC), entre otros, estabilizar los mercados, pero también incrementar la productividad y optimizar el empleo de los factores de producción. A juicio del Consejo de la CNC el sistema de cupos variables, además de contravenir la legislación de defensa de la competencia, lejos de ser un mecanismo estabilizador eficaz del conjunto de la oferta del Marco de Jerez, contraviene otros objetivos como la asignación eficiente de los recursos y pone en peligro las ganancias de productividad al frenar las posibilidades de expansión comercial de los que han sido capaces de crecer en el pasado y, simultáneamente, proteger a aquellos que se han mostrado menos capaces de ajustarse a las nuevas condiciones de mercado.

CUARTO. Entre las alegaciones del Consejo Regulador también se ha puesto un especial énfasis en señalar que la aplicación de las normas de competencia es subsidiaria de la aplicación de las normas relativas a la política agraria comunitaria. El Consejo de la CNC está obligado a recordar no solamente lo que dice el artículo 34 TCE, por el que se crean las organizaciones comunes de mercados agrícolas, según los productos, sino también que estas organizaciones podrán *“comprender todas las medidas necesarias para alcanzar los objetivos definidos en el artículo 33”*, si bien *“deberá limitarse a conseguir los objetivos enunciados en el artículo 33 y deberá excluir toda discriminación entre productores o consumidores de la Comunidad”*. En este sentido no ha sido el caso

de los acuerdos aprobados y aplicados por el Consejo Regulador, puesto que como ya se ha fundamentado, se ha elegido un mecanismo de estabilización que lejos de asegurar el mismo, han sido perjudiciales para las condiciones de competencia y, en este sentido, tenían una naturaleza discriminatoria entre productores, que debería quedar excluida al concebir y aplicar medidas de esa naturaleza.

A mayor abundamiento, el Consejo de la CNC también ha tenido en su consideración el artículo 36 TCE, que señala que las normas sobre la competencia serán aplicables *“a la producción y al comercio de los productos agrícolas sólo en la medida determinada por el Consejo, en el marco de las disposiciones y de acuerdo con el procedimiento previsto”* y teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 33 TCE.

Como consecuencia de las previsiones del artículo 36 del TCE, el Consejo de la Unión Europea adoptó el Reglamento 2006/1184/CE, de 24 de julio. En su Artículo 1 se dice que *“los artículos 81 a 86 del Tratado, así como las disposiciones adoptadas para su aplicación, se aplicarán a cualesquiera acuerdos, decisiones y prácticas mencionadas en el artículo 81, apartado 1, y en el artículo 82 del Tratado, relativos a la producción o al comercio de los productos enumerados en el anexo I del Tratado, sin perjuicio de las disposiciones del artículo 2 del presente Reglamento”*. Por lo tanto, la norma general es que se aplica la normativa de defensa de la competencia al comercio de productos agrícolas. No obstante, es cierto que en el artículo 2, apartado 1, también se dice que *“el artículo 81.1 del Tratado no será aplicable a los acuerdos, decisiones y prácticas mencionados en el artículo 1 del presente Reglamento que formen parte integrante de una organización nacional de mercado o que sean necesarios para la realización de los objetivos enunciados en el artículo 33 del Tratado”*, aunque en el siguiente párrafo también señala que en particular para agricultores y asociaciones de estos. En todo caso, para mayor aclaración de esta excepción, en el apartado 2 de este artículo 2, también se señala que la Comisión tendrá la competencia exclusiva para declarar, mediante una decisión que será publicada, *“qué acuerdos, decisiones y prácticas cumplen las condiciones previstas en el apartado 1”*. Esta declaración la efectuará de oficio, a instancia de una autoridad competente de un Estado miembro o de una empresa o asociación de empresas interesada. En este sentido, no se ha tenido conocimiento ni se ha alegado ninguna iniciativa del Consejo Regulador o de la Junta de Andalucía, como regulador de este sector, en relación con una iniciativa al respecto que tuviera carácter previo al cambio del sistema de cupos, a pesar de que sí constan las dudas que surgieron en el seno de la Junta de Andalucía antes de modificar el Reglamento del Consejo Regulador. Es decir, si el artículo 81 TCE se aplica con carácter general y es la Comisión la que tiene la exclusiva de declarar qué acuerdos o prácticas quedan exceptuados, por qué no se recabó el parecer de la Comisión antes de aprobar y poner en prácticas los acuerdos basados en ventas históricas.

QUINTO. Ha quedado fundamentado que el mecanismo estabilizador elegido, basado en los cupos sobre ventas, no puede ser considerado como necesario, aunque sí es discriminatorio y contrario no sólo a la legislación de defensa de la competencia vigente, sino incluso a algunos de los objetivos del artículo 33 TCE. Sin embargo, el Consejo de la CNC considera también preciso analizar la regulación comunitaria y española en relación con la comercialización de estos vinos de denominación de origen, con el fin de saber hasta qué punto los acuerdos denunciados se pueden considerar parte de una organización común de mercado y si, en consecuencia, forman parte o no de las potestades públicas del Consejo Regulador.

Hasta junio de 2008, los mercados del vino se regían por el Reglamento CE nº 1493/1999 del Consejo, de 17 de mayo, que establece la Organización Común del Mercado Vitivinícola. Este Reglamento en su Artículo 1 señalaba 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”*. Más concretamente, el Capítulo XII del Título IV de este Reglamento se refiere a las organizaciones sectoriales. El artículo 41 del mismo dice en relación con las normas de comercialización:

“1. A fin de mejorar el funcionamiento del mercado de los vcprd y de los vinos de mesa denominados mediante una indicación geográfica, los Estados miembros productores, en particular en la aplicación de las decisiones tomadas por organizaciones sectoriales, podrán definir 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, como:

- *la fijación de precios, incluso con carácter indicativo o de recomendación*
- *el bloqueo de un porcentaje excesivo de la cosecha anual normalmente disponible y, de forma general, toda operación anormal de rarefacción de la oferta,*
- *la negativa a expedir el certificado o certificados nacionales o comunitarios necesarios para la circulación y comercialización de los productos vitivinícolas, cuando dicha comercialización se ajuste a las normas antes mencionadas”*

2. Las normas mencionadas en el apartado 1 deberán ponerse in extenso en conocimiento de los operadores mediante su aparición en una publicación oficial del Estado miembro de que se trate.

3. Cada año, los Estados miembros que hayan hecho uso de las posibilidades que ofrece el apartado 1 enviarán a la Comisión un informe sobre las decisiones adoptadas al respecto durante el año anterior. La Comisión comprobará que se ajustan al Derecho Comunitario, en particular a las normas aplicables en materia de libre circulación (artículo 28 a 31 del Tratado y de competencia (artículos 81 a 86 del Tratado) y al principio de no discriminación (apartado 3 del artículo 34 del Tratado).

El Reglamento apunta hacia una regulación de la oferta desde la perspectiva de la defensa y mejora de la calidad de unos vinos, dado que tienen una identidad propia, pero excluye de modo taxativo cualquier práctica concertada en el seno de las organizaciones sectoriales que no tenga que ver con ese objetivo y, en todo caso, no identifica comercialización con ventas. Una regulación de las ventas bodega a bodega contraviene

lo dispuesto en este artículo, puesto que establece de modo concertado un acuerdo que restringe la competencia entre bodegas y tiene carácter discriminatorio, sin una relación fundada con la calidad e identidad de estos vinos, cuya tradición de crianza sí prevé un sistema de regulación de la oferta y la comercialización estrechamente relacionado con su identidad. Pero, además, contraviene también el Reglamento en relación con el concepto de primera comercialización.

El Consejo de la CNC considera que las decisiones tomadas por las organizaciones sectoriales solamente podrán definir “*normas de comercialización sobre la regulación de la oferta en el momento de la primera comercialización*”. Por lo que hay que entender que primera comercialización se refiere solamente al vino y específicamente a la “*puesta en reserva y/o a la salida escalonada de los productos*”. En este sentido, la salida escalonada del producto remite a la primera transacción comercial realizada con el mismo y establece con nitidez el alcance regulatorio del Consejo Regulador o de las normas sectoriales dictadas por la Consejería de Agricultura de la Junta de Andalucía. Esto significa sobre todo que en ningún caso se podría establecer una regulación de la oferta basada en ventas finales de las bodegas, puesto que una parte de esas ventas procede ya de transacciones anteriores entre bodegas y, por lo tanto, la normativa va más allá del límite fijado de la primera comercialización, que sí se cumpliría con un porcentaje sobre existencias que se ajustara a la “ley del tercio”. Por lo tanto, el Consejo de la CNC considera, en consonancia con la valoración realizada por la Dirección de Investigación en la fase de instrucción, que los acuerdos denunciados no responden a ninguna potestad pública delegada al Consejo Regulador, en la medida en que contravienen incluso lo establecido por el Reglamento comunitario aplicable al sector en el momento de esos acuerdos.

Por otra parte, tampoco la legislación sectorial española avala esa alegación. Puesto que la Ley andaluza 10/2007, de 26 de noviembre, de Protección del Origen y la Calidad de los Vinos de Andalucía, no había entrado en vigor en el momento de los acuerdos denunciados, hay que buscar en la Ley del Estado 24/2003, de 10 de julio, de Viña y de Vino, en su Artículo 22, apartado 4, donde se señala que “*la gestión de la denominación de origen deberá estar encomendada a un órgano de gestión, denominado Consejo Regulador, en la forma que la normativa de la Administración pública competente determine*” y lo mismo dice en su Artículo 23 para los vinos de denominación de origen calificada, reservando este nombre -artículo 25- para los órganos de gestión de esos dos casos. Para señalar a continuación y con nitidez en su Artículo 26 que, para el cumplimiento de los fines de estos órganos de gestión, la ley les asigna un conjunto de funciones y entre ellas destaca la de:

“d) Adoptar, en el marco de reglamento de vcprd, 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”

En definitiva, esas potestades administrativas delegadas solamente pueden remitir a decisiones que tengan que ver con “*criterios de defensa y mejora de la calidad*”, de acuerdo con el Reglamento comunitario y aplicables solamente a límites de producción o transformación, en ningún caso a límites sobre ventas finales en los que se discrimina operador a operador con porcentajes distintos.

SEXTO. Realizados el análisis y la valoración que los acuerdos denunciados merecen a este Consejo de la CNC, hay que subrayar que, según consta en los Hechos Probados, una parte muy importante del mercado de los vinos de denominación de origen Jerez y Manzanilla de Sanlúcar se desarrolla en países de la Unión Europea, cuyo comercio quedaría afectado de forma palmaria por esos acuerdos. En este sentido, el Consejo de CNC considera que se ha infringido también el artículo 81 TCE. Por ello, de acuerdo con el artículo 11.4 del Reglamento CE nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de normas sobre competencia en los artículos 81 y 82 TCE, se informó a la Comisión oportunamente con el fin de poder dictar resolución final.

SÉPTIMA. Una vez establecida y fundamentada la infracción en la que ha incurrido el Consejo Regulador, hay que señalar que la acreditada comisión de un ilícito de los contemplados tanto en la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, como en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, permite al Consejo de la CNC imponer sanciones. Ahora bien para el caso de los dos acuerdos denunciados que por su aprobación y aplicación se produjeron mientras estaba vigente la Ley 16/1989, en principio cabe señalar que su regulación se establece en la Sección segunda del Capítulo I del Título I de la citada ley. Más concretamente, 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. Del mismo modo y en lo relativo a las intimaciones, el artículo 9 LDC establece que aquellos agentes que realicen conductas prohibidas podrán ser requeridos por el TDC para que cesen en las mismas.

En relación con el acuerdo del Consejo Regulador tomado en diciembre de 2007, la legislación aplicable es ya la de la Ley 15/2007. Por lo tanto, de acuerdo con su artículo 61 se declara infractor de la misma en su artículo 1 y en el artículo 81 TCE al Consejo Regulador. 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. Por otro lado, y al igual que en la anterior legislación, la actual LDC permite en su artículo 53.2 que la CNC ordene en la resolución que se dicte la cesación de las conductas prohibidas.

Centrándonos en la aplicación de los previamente citados criterios de graduación de sanciones, 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.

Por otra parte, 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 atención a la fijación de la sanción, el Consejo de la CNC también toma en consideración que, 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 CUATROCIENTOS MIL EUROS por la infracción del artículo 1 Ley 16/1989, del artículo 1 Ley 15/2007 y del artículo 81 TCE. Asimismo, insta al Consejo Regulador a la no aplicación de ninguno de esos acuerdos o similares, puesto que son nulos de pleno derecho, como ha quedado fundamentado en esta resolución y compete establecerlo a este Consejo de la CNC.

Vistos los preceptos legales citados y los de general aplicación, el Consejo de la CNC

HA RESUELTO

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.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma agota la vía administrativa y que, por tanto, no cabe recurso en esta vía, siendo susceptible de recurso contencioso-administrativo, que podrá interponerse ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución.