

RESOLUCIÓN
(Expte. S/DC/0517/14 BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ)

SALA DE COMPETENCIA

PRESIDENTE

D. José María Marín Quemada

CONSEJEROS

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Benigno Valdés Díaz

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarrain

SECRETARIO

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 17 de diciembre de 2015

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha dictado esta Resolución en el expediente S/DC/0517 Bodegas José Estévez, incoado por la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (DC) el 23 de junio de 2014 contra José Estévez, S.A. (ESTÉVEZ), por la existencia de indicios de infracción del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989), del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha 15 de julio de 2008, la Dirección de Investigación, incoó un expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el artículo 1 de la LDC y el artículo 81 del TCE, contra BODEGAS WILLIAMS & HUMBERT, S.A. (WH), BODEGAS GONZÁLEZ BYASS, S.A. (GB), BODEGAS LUSTAU, S.A. (LUSTAU), COMPLEJO BODEGUERO BELLAVISTA, S.L.U. Y ZOILO RUIZ MATEOS, S.L., JOSÉ ESTÉVEZ, S.A., BODEGAS ANTONIO BARBADILLO, S.A. Y FEDERACIÓN DE BODEGAS DEL MARCO DE JEREZ (FEDEJEREZ), CONSEJO REGULADOR DE LAS DENOMINACIONES DE ORIGEN “JEREZ-SÉRÈS-SHERRY” Y “MANZANILLA

SANLÚCAR DE BARRAMEDA”, BODEGAS J. FERRIS y BODEGAS PEDRO ROMERO (Expte. S/0091/08 Vino Jerez), resolviendo el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia el 28 de julio de 2010 que las entidades incoadas habían incurrido en una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, por haber contribuido con su comportamiento a la creación de un cártel en la comercialización del vino de Jerez.

2. JOSÉ ESTÉVEZ, S.A. (ESTÉVEZ) interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional (AN) contra la citada Resolución (expediente R/626/2010). La AN dictó sentencia el 26 de noviembre de 2013, en la que declara respecto de ESTÉVEZ la caducidad del procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones, aunque no considera que la infracción esté prescrita y, por tanto, permite a la Administración iniciar un nuevo procedimiento al no haber transcurrido el plazo de prescripción.
3. En consecuencia, el 23 de junio de 2014, la DC incoó expediente sancionador S/DC/0517/14 contra ESTÉVEZ, por la existencia de indicios de participación en los acuerdos de reparto de mercado y fijación de precios en el sector del vino fino de Jerez, siendo los productos afectados los vinos finos de Jerez comercializados en el exterior, notificando dicho acuerdo a la citada empresa (folios 1 a 7).
4. El 2 de julio de 2014, la DC acordó incorporar al expediente S/DC/0517/14 determinada información obrante en el Expte. S/0091/08 relativa a ESTÉVEZ (folio 18 a 727), de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. Dicho acuerdo fue notificado a ESTÉVEZ, FEDEJEREZ, GB, WH y LUSTAU.
5. Los días 22 y 24 de julio de 2014 tuvieron entrada en la CNMC sendos escritos de ESTÉVEZ solicitando la confidencialidad de todos aquellos documentos que habían sido declarados confidenciales en el ámbito del expediente S/0091/08 (folios 782 a 789). El 8 de agosto de 2014, la DC remitió escrito de contestación denegando dicha solicitud de confidencialidad (folios 799 a 801).
6. El 8 de agosto de 2014, la DC requirió información a ESTÉVEZ en relación con su estructura de propiedad y control y al volumen de negocios total de la empresa en 2013. La contestación tuvo entrada en la DC el 1 de septiembre de 2014 (folio 807 a 808).
7. El 1 de septiembre de 2014, ESTÉVEZ interpuso recurso ante la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC contra el acuerdo de la DC de denegación de confidencialidad de 8 de agosto de 2014 (R/AJ/0307/14), el cual fue desestimado el 18 de noviembre de 2014 por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC (folios 829 a 835).
8. Con fecha 17 de marzo de 2015, la DC formuló el Pliego de Concreción de Hechos (folios 868 a 920), el cual fue debidamente notificado a ESTÉVEZ. Las

alegaciones al PCH de ESTÉVEZ tuvieron entrada en la CNMC el 30 de abril de 2015 (folio 984 a 1025).

9. La DC adoptó la Propuesta de Resolución el 18 de junio de 2015, conteniendo una propuesta de sanción por infracción del artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE (folios 1199 a 1298), por los acuerdos adoptados e implementados por ESTÉVEZ a través de los contactos y las reuniones entre representantes de dicha empresa y las demás entidades sancionadas en la resolución de 28 de julio de 2010, (Expte S/0091/08), consistentes en la fijación de precios mínimos de referencia para el producto BOB para la exportación, la limitación del cupo de ventas de dicho producto asignado a cada empresa y el reparto de los clientes, así como el intercambio de información comercial sensible, desde noviembre de 2001 hasta julio de 2008.
10. Con fecha 17 de julio de 2015, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 50.5 de la LDC y 34.2 del RDC, el Director de Competencia elevó el informe Propuesta a la Sala de Competencia de la CNMC (folio 1404 a 1504).
10. Con fecha 24 de julio de 2015, tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de alegaciones a la Propuesta de Resolución de ESTÉVEZ (folio 1506 a 1563).
11. Con fecha 18 de septiembre de 2015, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la remisión de información a la Comisión Europea prevista por el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado. Asimismo, se acordó suspender el plazo para resolver el procedimiento sancionador con fecha de efectos el día 18 de septiembre de 2015, hasta que se diera respuesta por la Comisión Europea a la información remitida o transcurriera el término a que hace referencia el artículo 11.4 del Reglamento (CE) n° 1/2003.

El plazo de suspensión fue levantado mediante acuerdo de fecha 19 de Octubre de 2015, con fecha de efectos el mismo día (folio 1577).
12. Esta resolución ha sido objeto de deliberación y fallo por la Sala de Competencia en su sesión de 17 de diciembre de 2015.
13. Es parte interesada en el procedimiento:
 - JOSÉ ESTÉVEZ, S.A. (ESTÉVEZ)

II. LAS PARTES

JOSÉ ESTÉVEZ, S.A. (ESTÉVEZ), inscrita en el Registro de Bodegas de Crianza y Expedición del Consejo Regulador, elabora y cría vinos y brandy de Jerez, siendo propietaria de las bodegas Félix Ruiz y Ruiz, Marqués del Real Tesoro de 1879 (de hecho, en ocasiones se hace referencia a Real Tesoro para identificar a esta empresa en algunos de los elementos probatorios que constan en este expediente), Valdespino, M. Gil Luque y Rainiera Pérez Marín.

Según la información aportada por la empresa, el accionista mayoritario de ESTÉVEZ, con más del 85% de las acciones en propiedad, es la entidad GESA, GRUPO ESTÉVEZ DE INVERSIONES EMPRESARIALES, S.L.

De acuerdo con el Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen de Jerez, Manzanilla y Vinagre de Jerez, ESTÉVEZ es el tercer productor de vinos de Jerez y uno de los más importantes de Brandy, con una capacidad de envejecimiento de 45.000 botas de 500 litros. Las marcas propias de vino que comercializa ESTÉVEZ son: Tío Mateo, La Guita (manzanilla), Inocente, Tío Diego y El Candado. Asimismo, elabora vino que luego es embotellado con marca blanca propia del distribuidor o con marcas secundarias, tanto para el mercado nacional como internacional, en particular, para los Países Bajos (marca DOÑA), Reino Unido (marcas TESCO, ASDA, WAILTROSE, SPAR y MEDAL) y Alemania (marca TIO TOTO). ESTÉVEZ produce vino tanto con Denominación de Origen Jerez como Manzanilla y pertenece a FEDEJEREZ desde el 28 de marzo de 2008.

En los hechos que se describen posteriormente referidos a las conductas imputadas a ESTÉVEZ también participaron las siguientes empresas y entidades que ya fueron parte en el anterior expediente S/0091/08 Vinos finos de Jerez:

- Complejo Bodeguero BELLAVISTA, S.L.U.,
- ZOILO RUIZ MATEOS S.L.,
- Bodegas GONZÁLEZ BYASS S.A.,
- Bodegas WILLIAMS & HUMBERT S.A.,
- Bodegas EMILIO LUSTAU, S.A.,
- Bodegas BARBADILLO, S.L.,
- CAYDSA,
- Bodegas J. FERRIS M.C.B.,
- Bodegas PEDRO ROMERO,
- Federación de Bodegas del Marco de Jerez,
- Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérès-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda”

III. MARCO NORMATIVO

La normativa aplicable al sector de la producción, elaboración, crianza y comercialización de vinos con Denominaciones de Origen (DD.O.) “Jerez-Xérès-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda” se compone de los Reglamentos Comunitarios relativos a las Organizaciones Comunes de Mercado, las Leyes nacional y autonómica en la materia y otros desarrollos normativos de rango

inferior. Por lo que respecta a la normativa comunitaria, en el momento de la adopción de los acuerdos objeto del presente expediente, el sector se encontraba regulado por el Reglamento CE nº 1493/1999 del Consejo, de 17 de mayo, que establece la Organización Común del Mercado Vitivinícola. Interesa lo previsto en el artículo 41.1 del mismo, que establece:

“A fin de mejorar el funcionamiento del mercado de los vcprd [vinos calificados producidos en una región determinada] 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”.*

Este Reglamento fue derogado por el Reglamento CE nº 479/2008, de 29 de abril, que regula la Organización Común del Mercado Vitivinícola, que señala que, para facilitar la futura incorporación en el Reglamento único para las OCM (Reglamento CE nº 1234/2007, por el que se crea una Organización Común de Mercados Agrícolas), conviene alinear, en la medida de lo posible, sus disposiciones con las del Reglamento único para las OCM.

En este sentido, debe señalarse que el artículo 175 del citado Reglamento CE nº 1234/2007, por el que se crea una Organización Común de Mercados Agrícolas, establecía lo siguiente:

“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, los artículos 81 a 86 del Tratado y sus normas de desarrollo se aplicarán, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 176 del presente Reglamento, a todos los acuerdos, decisiones y prácticas mencionados en el artículo 81, apartado 1, y el artículo 82 del Tratado que se refieran a la producción o los intercambios

comerciales de los productos mencionados en el artículo 1, apartado 1, letras a) a h), la letra k) y las letras m) a u), y en el artículo 1 apartado 3, del presente Reglamento”.

Igualmente el Reglamento CE nº 1234/2007 fue derogado por el Reglamento (UE) nº 1308/2013, que en relación a la normativa de competencia de aplicación a los productos agrarios, respeta lo indicado en el anterior reglamento. Así, su artículo 206 establece lo siguiente:

“Salvo disposición en contrario del presente Reglamento y de conformidad con el artículo 42 del TFUE, los artículos 101 a 106 del TFUE y sus disposiciones de aplicación se aplicarán, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 207 a 210 del presente Reglamento, a todos los acuerdos, decisiones y prácticas contemplados en el artículo 101, apartado 1, y en el artículo 102 del TFUE relativos a la producción o el comercio de productos agrarios”

Por otro lado, el artículo 209.1 del Reglamento (UE) nº 1308/2013 establece lo siguiente respecto a las excepciones relativas a los objetivos de la Política Agrícola Común, los agricultores y las asociaciones de agricultores:

“El artículo 101, apartado 1, del TFUE no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas contemplados en el artículo 206 del presente Reglamento que sean necesarios para la consecución de los objetivos fijados en el artículo 39 del TFUE.

(...) El presente apartado no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas que conlleven la obligación de cobrar un precio idéntico o por medio de los cuales quede excluida la competencia.”

En el ámbito estatal, es aplicable la Ley 24/2003, de 10 de julio, de Viña y de Vino, cuyo objeto es la ordenación básica, en el marco de la normativa de la Unión Europea, de la viña y del vino, así como su designación, presentación, promoción y publicidad. Esta Ley abarca los aspectos generales de la vitivinicultura, de la protección del origen y la calidad de los vinos, del régimen sancionador y del Consejo Español de Vitivinicultura. Adicionalmente, en el ámbito autonómico, de acuerdo con las competencias que en materia de denominaciones de origen y protección de la calidad de los vinos de Andalucía le confiere su Estatuto de Autonomía, el 17 de marzo de 2008 entró en vigor la Ley 10/2007, de 26 de noviembre, de Protección del Origen y la Calidad de los Vinos de Andalucía, que en su artículo 1 indica que tiene por objeto:

a) La ordenación, en el marco de la normativa de la Unión Europea y del Estado, de la protección del origen y la calidad de los vinos de Andalucía y sus indicaciones y designaciones.

- b) Fomentar la calidad de los vinos andaluces, especialmente de los vinos de calidad producidos en una región determinada.*
- c) Regular la información y promoción de los vinos que pueda llevar a cabo la Administración de la Junta de Andalucía, de acuerdo con la normativa aplicable.*
- d) Regular los órganos de gestión y de control de los vinos en Andalucía.*
- e) El establecimiento del régimen sancionador en la materia.*

El artículo 15.4 de la Ley establece que la gestión de la denominación de origen deberá estar encomendada a un órgano de gestión, denominado Consejo Regulador, que se regula en el Capítulo IV del Título II de esta Ley.

Finalmente, debe tenerse en cuenta la Orden del Ministerio de Agricultura de 2 de mayo de 1977, por la que se aprueba el Reglamento de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérès-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda”, modificada por la Orden de 19 de febrero de 2007 y 13 de mayo de 2010 de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, estableciendo las definiciones de estas denominaciones de origen, las variedades de uva, los productos amparados, las zonas de producción, etc.

IV. EL MERCADO AFECTADO

a) Mercado de Producto.

Este expediente sancionador se enmarca en el sector de la comercialización en el exterior de vinos con denominación de origen “Jerez-Xérès-Sherry” (Jerez) y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda” (Manzanilla), en concreto la comercialización de vinos de suministro exclusivo, también denominadas marcas blancas, marcas de distribuidor o productos BOB (“Buyer Own Brand”), para la exportación bajo marca del distribuidor. Se trata de vinos comercializados no con las marcas propias de la bodega que los elabora, sino con las marcas del distribuidor final, que adquiere el producto para comercializarlo en países de la Unión Europea.

En cuanto a los vinos con Denominaciones de Origen Jerez y Manzanilla (en adelante, DD.O. Jerez y Manzanilla), se distingue entre zona de producción (donde se sitúan las viñas) y de crianza (donde se sitúan las bodegas).

Respecto a la zona de producción de estos vinos con DD.O. Jerez y Manzanilla, se encuentra situada básicamente en la provincia de Cádiz, con algunos terrenos también en la provincia de Sevilla¹.

Los tipos de vinos amparados por la Denominación de Origen “Jerez-Xérès-Sherry” son, básicamente, los siguientes:

- a) Vinos generosos: Fino, amontillado, oloroso, palo cortado y raya.
- b) Vinos generosos de licor: dry, médium, pale cream y cream.
- c) Vino dulce natural: Pedro Ximénez o Moscatel.

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

- a) Manzanilla fina.
- b) Manzanilla Pasada.
- c) Manzanilla Olorosa.

La zona de producción vitivinícola de estas DD.O. Jerez y Manzanilla es el denominado Marco de Jerez, que se extiende a lo largo de distintos municipios de la provincia de Cádiz (Jerez de la Frontera, Puerto de Santa María, Sanlúcar de Barrameda, Trebujena, Chipiona, Rota, Puerto Real y Chiclana de la Frontera), así como por terrenos del municipio de Lebrija, de la provincia de Sevilla, constituyendo las características climatológicas y de composición del suelo un factor determinante para la maduración de la uva.

La zona se enmarca, a su vez, en la producción vitivinícola de la Comunidad Autónoma de Andalucía, donde aproximadamente el 70% del viñedo pertenece a alguna Denominación de Origen (6 en total), destacando por su peso la superficie

¹ Por Orden de 3 de marzo de 1999 de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía (BOJA nº 37, de 27 de marzo) se aprobó la modificación del artículo 15 del Reglamento de las Denominaciones de Origen “Jerez-Xérès-Sherry” y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda”, que se refiere a los tipos de vinos que se enmarcan en estas denominaciones de origen. La modificación incluye definiciones más precisas de las variedades y de sus características, y amplía por tanto dichas variedades.

ocupada por la producción de vinos de Jerez, Manzanilla y Vinagre de Jerez, con 6.937,71 hectáreas según datos de 2013².

La mayoría de las bodegas analizadas en el curso del expediente sancionador S/0091/08 exportan productos BOB con DD.O. Jerez y Manzanilla, aunque del total exportado, la proporción de Manzanilla es inferior al 5% en todos los casos.

El sistema tradicional de elaboración de los vinos de estas DD.O. Jerez y Manzanilla es el de “criaderas y soleras”, que consiste en que vinos con distintos niveles de envejecimiento son metódicamente mezclados (“rotan”) con el fin de perpetuar, en el vino finalmente comercializado, unas determinadas características, es decir, se trata de un sistema que se articula mediante la “rotación” de los inventarios de vinos en crianza que en cada campaña efectúan las bodegas inscritas en las DD.O. Dependiendo del envejecimiento que cada bodega pretenda dar a su gama de vinos, se requerirá una rotación distinta de sus existencias en crianza.

Por tanto, las Bodegas dimensionan sus inventarios de acuerdo con los requisitos de sus respectivas gamas de producto, si bien tienen que respetar el mínimo de envejecimiento requerido por la normativa de estas DD.O. Jerez y Manzanilla, es decir, tres años de crianza en madera antes de su comercialización.

De acuerdo con el sistema de elaboración señalado, el proceso sería el siguiente: el vino se almacena (“se cría”) en “botas”, que son barricas de roble americano de 600 litros de capacidad, llenas en sus 5/6 partes. Cada bota alberga por lo tanto 500 litros de vino. Las botas se disponen en filas superpuestas, unas sobre otras, donde tradicionalmente cada fila horizontal recibe el nombre de “escala”. Las botas de una misma escala contienen vino de características similares y con el mismo grado de crianza.

La primera escala, más próxima al suelo, recibe el nombre de “solera” y contiene el vino de más edad. De la solera se extrae periódicamente el vino para su embotellamiento –operación que se denomina “saca”- dejando en ella de 2/3 a 3/4 de su contenido. La solera se rellena con vino procedente de la segunda escala, o primera criadera, y ésta a su vez con vino de la tercera escala, y así sucesivamente hasta la última escala, también llamada “añada”, que contiene el vino fresco de la cosecha del año. El sistema de crianza descrito exige que la cantidad de vino en crianza de estas denominaciones de origen de Jerez y Manzanilla sea aproximadamente tres veces superior al volumen que se extrae para su comercialización.

² Documento “MEMORIA DE ACTIVIDADES 2013” del Consejo Regulador de las DD.O. Jerez-Xérès-Sherry, Manzanilla-Sanlúcar de Barrameda y Vinagre de Jerez publicado en la página Web del CONSEJO REGULADOR <http://www.sherry.org/es/> (folios 837 a 864).

b) Mercado geográfico.

En cuanto al mercado geográfico, como ha indicado el Consejo de la CNC (RCNC 23 de mayo de 2013, Expte. S/0303/10 Distribuidores Saneamiento) y también la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC (RCNMC de 26 de junio de 2014 Expte. S/0445/12 Equipos Contra Incendios, y de 4 de diciembre de 2014, Expte. S/0453/12 Rodamientos Ferroviarios) y de acuerdo con la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03, DOUE de 9 de diciembre de 1997), el mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas. Así lo ha indicado también la jurisprudencia del TJUE³ que ha definido el mercado geográfico como:

"(...) la zona geográfica donde se comercializa el producto en cuestión y donde las condiciones de competencias son lo suficientemente homogéneas como para permitir la evaluación de la repercusión del poder económico de una determinada empresa".

Por otro lado, como ha señalado reiteradamente el Consejo de la CNC y la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC y ha confirmado la AN⁴, el concepto mercado afectado por la conducta infractora, que puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante, no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas, sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva.

La zona de producción de las DD.O. Jerez y Manzanilla, el denominado Marco de Jerez, se extiende a lo largo de ocho términos municipales en la provincia de Cádiz (Jerez de la Frontera, Puerto de Santa María, Sanlúcar de Barrameda, Trebujena, Chipiona, Rota, Puerto Real y Chiclana de la Frontera) y un término

³ Entre otras, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 1994, asunto Tetra Pak/Comisión, T-83/91, apartado 91, confirmada en casación por la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, C-333/94P

⁴ Resoluciones del Consejo de la CNC de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09 Hormigón y productos relacionados y de 23 de mayo de 2013, Expte. S/0303/10 Distribuidores Saneamiento y Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 26 de junio de 2014, Expte. S/0445/12 Equipos contra incendios y de 4 de diciembre de 2014, Expte. S/0453/12, Rodamientos Ferroviarios, así como sentencias de la AN de 30 de noviembre y 12 y 27 de diciembre de 2013 y 26 de marzo de 2014, desestimando los recursos interpuestos contra la citada Resolución de 12 de enero de 2012.

municipal en la provincia de Sevilla (Lebrija). El Marco de Jerez pertenece al área de producción vitivinícola de la Comunidad Autónoma de Andalucía (supone el 38% del total del viñedo de esa Comunidad Autónoma).

Las bodegas integrantes del cártel sancionado en el Expte. S/0091/08 Vinos finos de Jerez, entre ellas, ESTÉVEZ, concentran más del 90% de las exportaciones de producto BOB. Así, de acuerdo con los datos aportados por el CONSEJO REGULADOR, en 2008 se cifró la comercialización total de vinos amparados por las DD.O. “Jerez-Xérès-Sherry” y “Manzanilla-Sanlúcar de Barrameda” en 50.540.694 litros, reduciéndose hasta algo más de 38 millones de litros en 2013, con destino prioritario los países de la Unión Europea y, más concretamente, Reino Unido (con, aproximadamente el 28% del total). Así, la exportación de los vinos indicados en 2008 se situó en 37 millones de litros y casi 27 millones de litros en 2013, lo que supone alrededor del 75% de la actividad del sector y el 60% de las ventas totales del sector descansa sobre los vinos vendidos bajo marca blanca (BOB), destinados en su mayor parte a la exportación.

Las marcas blancas, de distribuidor o productos BOB de los citados vinos con denominación de origen “Jerez-Xérès-Sherry” (Jerez) y “Manzanilla Sanlúcar de Barrameda” (Manzanilla) se comercializan fundamentalmente en Reino Unido, Alemania y Holanda y, en menor proporción, Bélgica, si bien los acuerdos adoptados implicaban también el aumento de los precios de las marcas propias, tanto en el mercado interior como respecto de la exportación, en cuanto que al subir los precios de BOB subían también los precios de las marcas propias, por lo que el mercado afectado sería tanto el nacional como el de exportación a los países de la Unión Europea citados.

De ahí que se haya señalado la afectación del mercado comunitario, pues el mercado afectado en este expediente, así como en el Expte. S/0091/08, es el mercado de exportación a países de la Unión Europea.

c) Estructura del mercado.

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

Esta disminución en el consumo propició la existencia de un exceso de oferta en el mercado que se ha intentado ajustar a la demanda a propuesta de distintos estamentos, entre otros, la Junta de Andalucía y el CONSEJO REGULADOR. Para ello se establecieron distintos planes estructurales como el Plan de Reconversión a cuatro años, vigentes desde septiembre de 1991 hasta septiembre de 1994.

La superficie de viñedo se había mantenido prácticamente estable desde entonces en 11.000 Has, aunque las cifras de 2013 la sitúan en torno a las 7.000 Has. No obstante, a pesar del estancamiento de la producción, la oferta desde entonces hasta la actualidad ha sido superior a la demanda, ya que las exportaciones han ido disminuyendo paulatinamente desde los años 80, debido principalmente al cambio de los hábitos de consumo de los consumidores extranjeros hacia otro tipo de vinos.

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

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

b) Bodegas de “crianza y expedición” o “exportadores”: elaboran vino y posteriormente lo comercializan embotellado, estando autorizadas para ello por el Consejo Regulador para poner el vino a disposición del consumidor. Por lo general, estas bodegas tienen mayor volumen de producción y almacenado que las de “crianza y almacenado” o “almacenistas” (se analizan a continuación) y son más numerosas, 64 bodegas en el año 2008 y 41 bodegas según los datos de 2013, encontrándose la mayoría de ellas en la denominada “Zona de Jerez Superior”, fundamentalmente en Jerez de la Frontera (Cádiz). Comprenden un 72% del total de superficie del Marco de Jerez. Las bodegas incoadas en el expediente sancionador S/0091/08 pertenecen a este grupo.

c) Bodegas de “crianza y almacenado” o “almacenistas”: “crían” vino pero no lo venden embotellado. Están dedicadas a la comercialización de sus vinos en el mercado interno. Son de menor tamaño que las de “expedición” y menos numerosas (14 bodegas en 2008, 19 bodegas según datos de 2013). Están situadas en su mayoría en la “Zona de Jerez Superior” de Sanlúcar de Barrameda (concentra un 13% del total de superficie del Marco de Jerez).

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

El mayor volumen de existencias de vino con DD.O. Jerez y Manzanilla se encuentra almacenado en las bodegas de “crianza y expedición” (478.313 botas, es decir, el 95% del total de existencias al inicio de la campaña 2008/09, 281.075 botas en 2013, también el 95% del total de existencias al inicio de la campaña 2013/14), mientras que las bodegas de “crianza y almacenado” cuentan con un volumen de existencias en crianza mucho menor (alrededor de 25.000 botas en 2008 y 15.097 botas en 2013 es decir, el 5% en ambos casos).

En la década 1991-2001, las existencias totales de vinos en crianza de las bodegas de estas DD.O. Jerez y Manzanilla se redujeron en un 40,3%, debido al plan de reconversión del sector acometido en 1991. Desde entonces, continúa decreciendo paulatinamente el volumen de existencias almacenado en las bodegas de crianza, cifrándose éstas al comienzo de la Campaña 2008/09 (1 de septiembre de 2008) en 503.487 botas, o lo que es lo mismo, en 2.517.435 hectolitros. Dicha cantidad es ligeramente superior a la almacenada al comienzo de la campaña 2007/08. Al comienzo de la campaña 2013/14 el volumen total de existencias almacenado en las bodegas de crianza era de 296.172 botas.

Según se indica en la Memoria de actividades del CONSEJO REGULADOR, los vinos de Jerez siguen actualmente inmersos en una dinámica de reducción del volumen total comercializado. Las ventas totales de vinos amparados por las DD.O. Jerez y Manzanilla durante 2013, ascendió a un total de 38.464.805 litros, lo que supone una caída de casi un 25% respecto a la campaña de 2008.

Las marcas blancas (BOB) suponían en 2008 alrededor del 60% de las ventas totales del sector y la mayor parte se destina a la exportación. La exportación supone en la actualidad más del 76% de la actividad del sector del vino con DD.O. Jerez y Manzanilla.

Según se deduce de la información que obra en el expediente, las bodegas integrantes del cártel concentran más del 90% de las exportaciones de producto BOB.

Respecto a la **demand**a en este mercado. En los últimos años se ha producido un cambio de los hábitos de consumo de los consumidores extranjeros de los vinos de marca hacia productos de marca blanca, lo cual supone una disminución de los beneficios obtenidos por las empresas, ya que las marcas blancas son más baratas que los vinos de marca.

La demanda de este tipo de productos BOB se encuentra fundamentalmente en clientes extranjeros, ya que el mercado nacional es más marquista. Respecto a estos clientes extranjeros, se trata de grandes cuentas de clientes, fundamentalmente cadenas de supermercados con gran poder de negociación. Las bodegas expedidoras, una vez que los vinos son vendidos a una gran cadena de distribución, tienen poca capacidad de decisión sobre la presentación, la

cadena de distribución y las ocasionales medidas de promoción de los mismos, quedando todo ello en manos de la distribuidora.

Los países de destino de las exportaciones de BOB son fundamentalmente Reino Unido, Holanda y Alemania y, en menor proporción, Bélgica.

V. HECHOS PROBADOS

V.1 Consideración previa.

La Resolución de 28 de julio de 2010 del Consejo de la CNC en el Expte. S/0091/08 consideró que las entidades incoadas en el expediente habían incurrido en una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, por haber contribuido con su comportamiento a la creación de un cártel que se llevó a cabo en la comercialización del vino de Jerez desde 2001 hasta 2008. En concreto, se adoptaron acuerdos para limitar la oferta, el reparto de ésta, el establecimiento de un precio mínimo y mecanismos de compensación entre las empresas participantes en este cártel, entre ellas, ESTÉVEZ.

La citada Resolución fue objeto de recurso contencioso-administrativo por GB, LUSTAU, FERRIS, el CONSEJO REGULADOR, WH, PEDRO ROMERO, CAYDSA, FEDEJEREZ, FERRIS y BARBADILLO, resultando todos ellos estimados en parte por la AN en lo que se refiere únicamente al importe de la multa impuesta por el Consejo de la CNC, confirmando sin embargo lo relativo a los hechos constitutivos de infracción (Sentencias de la AN de 6, 7, 8, 13 y 20 de marzo, 10 de abril, 12 y 24 de junio y 21 de noviembre de 2013 y 15 de enero de 2014). A su vez el Tribunal Supremo (TS) ha dictado hasta el momento dos sentencias en relación con los recursos presentados por WH y GB⁵, confirmando una vez más lo relativo a los hechos constitutivos de infracción.

ESTÉVEZ presentó igualmente recurso contencioso-administrativo, pero en este caso alegando la caducidad del procedimiento y la prescripción de la supuesta infracción cometida, recurso que fue estimado en parte por la AN (SAN de 26 de noviembre de 2013, recurso 626/2010) que falló, en relación a ESTÉVEZ, la caducidad del procedimiento, acordando el archivo de las actuaciones pero no procediendo declarar la prescripción de la infracción.

V.2 Organización y funcionamiento del cártel.

A continuación se procede a hacer una descripción global de los acuerdos adoptados para la comercialización de los productos BOB, acreditados en el Expte. S/0091/08, de acuerdo con lo indicado en la citada Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010 y confirmados por la AN y el TS en las

⁵ Sentencias del TS de 30 de enero de 2015 (dictada en el recurso presentado contra la sentencia de la AN de 8 de marzo de 2013) y 9 de febrero de 2015 (dictada en el recurso presentado contra la sentencia de la AN de 7 de marzo de 2013).

sentencias anteriormente referidas, para detallar posteriormente los hechos acreditativos de la participación de ESTÉVEZ en los mencionados acuerdos.

Estos hechos se acreditan por la información recabada en las inspecciones realizadas el 16 de julio de 2008 en las sedes de WH, GB, LUSTAU y FEDEJEREZ.

Los acuerdos para la comercialización de productos BOB en el exterior se han desarrollado a lo largo de varios periodos temporales y han ido evolucionando de distinta forma, participando en el cártel desde noviembre de 2001 WH, GB, GARVEY (posteriormente, BELLAVISTA y ZRM), BARBADILLO, ESTÉVEZ (también denominada Real Tesoro, RT) y FERRIS (en 2002), uniéndose posteriormente PEDRO ROMERO (mayo de 2005), LUSTAU (septiembre de 2005) y CAYDSA (diciembre de 2007).

Así, los acuerdos para la exportación de los productos BOB se iniciaron en noviembre de 2001 entre GB, ESTÉVEZ, BARBADILLO, GARVEY y WH, acordando establecer el cupo BOB (la cantidad de cajas que cada una de las empresas participantes en el cártel podía exportar con marca del cliente), asignando un cupo para cada empresa del cártel en relación con los mercados de exportación a Holanda, Reino Unido, Alemania y Bélgica para la campaña 2001/02, así como un precio de referencia BOB. Todo ello queda reflejado en los Documentos “El desacuerdo” y “Acuerdo para la regulación del mercado BOB” (folios 56 a 62) recabados en la inspección a la empresa WH.

A este acuerdo se sumó en 2002, FERRIS, lo cual obligó a cambiar los cupos BOB asignados por el cártel, teniendo en cuenta el decrecimiento esperado de la demanda: 35% para WH, 20,9% para GB, 16,1% para ESTÉVEZ, 13,8% para BARBADILLO, 9,4% para GARVEY y 3,9% para FERRIS.

Este acuerdo se mantuvo sin incidencias significativas hasta finales de 2003, momento en el que surgen ciertas desavenencias entre algunas de las empresas del cártel, entre ellas, ESTÉVEZ, que dejó de asistir a las reuniones del cártel durante 2004, si bien hubo un compromiso entre dicha empresa y las demás empresas participantes en el cártel de respetarse los clientes, intercambiando ESTÉVEZ información sobre clientes y precios con el resto de las empresas del cártel. Lo anterior queda acreditado en un correo electrónico interno de GB de 16 de octubre de 2003 (folio 496 del presente expediente), citado literalmente en la Resolución de 28 de julio de 2010 S/0091/08 Vinos Finos de Jerez.

A mediados de 2005, con el liderazgo de FEDEJEREZ, se inició una nueva etapa de contactos entre las empresas participantes en el cártel, incluida ESTÉVEZ.

Así, en julio de 2005 se acordaron restricciones a la oferta del BOB y la fijación de precios (folios 219 a 227, 68 al 71 y 146) y el 30 de mayo de 2006 se suscribió un acuerdo, que se denominó MESA DE COMERCIALIZACIÓN (documento “MESA DE COMERCIALIZACIÓN”, folios 49, 50 y 160).

Si bien ESTÉVEZ no asistió a la constitución formal de la citada Mesa por discrepancias con otra de las empresas del cártel, previamente había adoptado el denominado “Acuerdo de Caballeros” de 18 de mayo de 2006 y posteriormente ratificó de forma expresa estos acuerdos en 2007. Los objetivos de esta MESA BOB eran el reparto entre las empresas participantes de la oferta total de vino de Jerez (cupo), la limitación de la compra de cupo ajeno y el establecimiento de controles y limitaciones de etiquetado (subregistro BOB), para poder mantener el *statu quo* y el mantenimiento de sus clientes, así como el incremento de los precios, como se considera acreditado en la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010. Durante la revisión jurisdiccional del expediente las sentencias de la AN y el TS citadas anteriormente, han confirmado estos hechos, así como la valoración de los mismos realizada por la antigua CNC en la mencionada Resolución considerando la existencia de una infracción continuada de cártel, cuyo objeto era la adopción de un acuerdo secreto entre las empresas incoadas en dicho Expte. S/0091/08, para elevar coordinadamente el precio de los productos BOB, eliminando la competencia entre las empresas participantes en el cártel.

Hay que indicar que al llegar a un acuerdo sobre precios BOB, las empresas participantes en este cártel también estaban fijando el precio de las marcas propias, tanto en el mercado interior como respecto de la exportación, en cuanto que al subir los precios de BOB subían también los precios de las marcas propias, como se indicó en la citada Resolución de 28 de julio de 2010.

Así pues, tal como indicó el Consejo de la CNC en la citada Resolución, respaldado por las Sentencias de la AN y TS, las conductas acreditadas responden a un acuerdo global propio de un cártel, que se concretó en (Resolución Expte. S/0091/08 Vinos finos de Jerez, folio 682):

“(i) Limitaciones en la producción, mediante restricciones acordadas de oferta, que han limitado el volumen de ventas. Asignación de un cupo a cada empresa y revisiones de dichos cupos. Durante los primeros años los límites a la producción fueron acordados entre las partes integrantes del cártel, sin embargo, durante los años siguientes, los límites a la producción fueron impuestos al resto de operadores presentes en el sector, no sólo en el BOB, mediante las circulares del CR, y que dio lugar al expediente sancionador 2779/07, CONSEJO REGULADOR DE DENOMINACIÓN DE ORIGEN VINOS DE JEREZ Y MANZANILLA DE SANLÚCAR. El reparto se completa mediante mecanismos de compensación entre las empresas cuyas ventas superasen el cupo asignado y las que no alcanzasen dicho cupo.

(ii) Reparto del mercado. Tras ponerle límite a la producción disponible para ser comercializada, se ha llevado a cabo un reparto de la cantidad mediante reparto de clientes.

(iii) Fijación de precios mínimos y revisiones de dichos precios.

(iv) Intercambio de información sobre precios, clientes y cantidades vendidas.

(v) Mecanismos de control y seguimiento. En una primera fase el seguimiento se realizaba entre todos en las reuniones que mantenían periódicamente. En la segunda fase se propone un registro de los contratos de suministro, la declaración al CR de los precios de exportación para evitar dumping y la creación de una mesa de coordinación.”

3.3 Participación de ESTÉVEZ en el cártel.

Una vez expuesta la organización y funcionamiento general del cártel y los acuerdos adoptados, se relacionan a continuación los contactos y reuniones mantenidos por ESTÉVEZ con las demás entidades del cártel, en las que participaron altos ejecutivos de dicha empresa, que acreditan los hechos objeto de investigación en este expediente y que fueron recabados en las inspecciones realizadas en las sedes de WH, GB, LUSTAU y FEDEJEREZ.

En el siguiente cuadro, basado en el presentado por la DC en el Anexo II al PCH, se relacionan las reuniones del cártel en las que participó ESTÉVEZ, las fechas y el lugar de celebración de las mismas, así como los folios del expediente donde se encuentran acreditadas:

Empresa	Fecha reunión	Lugar celebración	Folios
GB (dos asistentes)	9 noviembre 2001	Consejo Regulador	108 y 109
Consejo Regulador (dos asistentes)			
Estévez			
WH			
Barbadillo			
Garvey			
GB	25 septiembre 2002	Consejo Regulador	110 a 112
Estévez			
WH			
Garvey			
Consejo Regulador			
Barbadillo			
Consejo Regulador	11 diciembre 2002	Consejo Regulador	134
GB			
WH			
Barbadillo			
Ferris			
Estévez			

Empresa	Fecha reunión	Lugar celebración	Folios
Consejo Regulador	18 febrero 2003	Consejo Regulador	196 y 197
Barbadillo			
WH			
Ferris			
Estévez			
La Guita/Estévez	2 mayo 2006		72 y 73
Barbadillo			
Lustau			
GB			
WH			
Fedejerez			
Barbadillo	22 mayo 2006	FEDEJEREZ	68 y 69 135 y 136
GB			
Estévez			
Lustau			
WH			
Fedejerez	11 abril 2007		152 y 168
Barbadillo			
WH			
GB			
Estévez			
Lustau			
BELLAVISTA y ZRM			
Fedejerez	22 octubre 2007	FEDEJEREZ	140 175 a 177
BELLAVISTA y ZRM (dos asistentes)			
WH			
Estévez			
Lustau			
GB			
GB			
GB			
GB	10 diciembre 2007		139
Estévez			
WH			
Barbadillo			
Ferris			
Pedro Romero			
CAYDSA			
Estévez	14 enero 2008	ESTÉVEZ	141
WH			
Lustau			

Empresa	Fecha reunión	Lugar celebración	Folios
GB			
Estévez	14 abril 2008	Hotel Jerez	210
WH			
BELLAVISTA y ZRM			
Ferris			
CAYDSA			
Barbadillo			
Lustau			

A continuación se relatan los hechos acreditados siguiendo el orden cronológico de los mismos:

Años 2001-2003

La Resolución de 28 de julio de 2010 (Expte. S/0091/08 Vinos finos de Jerez) señaló que los hechos acreditan la responsabilidad de ESTÉVEZ desde al menos noviembre de 2001, aunque ya en la información remitida por el CONSEJO REGULADOR a WH en abril de 2001 consta información comercial sensible de ESTÉVEZ que permite al menos afirmar que hay indicios de su responsabilidad desde antes.

El 23 de abril de 2001, el CONSEJO REGULADOR remitió por fax distintos documentos para la preparación de una reunión (folios 93 a 97), a la que no asistiría ESTÉVEZ, si bien contienen el documento “Proyecto BOB. Datos JE”, correspondiendo a las citadas iniciales JE a Bodegas José Estévez, información sensible relativa a ESTÉVEZ. En el citado fax de 23 de abril de 2001, se relacionan los 4 anexos que se adjuntaban y que contenían la siguiente información (folio 486):

“- Las ventas totales en exportación, de marca y BOB del trienio 1998-2000 de 5 bodegas (A: Barbadillo, B: WH; C: GARVEY; D: GB y E: RT-Estévez) de los mercados Reino Unido, Holanda, Alemania y Bélgica. Se pueden también identificar las ventas de la sexta bodega.

-Las ventas medias totales (no sólo la exportación) y BOB; las existencias al 1/09/00(botas). Se obtiene un ratio ventas BOB/Ventas totales de cada bodega. Ese ratio se aplica a existencias totales y se obtiene la cantidad que cada uno puede vender en BOB, esto es el cupo 2000/2001 (total y BOB).

-Sobre el cupo obtenido se le aplica una reducción igual a todos ellos, por acuerdo de limitación de oferta (el 87.9%).

-El anexo 4 contiene los cupos finales y los posibles ajustes, sobre el que estarían de acuerdo “las cuatro casas”.

No obstante, es el 9 de noviembre de 2001, cuando determinadas empresas, entre ellas ESTÉVEZ, adoptaron el acuerdo para la exportación de producto BOB en una reunión celebrada en la sede del CONSEJO REGULADOR, asistiendo a la misma directivos de GB, ESTÉVEZ, WH, BARBADILLO y GARVEY.

En esta reunión se estableció el reparto de volúmenes entre las citadas empresas y métodos de compensación, cupos de cada una de ellas para el mercado BOB, así como precios mínimos de referencia. En el “Acuerdo para la Regulación del Mercado BOB”, firmado en noviembre de 2001 por GB, WH, GARVEY, BARBADILLO y ESTÉVEZ, se indicaba lo siguiente (folios 59 y 114):

“1. Garantizar el suministro de vinos de Jerez BOB en los mercados del Reino Unido, Holanda, Alemania y Bélgica durante cada campaña, mediante un cupo en volumen absoluto asignado a cada casa, de manera que no se ponga al consumo una cantidad de vino de este tipo superior a la que el mercado es capaz de absorber.

2. Dentro de las limitaciones establecidas por el cupo en volumen, las bodegas se comprometen a no ofertar por debajo de unos precios de referencia, de manera que se asegure una rentabilidad justa para cada uno de los elementos de la cadena productiva.

3. En el caso de la campaña 2001/2002 (Septiembre a Agosto), los cupos en volumen y el precio de referencia acordados son los que figuran en el anexo I. En las campañas sucesivas, tanto los cupos en volumen como los precios de referencia serán modificados de común acuerdo entre las partes en función de la evolución de los mercados.

4. Se acuerda crear dos órganos de seguimiento, los cuales se reunirán con tanta periodicidad como sea necesario y al menos con la frecuencia mínima que se detallan a continuación:

-Comisión Ejecutiva: formada por las personas abajo firmantes u otras de rango similar de cada una de las bodegas. Habrá de reunirse al menos con periodicidad bimensual.

-Comisión Comercial: formada por los responsables comerciales de cada bodega firmante. Se reunirá al menos una vez al mes.

Ambas comisiones contarán con el apoyo operativo de un secretario, no perteneciente a ninguna de las firmas, que hará labores de recopilación de información, coordinación y si es necesario arbitraje entre las partes .

5. (...) Con objeto de que exista una transparencia total entre las partes, indispensable para el adecuado seguimiento del acuerdo, las bodegas se comprometen a compartir cualquier tipo de información relevante. En

concreto, con anterioridad al comienzo de la campaña 2001/2002 las bodegas remitirán al secretario la siguiente información:

-Relación detallada de las etiquetas BOB que suministran a los mercados objeto del acuerdo.

-Relación detallada de los compromisos de suministro en vigor a la fecha del acuerdo, con información sobre cliente, el número de cajas, el precio de venta y la fecha aproximada de expiración de cada contrato.

6. Los abajo firmantes se comprometen a buscar la consecución de acuerdos similares en otros ámbitos de su actuación comercial, con otros productos y mercados igualmente importantes para las respectivas bodegas."

La forma de calcular los cupos de producto BOB para su exportación asignados a cada empresa participante en este acuerdo fue ponderar al 50% las existencias de cada una de dichas empresas con las ventas medias de producto BOB a los mercados del acuerdo durante los tres últimos años anteriores al citado acuerdo, llevándose a cabo una negociación entre estas empresas hasta llegar finalmente al cálculo de cupos BOB para cada una de ellas (ver el documento "El Desacuerdo" recabado en la inspección de WH, folio 56).

Para realizar el cálculo de los cupos que correspondían a cada una de las empresas firmantes del acuerdo, éstas intercambiaron información sobre clientes en cada país, cantidades vendidas a cada uno de ellos, cifras de ventas y precios.

Con esta información el CONSEJO REGULADOR elaboró las siguientes tablas que sirvieron para calcular el cupo exacto que correspondía a cada una de las empresas participantes en el cártel y que fueron remitidas por el CONSEJO REGULADOR a cada una de éstas, bien indicando expresamente el nombre de dichas empresas respecto a la información desagregada que se facilitaba, o bien haciendo referencia a las Bodegas A, B, C, D y E, identificables por dichas empresas:

"1. Ventas BOB en los cuatro mayores mercados por compradores en la campaña 2000-01 (folio 156) y en la campaña 2001-02 (folios 63 y 64), en el que se incluían las cantidades y clientes actuales y las cantidades totales que corresponderían a cada empresa participante en el cártel según el acuerdo de cuotas.

2. Tablas de ventas BOB en los 4 mayores mercados, por compradores, a una fecha determinada. (folios 125 a 127)

3. Ventas en Reino Unido + Holanda + Alemania + Bélgica, incluyendo desagregadas las ventas totales de cada empresa desde 1998 a 2000 y el total del sector desde 1997 a 2000. (folios 65 a 67)

4. *Distribución de cupo de ventas según líneas de negocio (folios 95 a 98), en el que se incluyen desagregadas las ventas totales y de BOB de cada empresa participante en el cártel, junto con las existencias para el año 2000.*
5. *Media de cuatro años cupo asociado a BOB y el cupo que correspondería a cada una de las empresas participantes en el cártel (folios 96 a 99).*
6. *Previsiones de las campañas con las ventas de la campaña anterior y teniendo en cuenta la evolución del mercado. (folios 120 a 122 y 161 a 163)*
7. *Cuadros de ventas a distintas fechas de cada una de las empresas del cártel en los países del acuerdo a una fecha determinada, que contiene el porcentaje de cupo consumido y los porcentajes de BOB previstos.(105 a 107)”*

Así, en la campaña 2001/2002 se asignó el siguiente cupo BOB por cajas de 9 litros para cada una de las cinco empresas del cártel, entre ellas, ESTÉVEZ (folios 105 a 107):

“- BARBADILLO:	415.000
- WH:	1.020.000
- GARVEY/SOTO:	300.000
- GONZÁLEZ-BYASS:	432.000
- JOSÉ ESTÉVEZ:	450.000

Precio de Referencia (F.O.B.): 2.800 pesetas por caja de 9 litros.”

El cupo asignado para la campaña 2001/2002 era un porcentaje del total de negocio BOB controlado por las seis empresas del cártel, una vez incorporada FERRIS, como se constata en el documento “ACUERDO A SEIS” recabado en la inspección de WH (folio 62):

BODEGA	CUPO %	CUPO CAJAS	CUPO FINAL*
WH	35,9 %	990.000	970.036
GB	20,9 %	577.000	565.365
RT (ESTÉVEZ)	16,1 %	445.000	436.026

<i>B (BARBADILLO)</i>	<i>13,8 %</i>	<i>380.000</i>	<i>372.336</i>
<i>G (GARVEY)</i>	<i>9,4 %</i>	<i>260.000</i>	<i>252.757</i>
<i>JF (FERRIS)</i>	<i>3,9</i>	<i>107.000</i>	<i>104.842</i>
TOTAL	100%	2.759.000	2.703.363

** Cupo acordado sobre el que se realizaron las compensaciones*

En un documento recabado en la inspección realizada en WH (folio 75) aparecen los cupos asignados a cada empresa del cártel para las campañas 2001/02, y 2002/2003, junto con los porcentajes correspondientes a estas. Para la campaña 2002/2003, aparecen las mismas empresas con idéntico cupo en porcentaje pero diferentes en función del número de cajas.

Al final de la campaña debían ajustarse las cantidades de cajas del cuadro anterior, de acuerdo a las cantidades ofertadas en el mercado y aquellas bodegas que se hubieran pasado compensarían a las que no hubiesen llegado al cupo asignado, en función de las cantidades finalmente vendidas por cada una de las empresas. Esta información, indicando las cantidades finalmente vendidas con los clientes de cada empresa, por países y marcas, se ponía a disposición de cada una de las empresas participantes en el cártel (documentos recabados en la inspección a GB, folios 191 a 194).

Así, por ejemplo, en la reunión del cártel celebrada el 11 de diciembre de 2002, convocada por el Secretario General del CONSEJO REGULADOR y en la que participaron directivos de las empresas que formaban la denominada comisión ejecutiva de BOB o Comité Ejecutivo BOB –es decir, directivos de GB, WH, BARBADILLO, FERRIS y ESTÉVEZ-, además del citado Secretario General del CONSEJO REGULADOR, se trataron los siguientes temas (folio 134):

“(…) • No se ha llegado a un acuerdo en el reparto de cuotas. [Secretario General CONSEJO REGULADOR] presentó un cuadro con las previsiones que cada empresa ha elaborado y otro cuadro resumen con el reparto en base a esa previsión. (Por correo interior mando copia) Nosotros prácticamente estamos cuadrados. WH y Garvey se quedan cortos y Barbadillo, Ferris y sobre todo Estévez, se pasan.

• El debate es amplio. [Presidente CONSEJO REGULADOR] recuerda que la filosofía y base de la Mesa es que cada uno ajuste sus ventas, cediendo cajas si fuese necesario y compensar al final pequeños desajustes. [Presidente ESTÉVEZ] no quiere ceder cajas por no partir clientes (Tesco) y [Director General WH] quiere cajas y no compensación. Al final hemos quedado en que [Secretario General CONSEJO REGULADOR] confeccione un nuevo cuadro

basado en previsiones y datos reales de los 2 últimos años y volver a reunirnos de nuevo.

- *Compensación. En vista del párrafo anterior, la mayoría está de acuerdo en fijar la compensación cuanto antes para que cada uno haga sus cuentas. Se debate ampliamente y se propone para estudio y aprobación próximo día en 75.000 ptas. bota para un desfase hasta el 10% de la cuota y el resto a 300 ptas. por caja excedida. (...)*
- *Próxima reunión, en principio día 7 enero 2003 a las 5.30 (confirmar OK)."*

Por otra parte, las empresas del cártel, entre ellas ESTÉVEZ, acordaron un precio mínimo de referencia BOB de 2.800 pesetas, al que se decidió vender como precio mínimo la caja de 9 litros (folio 61). En particular, el proveedor "oficial" de cada cliente comunicaba al resto de las empresas participantes en el acuerdo (Mesa BOB) el precio al que iba a ofertar su producto.

De esta forma, los restantes miembros de la Mesa, teniendo en consideración dicho precio, ofertaban por sus productos un precio superior, para así mantener el *statu quo* en cuanto a los clientes de cada una de las empresas del cártel. Para asegurarse de que todas las empresas mantuvieran este compromiso en relación con el precio mínimo de referencia se realizó un seguimiento de los precios, en reuniones multilaterales, aunque también se realizó dicho seguimiento de forma bilateral, tanto telefónicamente como en reuniones en distintos foros en las que se intercambiaron los precios de los productos.

Así, por ejemplo, el 25 de septiembre de 2002 se celebró una reunión del cártel en la sede del CONSEJO REGULADOR, plasmándose lo tratado en dicha reunión en el documento "*Informe de la Mesa Comercial. Consejo Regulador de 25 de septiembre de 2002*" (documentación recabada de la inspección de WH, folio 110 a 112), en el que se enumeran las empresas que asistieron -WH, ESTÉVEZ, GB, GARVEY y BARBADILLO-, se hace alusión a una futura reunión ejecutiva para el 30 de septiembre y se valora la ejecución del acuerdo alcanzado respecto a precios y clientes:

"El acuerdo de precios prácticamente empieza (algo retrasado) con el año agrícola (1 de septiembre 2001-31 Agosto 2002) Garvey, Barbadillo, y Ferris empezaron con precios bajos. Algunos de sus clientes siguen bajos y de hecho permanecen estando bajo, como es el caso de Barbadillo...

Hablamos de dos niveles de precios y de alguna forma, dos velocidades dependiendo de la bodega que oferta, el cliente y el mercado:

Euros 1,377 a 1,40

Euros 1,45 a 1,50. (...)

Igualmente las empresas integrantes del cártel llegaron a acuerdos para repartirse los clientes, tal como demuestra el documento denominado “*El desacuerdo ACUERDO BOB*” en el que se indica textualmente, en relación con la cantidad de producto que debería haberse vendido durante la campaña 2001/02, según el acuerdo alcanzado con los competidores y los clientes que debían dejar a favor de otros competidores, que: (folios 56 a 58)

“(...) WH había hecho una campaña 2000/01 de unas 1250 cajas de 9 litros. Como durante el 2001 se cogieron nuevos clientes, la previsión nuestra para la campaña 2001/02 era de unas 1357 cajas de 9 litros (suponiendo que manteníamos todos los clientes). Como nos correspondía un cupo de 990 mil, tendríamos que ceder unas 360 mil cajas (subrayado propio).

Los clientes que decidimos dejar para soltar esas 360 mil cajas fueron Aldi Holanda, Aldi Alemania y Laurus que entre los tres sumaban exactamente 360 mil cajas (...)

Sin embargo, justo antes del acuerdo G nos quitó Makro-Metro y por tanto no cedimos Aldi Alemania que eran aproximadamente las mismas cajas y así le dejábamos a Mathiesen el negocio (...)

Para poder llevar a cabo el reparto de los clientes debían tener conocimiento de los clientes de sus competidores y esta información se obtuvo a través del CONSEJO REGULADOR, que elaboraba cuadros con los datos aportados por las empresas. Los datos eran intercambiados en las reuniones que se celebraban en la sede del CONSEJO REGULADOR, intercambiándose además información sobre los precios aplicados, las ventas a los clientes, las marcas vendidas, el importador y las cantidades vendidas, así como en reuniones celebradas en otros lugares (como la sede de GB) y de forma bilateral (normalmente cuando se trataba de precios y condiciones a clientes) por teléfono (documentos recabados en las inspecciones de WH y GB folios 112,154,155, 191 y 194).

Además, se estableció un sistema de compensación de cupo BOB, tal y como aparece en el documento denominado “COMPENSACIÓN DE CUPO” recabado en la inspección a WH, que consistió en lo siguiente (folio 102):

“Mecanismo de corrección a aplicar en el caso de incumplimiento (por exceso o defecto) de los cupos asignados en la primera campaña.

- 1. Cuantificación global de las salidas en la campaña completa*
- 2. Reajuste de los cupos en cajas al volumen total efectivo, manteniendo los porcentajes de cada firma sobre el volumen teórico.*

3. *Compensación de las cantidades excedidas por unos y no alcanzadas por otros, mediante compra de existencias entre las respectivas bodegas.*
4. *Valoración de las existencias. Opciones:*
 - a) *Coste del vino, sobre la base de un precio por caja de 2.600 pesetas.*
 - b) *Valor de la bota de cupo en el mercado*
 - c) *Media de los dos valores anteriores”.*

Para poder realizar las compensaciones se elaboraron diversos tipos de cuadros de previsiones y compensaciones por parte del CONSEJO REGULADOR (folio 157 a 159), en concreto, por el Secretario General de dicho CONSEJO REGULADOR (correo electrónico interno de GB 11 diciembre de 2002, folio 134):

- con el cálculo de compensaciones para las distintas campañas 2001/02 y 2002/2003 (folios 119, 123 y 195).
- con el cierre de campañas elaborado por países y empresas para la campaña 2001/2002, 2002/2003 y 2003/04 (folios 116 a 118, 107).
- ventas en las campañas y previsión de ventas en distintas campañas por empresa y por país (folios 124).

Estos cuadros eran estudiados por las empresas participantes en el cártel durante las reuniones, donde se hacían correcciones de última hora. La información elaborada por el CONSEJO REGULADOR era intercambiada en reuniones multilaterales a las que asistían los directivos de las empresas participantes en el cártel.

Un ejemplo de lo tratado en una de estas reuniones es el resumen de la reunión celebrada en la sede del CONSEJO REGULADOR el 15 de enero de 2002, en la que se constata que la valoración de las compensaciones se realizaba por acuerdo de los Directores Generales de las empresas participantes en el cártel (folio 104) o la celebrada el 18 de febrero de 2003, también en la sede del CONSEJO REGULADOR, en la que participaron directivos de BARBADILLO, WH, FERRIS, ESTÉVEZ y el Secretario General del CONSEJO REGULADOR, en la que se trató el reparto de mercado BOB, así como las compensaciones entre las empresas participantes en el cártel (folios 196 y 197) :

“(…) Compensación acordada en reunión anterior de esta mesa.
75.000 pts. /bota hasta el 5% de “pasarse”
125.000 pts. /bota todo lo que se pase de este 5%
y por cajas 300-500 cajas (propuesta solicitada en su día por Ferry.

De acuerdo ver la compensación al final de campaña JE y WH (Habían comido juntos)”.

Este sistema de compensación se llevó a la práctica por las empresas participantes en el cártel, llegando a pagarse compensaciones por parte de alguna empresa del cártel a otras empresas participantes en el cártel (correo interno de WH, folio 55).

Por último, la forma de controlar la implementación de los acuerdos adoptados, como se indica en el documento titulado “Proyecto BOB” y se había fijado en el propio acuerdo firmado en noviembre de 2001, era a través de reuniones en las que se realiza un seguimiento de los acuerdos adoptados (folio 143):

“(…) En esa reunión se estudiaron las cifras finales de la campaña pasada, aunque debido a correcciones los cuadros aún no están terminados (...) en resumen nosotros hemos cumplido, [Director General WH] se ha pasado (...), Estevez también se ha pasado (...), a Barbadillo le faltan (...) y a Garvey también (...)

La reunión de la Ejecutiva, lunes 20 a las 17h, tratará en primer lugar en analizar estos datos y decidir el reparto de la tarta para la campaña actual 2002/03 (...).”

El acuerdo adoptado en 2001 por GB, WH, GARVEY, BARBADILLO y ESTÉVEZ, al que posteriormente se unió FERRIS, se mantuvo sin incidencias hasta finales de 2003, cuando comienzan a producirse incumplimientos puntuales. En concreto, por lo que se refiere a ESTÉVEZ, deja de asistir temporalmente a las reuniones del cártel, si bien durante 2004 continuó intercambiando información con las demás empresas del cártel y respetando los clientes de éstas.

Año 2005

En 2005 se inicia una nueva etapa de contactos entre las empresas del cártel, entre ellas ESTÉVEZ, con el papel relevante de FEDEJEREZ y el conocimiento del CONSEJO REGULADOR, para la continuidad de la mesa BOB. Así, ESTÉVEZ participa en la reunión de septiembre de 2005 celebrada en la sede del CONSEJO REGULADOR, en la que éste presentó una propuesta en relación con el segmento BOB, limitando la oferta, estableciendo el control de contratos y precios y un pacto de mantenimiento del *statu quo* (Documento “Planteamiento General para la Constitución de una mesa de comercialización del Jerez, folio 219 a 227). Como indicó el Consejo de la CNC en la Resolución de 28 de julio de 2010, el 17 de octubre de 2005 se celebró una reunión extraordinaria de la comisión ejecutiva de FEDEJEREZ a la que asistió ESTÉVEZ y en cuya acta se indica (extracto de la Resolución de 28 de Julio de 2010, folio 645):

“1. PLAN GLOBAL. FEDEJEREZ NOVIEMBRE 2.004.-

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

El Secretario presenta una serie de reflexiones sobre la situación del Sector junto con una breve exposición de medidas adoptadas históricamente, que sirven como base para el debate, tras el cual se establece, que con independencia de otras medidas cuya adopción se hace totalmente necesaria, la prioridad debe ser acordar una fórmula de discriminación de cupo (congelación de ventas)."

Año 2006

FEDEJEREZ convocó una reunión del cártel el 2 de mayo de 2006, impulsando las negociaciones y la adopción de acuerdos, como se constata en el correo electrónico enviado el 3 de mayo de 2006 a ESTÉVEZ, BARBADILLO, LUSTAU, GB y WH, referida a "Reunión de Cupo", concretando los avances alcanzados en cuanto a la fórmula, los topes, factor corrector, criterios, etc. y fijando la próxima reunión del cártel para el día 16 (folios 72 a 74). Finalmente, a mediados de mayo de 2006 se propone por FEDEJEREZ un "acuerdo de caballeros" entre cinco bodegas -WH, GB, ESTÉVEZ, BARBADILLO y LUSTAU- (folios 137 y 138):

"(...) Como continuación a la reunión del pasado jueves (...) completada con conversaciones a dos bandas en los últimos días desde aquí nos gustaría proponer un acuerdo de caballeros entre las 5 compañías a las que va dirigido este e-mail y con ello

- 1. Sentarse en una mesa de comercialización para tratar la situación del sector con efectos inmediatos.*
- 2. Durante su tramitación, establecer una tregua en la lucha por los clientes.*
- 3. No ofertar por debajo de coste en ningún caso.*
- 4. No ofertar en ningún caso por un período superior a un año.*
- 5. Atendiendo a la situación de los mercados (UK, Holanda y Alemania) y a la situación y evolución de sus precios, establecer unos precios de referencia que deberían ser superiores a 1, 25, 1,10 y 1,10 respectivamente.*
- 6. Debatir conjuntamente las fórmulas para el equilibrio de la oferta y la demanda mediante una contingentación de cupo y por el cauce de*

un acuerdo interprofesional, cuya aprobación debería producirse a la mayor brevedad y no más tarde del próximo Pleno ordinario del Consejo, previsto para el próximo martes 30 de mayo.

Entiendo que estamos ante un momento clave y por ello utilizo esta vía poco convencional en estos casos, pero la urgencia y la trascendencia de la situación así lo justifican

(...)

Hoy he tenido la oportunidad de hablar con la mayoría de vosotros y solo me falta confirmación y visto bueno de dos de vosotros a los principios antes expresados, espero vuestra confirmación (...).

El 18 de mayo de 2006 queda acreditado la aceptación de las condiciones del “acuerdo de caballeros” entre WH, GB, ESTÉVEZ, LUSTAU y BARBADILLO, junto con GARVEY y PEDRO ROMERO y la probable incorporación de FERRIS (folio 146).

El 22 de mayo de 2006 se celebra una reunión, a la que asiste ESTÉVEZ, en la que se adopta finalmente el acuerdo (folio 135 y 136):

“(...) Este acuerdo era previo a la constitución de la mesa BOB prevista con presencia de los Dir. Comerciales (Int. en principio) para el Martes 30-5-06 a las 10h en la sede del Consejo Regulador (ya que intervendrán también operadores no de Fedejerez como Garvey y Ferrys (seguramente).

Mañana en Otero deberíamos comentar 5 minutos la estrategia de Tesco/Estevez ya que, como sabe [Vicepresidente GB], este ha puesto como condición para estar en la mesa que se le respete precios que él dio a Tesco (dice 1.35) y que se quedara en cualquier caso con Tesco porque dice tener cerrado acuerdo de quedarse con el precio 10 ó 20% más bajo que el más bajo recibido por Tesco.

Esta operación se cierra al parecer pasado mañana 24-5-06 y si vamos más bajos nosotros tenemos el riesgo de quedarnos de todas formas sin cliente y no propiciar inicio mesa BOB”.

Los objetivos del acuerdo BOB, a través de la denominada “MESA DE COMERCIALIZACIÓN”, se especifican en el documento por el que se formaliza dicho acuerdo, fechado el 30 de mayo de 2006 (folios 49 y 160):

“CONDICIONES DE PARTIDA:

- 1. Contingentación de la oferta total de vino de Jerez (Cupo)*
- 2. Limitación de la compra de cupo ajeno (art. 32.1)*
- 3. Establecimiento de controles y limitaciones de etiquetado (sub-registro BOB)*

4. Formación de una mesa con todos los posibles jugadores, a dos niveles: comercial y gerencial

Objetivos:

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

Funciones de la Mesa de Comercialización:

- Lograr consenso sobre cuál es ese Status-quo*
- Establecimiento de precios-objetivo por mercados*
- Coordinación de la respuesta a los bids*
- Monitorización de la evolución del mercado*

Pasos y calendario propuesto:

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

Si bien ESTÉVEZ no asistió a la reunión en la que se constituyó formalmente la Mesa de Comercialización el 30 de mayo de 2006, sí asistió a las reuniones preparatorias de 2, 18 y 22 de mayo de 2006, en las que las empresas adoptaron los acuerdos, ratificando igualmente de forma expresa los acuerdos posteriores de 2007, como se consideró acreditado por el Consejo de la CNC (folios 568 y 698).

La prensa local de Jerez de la Frontera se haría eco de este acuerdo, como se constata en el correo electrónico enviado el 5 de junio de 2006 por el Presidente del CONSEJO REGULADOR a WH, GB, LUSTAU, BARBADILLO, FERRIS, PEDRO ROMERO, GARVEY y al Director General de FEDEJEREZ (folio 217 y 218):

“(...) hemos iniciado la presente semana con fallo en la confidencialidad que os había pedido a todos con respecto al tema del asunto. Tanto es así, como que aparte de hablar con pelos y señales el periodista [...] en el Diario de Jerez sobre los objetivos de la mesa, ya hasta le da el nombre que habíamos definido en la

pasada reunión. Soy consciente de la importancia que tiene constituir la comisión, pero ante esta prueba de falta de confidencialidad en los que estamos en la mesa, creo que lo más conveniente es suspender la reunión prevista para el día 8 a las 9.00 horas en el Consejo”.

Como ya se ha indicado, en la Mesa del BOB el intercambio de información respecto de clientes y precios era frecuente y así queda de manifiesto en el siguiente correo electrónico interno de GB de 15 de junio de 2006, que demuestra que ESTÉVEZ participaba en estos intercambios de información: (folio 148)

“(…) El precio que Estévez dijo que vendía en TESCO era 1,42€ la botella (campana 2001/2002). Es el precio más bajo de todos los contratos de Inglaterra en aquellos momentos, según la información que se puso encima de la mesa (...)”.

Año 2007

El 11 de abril de 2007 se celebró una reunión en la sede de FEDEJEREZ, a la que asistieron directivos de BARBADILLO, WH, GB, ESTÉVEZ, LUSTAU y BELLAVISTA y ZRM y el Director General de FEDEJEREZ (folio 229). En esta reunión tomó notas el representante de GB, enviando ese mismo día un correo electrónico a otros directivos de esta empresa, resumiendo el contenido de dicha reunión, indicando textualmente lo siguiente (folio 152)

“Acabo de salir de una reunión sectorial en FEDEJEREZ (...)

Se dijeron las cajas de cada uno:

W&h = 500.000

Estevez = 450.000

Barbadillo = 275.000

Caballero = 225.000

Garvey = 225.000

GB = 190.000

(...) Fuera queda la cooperativa caydsa, ferries y pedro romero

El acuerdo sería

Período= de ahora a 31/08/08, renovable hasta que dure el plan de cupos.

Clientes= mantener el status quo actual.

Precio= fijar un precio mínimo de por ejemplo 1,10.

Hemos quedado en contestar a BT el viernes por lo que ruego lo hablemos el viernes en la copé para decidir la posición de gb”.

En esta reunión, como se constata en el correo electrónico enviado por el Director General de FEDEJEREZ a GB, BARBADILLO, WH, ESTÉVEZ y LUSTAU el 20 de abril de 2007, las citadas empresas confirmaron su deseo de acatar los términos del acuerdo alcanzado, quedando pendiente de confirmación únicamente BELLAVISTA Y ZRM:

“Todos los arriba copiados habéis confirmado en nombre de vuestras compañías el deseo de acatar los términos del acuerdo propuesto durante la reunión del pasado Miércoles 11.

Ayer por la tarde tuve una muy interesante conversación con Garvey en la persona de [Director Gerente]. Lo único que me dijo fue lo siguiente:

.- Al día siguiente de la reunión transmitió fielmente el mensaje tanto a [Director General GARVEY] como a [Consultor GARVEY].

.- La respuesta por su parte era de analizar la propuesta y dar una respuesta (...)

.- No pude ver, ningún tono negativo o pesimista en la conversación con Rafael y por lo tanto ahora mismo sigo siendo optimista.

A la vista de lo anterior propongo:

1.- Esperar a la respuesta de Garvey. Hemos quedado en volver a hablar esta tarde (ya que hemos estado esperando hasta ahora a nadie le hace daño seguir esperando)

2.- Con "esperar" me refiero a hacer válidos los términos del acuerdo. Yo no entenderé que se estén haciendo ofertas a la baja en clientes que se negocian en estas fechas, con independencia del cliente o de la bodega de que se trate (...)."

Para llevar a cabo lo acordado en esta reunión de 11 de abril de 2007, se adoptaron posteriormente los siguientes acuerdos:

-Fijación del período temporal de este acuerdo, en un principio, hasta el 31 de agosto de 2008, posteriormente ampliado hasta septiembre de 2010. (folios 139,140,142, 152,153)

-Pacto de no agresión, consistente en no presentar ofertas a clientes de las empresas participantes en este cártel.(folio 139)

-Subida de precios, manteniendo un precio mínimo de 1,10€ por botella y un progresivo aumento de los precios, llegándose a un acuerdo de precios mínimos para BOB de 1,25€ botella para el Reino Unido y de 1,10€ botella para el resto de Europa. (folios 150 y 152)

-Se acordó limitar el cupo de ventas y cantidades, estableciendo una política de restricción de la oferta a través de un cupo del

producto BOB asignado a cada empresa participante en el cártel para su venta en mercados extranjeros (esto supuso bajar el cupo de 137 mil botas en a las 112 mil que eran las ventas en 2007, es decir, la reducción de los cupos a un 82%.(folios 140 y 152)

-Intercambio de información sobre clientes. (folios 141,148, 151 y 153)

-Intercambio de información sobre precios.(folios 210, 215, 216, 141,142, 148)

FEDEJEREZ actuaba de árbitro en aquellas situaciones en las que alguna de las empresas participantes en el cártel se quejaba de que otras le habían quitado un cliente o informando a las empresas de las intenciones de otras empresas del cártel con los que no se había llegado al equilibrio.

Un ejemplo de ello sería el reenvío realizado por FEDEJEREZ a ESTÉVEZ del correo electrónico que le había enviado un cliente de ESTÉVEZ, que estaba negociando con GARVEY, solicitando asesoramiento sobre si era cierto que había una cantidad máxima de producto (cupos) a vender por las empresas del sector y si esto iba a provocar una disminución de producto en el sector y, por tanto, si GARVEY tendría capacidad para suministrarle este producto en los próximos años (folio 214).

Otro ejemplo de ello es el correo electrónico enviado por el Director General de FEDEJEREZ, en relación con las conversaciones mantenidas entre las empresas participantes en el cártel, en el que se indica, literalmente, lo siguiente (folio 169):

“(...) A día de hoy los 4 operadores con capacidad de ofertar en el mercado de FEDEJEREZ habéis manifestado vuestra decisión e intención de sentaros en una mesa para llegar a un acuerdo.

Creo que resumo la voluntad de todos en; Subida de precios, sobre la base del respeto de clientes.

Como ya hemos hablado la situación ahora depende del quinto operador (G) (...).

De este planteamiento quedan al margen 2 operadores con cierta capacidad de oferta PR con el que se están manteniendo contactos y C, con el que sinceramente entiendo que no es posible hablar (...).”

El 22 de octubre de 2007 se celebró otra reunión en la sede de FEDEJEREZ en la que participaron GB, BELLAVISTA y ZRM, ESTÉVEZ, LUSTAU y el Director General de FEDEJEREZ en relación con los acuerdos alcanzados respecto del BOB, en concreto, el mantenimiento del statu quo respecto del pacto de no agresión para la exportación bajo marca blanca de manera que las empresas participantes en el cártel no bajasen los precios, manteniendo cada bodega sus clientes y la fijación de nuevas subidas de precios.

Asimismo, se pretendía conseguir los clientes de los pequeños distribuidores (si el operador pequeño ofrecía 0,85€, una de las empresas del cártel ofrecería un precio un poco más alto, por ejemplo 1€, y las demás un precio más alto, por ejemplo, 1,15 o 1,30), de esa forma se pretendía que el cliente eligiera a una de las empresas del cártel, fiándose de la calidad de su producto. Así queda acreditado en una nota manuscrita del directivo de GB que participó en esta reunión (folio 209):

- “- Limitación en el tiempo.*
- Status Quo.*
- . Δ Ingresos.*
- Forma de coordinar subastas.*
- Diferencias por mercados.*
- Ha habido movimientos:*
 - [representante GB]= tenía dudas de la viabilidad parece que ahora cree.*
 - [GARVEY] = cree en ello*
 - Vino Blanco= no tenían inconveniente posteriormente por el conflicto no se sentaba. Aunque sí estaría dispuesto si no pierde caja*
 - P. Romero = No va a dejar el BOB aunque dijo que se iba a 3 años 0,69*
 - CAYDSA y Ferris*
- Cupo reducirlo al 100%*
- Tiempo sept.2010*
- Venta 112 cupo 137 – 82% (...).”*

Lo indicado en estas notas coincide con lo trasladado el día siguiente en el correo electrónico enviado por el representante de GB en dicha reunión a otros directivos de la citada empresa, informando de los acuerdos adoptados en esta reunión de 22 de octubre de 2007 por las entidades participantes en el cártel (folio 140):

“(...) Tal como te comenté, ayer por la tarde me reuní en Fedejerez para tratar el tema del BOB.

Estuvieron presentes, [Director General] de Fedejerez, [Presidente] de Real Tesoro, [Director General] de W&H, [Director Gerente] de Caballero, Faltó por enfermedad [Director General GARVEY] aunque envió un representante, y yo por GB.

En líneas generales el acuerdo consiste:

- ☐ *Limitación en el tiempo*
- ☐ *Respeto del Status Quo de clientes*
- ☐ *Incremento de precios.*

A estas tres condiciones se añadió el tema de limitar el cupo a las ventas, posición defendida desde hace tiempo por W&H y GB, y todos los asistentes estuvieron de acuerdo en defenderlo. Esto supone bajar el cupo de 137 mil botas actuales a 112 mil que son las ventas, reducir los cupos actuales a un 82%. [Director General FEDEJEREZ] hará los números.

Recordarte que en estas conversaciones llevamos más de un año.

Por fin decidimos llegar a un acuerdo, Real Tesoro + W&H + Caballero + GB, entre nosotros independientemente de que los demás se apunten o no. El acuerdo tendrá la misma vigencia que el acuerdo de cupos, que es hasta septiembre de 2.010.

Garvey, dijeron que no tenían capacidad para tomar una decisión, que se lo comentarían a [Director General GARVEY] y que éste contestará hoy día 23.

Barbadillo no acudió a la mesa por la situación del Fino - Manzanilla, y [Director General W&H], quedó en hablar con ellos para ver si se suman al acuerdo. Nos informará.

Aunque sea parcial, creo que es un acuerdo bueno, tanto estemos como no estemos en el BOB. Creo que con este acuerdo es posible que podamos aguantar con algunos de nuestros clientes, especialmente con Sainsbury subiéndole los precios.

Entiendo que como la vez anterior, hay que designar a una persona que coordine todos los temas comerciales, ya que a partir de ahora los responsables comerciales de cada casa llamarán para ponernos de acuerdo con los clientes.

(...) Indudablemente resaltar el carácter confidencial de esta información”.

Tras esta reunión se produce un intercambio de correos electrónicos entre los asistentes a la misma, con asunto “Seguimiento de la Reunión de BOB del pasado Lunes 22”. En primer lugar, en el correo electrónico enviado el 26 de octubre de 2007 por el Director General de FEDEJEREZ se indica textualmente lo siguiente (folio 130 y 181):

“Como continuación a la reunión del pasado Lunes no he recibido noticias de Garvey sobre su compromiso y desconozco si os han contactado directamente como adelantó [Director Gerente] en nombre de Garvey.

(...) refrescar el asunto y conocer el grado de implicación y compromiso de todos y cada uno de vosotros.

El objetivo; tratar (lograr) un acuerdo amplio, estable y duradero cuyos efectos serán positivos para todos vosotros (...).

A este correo electrónico responden tanto ESTÉVEZ como WH, con copia a todos. En concreto por parte de ESTÉVEZ se confirma tanto su conformidad con lo acordado, así como el cumplimiento y ejecución de dicho acuerdo (folio 129):

“(...) Por mi parte el acuerdo es una realidad y estamos ya ejecutándolo, cosa que podrás comprobar hablando con algunos. Dudo mucho que las empresas y las personas, que al igual que yo se manifestaron positivamente, “incluso con gestos poco habituales en estos días”, cambien de opinión.

Por lo tanto y para que tú y todos lo tengan claro, te reitero el serio compromiso adquirido por JESA y espero que pronto tengamos una respuesta positiva por parte de [GARVEY] tal y como te prometió en su día.”

Igualmente, WH ratifica el acuerdo adoptado (folio 129)

Asimismo hay referencias a la citada reunión de 22 de octubre de 2007 y al acuerdo adoptado en un correo electrónico interno de GB de 2 de noviembre de 2007, confirmando que ESTÉVEZ (Real Tesoro), en cumplimiento de lo acordado por el cártel, había retirado la oferta realizada a un cliente de GB: (folios 142 y 153)

“(...) El 22 de Octubre llegamos al acuerdo de respetarnos por tres años, entre Real Tesoro, Williams & Humbert, Caballero y GB. Quedan pendiente de sumarse Garvey y Barbadillo, que al día de hoy, no han dicho nada.

Real tesoro me llama indicando que retira su oferta de sainsbury”.

El 10 de diciembre de 2007 se celebró otra reunión del cártel en la que participaron directivos de GB, ESTÉVEZ, LUSTAU, WH, BARBADILLO, FERRIS, PEDRO ROMERO y CAYDSA, en la que se acordó lo siguiente (folio 139):

“(...) Todos estuvieron de acuerdo en suscribir un pacto de no agresión hasta el 31 de septiembre de 2010. Que consiste en no hacer ofertas a clientes de las bodegas sentadas a la mesa.

El objetivo de este acuerdo es subir precios, cada uno hará lo que pueda con sus clientes, aunque se habló de un mínimo de 1,2 € la botella, actualmente los bajos están a 0,90. (...)

Con todo esto, entiendo que hay que hacer dos cosas:

1.- Que indiques al equipo tanto de Nacional como de Internacional que no haga ninguna oferta de BOB de Jerez sin comentarlo

previamente contigo y tú nos lo comentas antes; para poder yo contactar con las empresas afectadas (...)

2.-Pedirle a [GB] que calcule que cupo nos va a sobrar y cuando lo tengas comentarlo para ver cómo queremos negociar su venta (...)”.

Año 2008

Para poder ejecutar estos acuerdos, las empresas participantes en el cártel intercambiaron información relativa a clientes de cada una de ellas, los precios ofertados y las previsiones para fechas posteriores, como se constata en el correo electrónico interno de GB de 16 de enero de 2008 (folio 141):

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

Los asistentes fuimos [Presidente ESTÉVEZ], [Director General W&H], [Director General LUSTAU] y yo, en las instalaciones de Real Tesoro. El motivo de la reunión era el pánico de [Presidente ESTÉVEZ] a presentar una subida de precio a TESCO. Les ha indicado que les va a hacer una subida de precio para el mes de marzo sin indicarle la cantidad. [Directivo TESCO] le ha mandado una carta indicándole que tiene un proveedor (GARVEY) que les ha ofrecido 0,91€ la botella para el BOB y 1,19 para el Finest (...)”

“(...) Real Tesoro [Presidente ESTÉVEZ] actualmente le está vendiendo el BOB a 1 euro y el finest a 1,38.

Yo indiqué que actualmente les estamos vendiendo el Finest a 1,47 y les hemos anunciado una subida a 1,96€. También le indiqué que en Somerfield le estábamos vendiendo a 1,66 y les hemos anunciado una subida a 1,75

Todos acordamos que el precio mínimo en UK debería ser 1,35€

[Presidente ESTÉVEZ] indicó tras amplia discusión, que le daría 1,30 en marzo y 1,50 en septiembre

En Waitrose les están vendiendo a 1,60€ (...)”.

El 14 de abril de 2008 FEDEJEREZ convocó una reunión en el Hotel Jerez y a ella asistieron directivos de ESTÉVEZ, WH y BELLAVISTA y ZRM (folios 210 y 211). Ese mismo día por la mañana, con carácter previo a dicha reunión, el Director General de FEDEJEREZ envió un correo electrónico a ESTÉVEZ y WH indicando lo siguiente (folio 212):

“(...) El viernes estuve reunido con [Director General GARVEY], que a su vez venía acompañado de [GARVEY], al que tras la salida de [Consultor GARVEY] parece va a entregar los galones del negocio de Jerez y del Grupo de Vinos en general.

Su disposición a reunirse es clara.

Lo que yo he trasladado y tratado de convencer durante estos últimos meses es la necesidad de que entre todos "generéis confianza" y con ello un clima de acuerdo adecuado. Hay que ir paso a paso.

Sus objetivos de cara a la reunión son los siguientes:

- 1) Trasladar su compromiso de los 15€. (Quizás ahí os haría falta entrar en mayor profundidad diferenciado por países)*
- 2) Solicitar una solución coyuntural a su situación; Enormes existencias de vino criado o en proceso, cambio de reglas de juego a mitad de partido (supresión del 22%), necesidad de sacar vino desde el punto de vista financiero.*

Lo primero que solicitó era volver al 22%, algo que entiendo, hoy por hoy, difícil

Mi propuesta era que defendiera no el 22% sino la posibilidad de que la interpretación de la circular en vigor posibilitará que al menos se pudieran garantizar las ventas del año anterior.

Explicación reservada: El recurso de Garvey ante lo mercantil -que ha prosperado aunque se está recurriendo- obliga al CR a suspender la circular de cupo que todos conocéis. Sin ella lo que hay es la decisión anterior del Pleno, es decir, la que provisionalmente se acordó en Noviembre; el 75% de la cuota que correspondió el año pasado. Esta solución es sin duda peor que interpretar que con la circular actual -recurrida y en vías de suspensión cautelar- se interprete a favor de garantizar al menos las ventas de la campaña anterior.

Además y según me dijo [Director General GARVEY] si se encontrara una solución su padre vería muy razonable, retirar los recursos de Alzada, Mercantil y ante la CNC.

A mayor abundamiento creo que si enfocáis el tema a que las botas de "almacenado" para ventas bodega a bodega pudieran tener un tratamiento diferenciado (que no contarán para la cuota de Garvey como bodega vendedora, pero si para la bodega compradora) creo que ellos entrarían por aro. Parecen estar convencidos de que tendrían clientes para esas botas.

Creo que un gesto por vuestra parte incluso para llegar a un acuerdo razonable para todos de manera que vosotros podáis comprarle existencias ahora o en el futuro sería importante.

- 3) Tienen miedo de que las ventas de BOB actuales las pierdan el año que viene, ahí me parece muy importante que dejéis claro*

vuestro apoyo y deis garantías. Por cierto, [Presidente ESTÉVEZ], siguen con la mosca detrás de la oreja con el tema Canarias-África, creo importante que le des confianza en este tema.

4) Sería positivo hablarle de la destilación de crisis como posible solución a parte de sus existencias y al apoyo que en eso le podríamos prestar desde la federación.

En conclusión;

1. - Generar confianza

2.- Ver si podéis dar apoyo a encontrar solución para Garvey, del tenor arriba indicado, que resolvería los recursos (es muy importante!!) y por otro lado no distorsionaría el mercado.

3. - Generar confianza para su BOB

4. - Apostar por acuerdos de venta de existencias o destilación de crisis; para paliar su situación.

Como quiera que el único día que podía [Director General GARVEY] y vosotros dos esta semana era hoy, confirmé la fecha. Yo sin embargo no podré estar presente (...)."

Así pues, por lo que respecta a la participación concreta de ESTÉVEZ en este cártel, y como se indicaba en la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010, se ha acreditado su participación en éste desde al menos noviembre de 2001 y respecto al momento de dar por finalizada su participación, ha quedado acreditado que en la reunión de 11 de abril de 2007 se delimitó un período temporal del acuerdo adoptado hasta el 31 de agosto de 2008, renovable hasta que durara el plan de cupos (folios 152 y 168), ampliándose posteriormente este período temporal hasta septiembre de 2010, como queda acreditado en el correo electrónico interno de GB de 2 de noviembre de 2007 (folio 153) :

"(...) El 22 de Octubre llegamos al acuerdo de respetarnos por tres años, entre Real Tesoro, Williams & Humbert, Caballero y GB. Quedan pendiente de sumarse Garvey y Barbadillo, que al día de hoy, no han dicho nada."

Esta fecha fue confirmada en una reunión posterior del cártel celebrada el 11 de diciembre de 2007, a la que asistieron directivos de GB, ESTÉVEZ, LUSTAU, WH, BARBADILLO, FERRIS, PEDRO ROMERO y CAYDSA, como se indica literalmente en el correo electrónico interno remitido por un directivo de GB (folio 139):

"(...) Todos estuvieron de acuerdo en suscribir un pacto de no agresión hasta el 31 de septiembre de 2010 (...)."

No obstante, esta Sala de Competencia considera que la finalización de la participación de ESTÉVEZ, así como las demás entidades participantes en este cártel, tal y como se estableció en la citada Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010 en el Expte. S/0091/08 Vinos finos de Jerez, se ha de fijar el 16 de julio de 2008, momento en el que se incoó el citado expediente y se llevaron a cabo las inspecciones realizadas en las sedes de WH, GB, LUSTAU y FEDEJEREZ, no existiendo constancia de manifestación pública por parte de ESTÉVEZ de haber concluido su participación en el cártel con anterioridad a dicha fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. HABILITACIÓN COMPETENCIAL

Según la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia *“las referencias que la legislación vigente contiene a la Comisión Nacional de la Competencia [...] se entenderán realizadas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [...]”* y *“Las referencias que la Ley 15/2007, de 3 de julio, contiene a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de Competencia se entenderán realizadas a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”*.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 20.2 de la misma ley, se atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de la Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. OBJETO DE LA RESOLUCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE

El Consejo en este expediente debe resolver, sobre la base de la instrucción realizada por la Dirección de Competencia que se recoge en el Informe y Propuesta de Resolución, si las prácticas investigadas constituyen una infracción única y continuada contraria al derecho de la competencia, prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, consistente en los acuerdos adoptados e implementados por JOSÉ ESTÉVEZ, S.A. a través de los contactos y las reuniones con representantes de dicha empresa y las demás entidades sancionadas en la Resolución de 28 de julio de 2010 en el expediente S/0091/08, consistentes en la fijación de precios mínimos

de referencia para el producto BOB para la exportación, la limitación del cupo de ventas de dicho producto asignado a cada empresa y el reparto de los clientes, así como el intercambio de información comercial sensible, desde noviembre de 2001 hasta julio de 2008.

Por lo que respecta a la normativa nacional aplicable, se trata en el presente expediente de prácticas realizadas durante la vigencia de la Ley 16/1989 y de la LDC, y ambas leyes prohíben todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en la limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, y en su letra c), el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

Como se ha señalado en ocasiones anteriores, resultaría indiferente aplicar uno u otro precepto legal debiendo optarse por una de las dos leyes si bien, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, deberá ser aquélla que sea más beneficiosa para el infractor en el caso concreto, conforme a los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable.

Sin perjuicio de que la conducta regulada por el artículo 1 de las citadas Leyes sea idéntica, de acuerdo con los precedentes de la extinta CNC y de la CNMC, también en este caso el régimen sancionador diseñado por la Ley 15/2007 es, desde un punto de vista global, más favorable a los infractores que el contemplado por la Ley 16/1989.

Esta aplicación más favorable de la Ley 15/2007 ha sido reconocida en anteriores ocasiones por el Consejo de la CNC⁶ y de la CNMC⁷ y por la Audiencia Nacional⁸.

En atención a ello, la Ley 15/2007 es la norma aplicable al presente procedimiento sancionador.

Por otro lado, como se ha indicado en la definición del mercado contenida en esta resolución, esta Sala se muestra favorable a la aplicación también del artículo 101 del TFUE. Como se deduce directamente del contenido del expediente, en el

⁶ Resoluciones del Consejo de la CNC de 12 de noviembre de 2009, Expte. S/0037/08, Compañías de Seguro Decenal; de 21 de enero de 2010, Expte. S/0085/08, Fabricantes de Gel; de 12 de abril de 2010, Expte. S/0059/08 ANAGRUAL; de 17 de mayo de 2010, Expte. S/0106/08 Almacenes de Hierro; de 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08, Vinos Finos de Jerez; de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/08, Transitarios; de 2 de marzo de 2011, Expte. S/0086/08, Peluquería Profesional; de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09, Bombas de Fluidos; de 26 de octubre de 2011, Expte. S/0192/09 Asfaltos; de 10 de noviembre de 2011, Expte. S/024/10 Navieras Ceuta-2; de 23 de febrero de 2012, Expte. S/0244/10, Navieras Baleares y de 15 de octubre de 2012, Expte. S/0318/10, Exportación de sobres.

⁷ Resoluciones de la CNMC de 12 de junio de 2014 (Expte. S/0444/12 Gea) y de 22 de septiembre de 2014 (Expte. S/0428/12 Palés).

⁸ Entre otras, Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de abril de 2014 (recurso 194/2011, de L'Oreal España, S.A. y L'Oreal, S.A.) y Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de abril de 2014 (recurso 572/2010, de Rhenus IHG Ibérica, S.A.).

presente caso tanto la afectación del comercio intracomunitario como la apreciabilidad de la misma quedan fuera de toda duda. La conducta descrita supone una violación del TFUE puesto que extendió sus efectos más allá del territorio español al afectar a las exportaciones las exportaciones de vino con DD.O. Jerez y Manzanilla con marca blanca o marca de distribuidor (BOB) a distintos países europeos. La documentación incorporada al expediente acredita que dicho producto se comercializa con destino a varios países de la Unión, como son Alemania, Holanda, Bélgica y Reino Unido, en volúmenes y frecuencia significativos, lo que acredita la afectación comunitaria que requiere el artículo 101 TFUE, siendo este de plena aplicación al expediente.

TERCERO. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DEL ÓRGANO INSTRUCTOR

Una vez instruido el procedimiento sancionador, la Dirección de Competencia ha propuesto lo siguiente:

- ***“Primero.*** *Que se declare la existencia de una práctica prohibida por el artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, en cuanto que ha afectado al comercio intracomunitario, por los acuerdos adoptados e implementados por JOSÉ ESTÉVEZ, S.A. a través de los contactos y las reuniones entre representantes de dicha empresa y las demás entidades sancionadas en la Resolución de 28 de julio de 2010 en el Expte. S/0091/08, consistentes en la fijación de precios mínimos de referencia para el producto BOB para la exportación, la limitación del cupo de ventas de dicho producto asignado a cada empresa y el reparto de los clientes, así como el intercambio de información comercial sensible, desde noviembre de 2001 hasta julio de 2008.*
- ***Segundo.*** *Que esa conducta colusoria se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción muy grave del artículo 62.4.a) de la LDC.*
- ***Tercero.*** *Que se declare responsable de dicha infracción a José Estévez, S.A., de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 61 de la LDC.*
- ***Cuarto.*** *Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63.1.c) de la LDC para las infracciones muy graves, con multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 de la LDC.”*

Según la Dirección de Competencia, las prácticas analizadas en este expediente entran dentro de la definición de cártel, en cuanto que el objeto de las mismas consistió en la adopción de acuerdos entre las empresas participantes en el

cártel, entre ellas, ESTÉVEZ, en relación con las exportaciones de vino con DD.O. Jerez y Manzanilla con marca blanca o marca de distribuidor, denominado mercado BOB, llevando a la práctica diversos acuerdos tendentes a coordinar sus actuaciones, eliminando la competencia entre ellas y adoptando posiciones comunes frente a clientes y otros competidores. Las empresas del cártel celebraron multitud de reuniones con el objetivo de mantener el statu quo en cuanto a los clientes y aumentar los precios BOB, lo cual se conseguía mediante la fijación de un precio mínimo y restringiendo la cantidad de producto presente en el mercado, limitando la competencia en la libre formación de los precios y revistiendo la aptitud suficiente como para alterar la libre competencia en el mercado, con la consecuente pérdida de independencia con la que deben actuar los operadores de un mercado.

La Dirección de Competencia considera que en ningún caso las prácticas analizadas en este expediente sancionador pudieran beneficiarse de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.3 de la LDC o 101.3 del TFUE, pues las prácticas objeto de investigación no han contribuido a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico y económico, generando beneficios para el consumidor u otras empresas del sector ni son indispensables para obtener mejoras de eficiencias.

Según la Dirección de Competencia, la participación de ESTÉVEZ en estas conductas se extiende desde noviembre de 2001 a julio de 2008, constituyendo una infracción única y continuada realizada durante la vigencia de la Ley 16/1989 y de la LDC.

Finalmente, la Dirección de Competencia considera responsable de dicha infracción a ESTÉVEZ (junto al resto de las empresas y entidades ya sancionadas en el anterior expediente S/0091/08 Vinos Finos de Jerez), correspondiéndole una sanción por infracción muy grave conforme a lo previsto en el artículo 62.4.b) de la LDC.

CUARTO. VALORACIÓN DE LA SALA DE COMPETENCIA

4.1.- Sobre la antijuridicidad de la conducta

El artículo 1 de la LDC, en sentido análogo al artículo 101 del TFUE, prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.*
- b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.*

- c) *El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.*
- d) *La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.*
- e) *La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.*

En la disposición adicional cuarta de la LDC, en su apartado 2, se indica expresamente que, a efectos de lo dispuesto en esta Ley, *“se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”*. Como han señalado doctrina y jurisprudencia la finalidad de estos acuerdos es limitar o eliminar la competencia entre las empresas partícipes, con el objetivo de aumentar los precios y los beneficios de las mismas.

La STS de 19 de marzo de 2013 FD 5º (recurso 385/2011), clarifica diversas cuestiones relativas al concepto de cártel:

“El concepto de “secreto” hay que valorarlo en relación con el contexto: es obvio que no es relevante el “secreto” entre los participantes en la conducta ilícita, sino el “secreto” en relación con quienes no deben saber que los oferentes (en este caso) se han puesto de acuerdo para no competir. En este caso, los acuerdos eran secretos para los restantes actores en el mercado (quienes les suministran las materias primas, los distribuidores y comercializadores, y especialmente los clientes) para los consumidores y las autoridades de defensa de la competencia.

(...)

En cuanto a la falta de objeto anticompetitivo, la jurisprudencia nacional y comunitaria ha reiterado que lo relevante es la “aptitud” para restringir la libre competencia, y en este caso, no cabe duda alguna de que los intercambios de información litigiosos, como señala la Administración pueden facilitar el alineamiento de comportamientos que debían ser competitivos.

Asimismo, la sentencia establece lo siguiente:

“...En la sentencia dictada en el asunto C-204/00 Aalborg Portland A/S y otros el Tribunal de Justicia declaró que para probar la participación en un cártel es suficiente con que la Comisión acredite que la empresa participó en reuniones en las cuales se concluyeron acuerdos anticompetitivos sin manifestar su oposición a dichos acuerdos. Si esta participación se ha probado, incumbe a la empresa la carga de la prueba debiendo acreditar que su participación en las reuniones careció de intención anticompetitiva,

y a tales efectos, debe demostrar que participó con otra finalidad legítima. Tal prueba no se ha llevado a cabo por la recurrente.”

La AN en alguna ocasión ha fijado el estándar de prueba exigible a la CNMC en el caso de cárteles: (SAN de 27.09.12 Rec. 189/2012), ha señalado que:

“La falta de prueba directa de que la actora fuese parte de un cártel no impide que efectivamente lo sea, y resulte de su comportamiento, pues siguió la actuación de las restantes compañías respecto a precios, BAF, tasa y reparto de mercado”

La jurisprudencia además señala que con que se haya revelado la intención de alcanzar un acuerdo cuyo objeto sea la realización de las conductas relevantes sería suficiente (SAN, 5 de febrero de 2013, Bombas de Fluidos, recurso 420/2011, FD 10:

“Por lo tanto no es necesario para considerar la existencia de una infracción que se hubiera alcanzado un acuerdo sobre los elementos específicos del acuerdo y se acordara ponerlo en práctica sino que es suficiente la existencia de reuniones en las que las empresas manifestaron su intención de alcanzar un acuerdo contrario a la competencia”

A efectos del artículo 1 de la LDC, existe un acuerdo cuando las partes se asocian en un plan común que limita o puede limitar su política comercial individual al determinar sus pautas de acción o abstención mutuas en el mercado. No es necesario que dicho acuerdo conste por escrito ni que éste sea formal ni que se hayan establecido sanciones contractuales o medidas para asegurar el cumplimiento de lo acordado. Además, el hecho del acuerdo puede ser explícito o estar implícito en el comportamiento de las partes que adopten dicho acuerdo, tanto una vez adoptado dicho acuerdo o en el proceso de negociación que conduzca al acuerdo definitivo.

En el presente expediente, se han analizado prácticas prohibidas por el artículo 1 de las citadas leyes, así como por el artículo 101 del TFUE, que entran dentro de la definición de cártel, en cuanto que el objeto de las mismas consistió en la adopción de una serie de acuerdos entre las empresas participantes en el cártel, es decir, WH, GB, BARBADILLO, BELLAVISTA y ZRM, ESTÉVEZ, LUSTAU, PEDRO ROMERO, FERRIS Y CAYDSA, con la colaboración del CONSEJO REGULADOR y FEDEJEREZ, en relación con las exportaciones de vino con DD.O. Jerez y Manzanilla con marca blanca o marca de distribuidor, denominado mercado BOB, llevando a la práctica diversos acuerdos tendentes a coordinar sus actuaciones, eliminando la competencia entre ellas y adoptando posiciones comunes frente a clientes y otros competidores.

Tal y como ha quedado acreditado, las empresas del cártel, entre ellas ESTÉVEZ, celebraron multitud de reuniones con el objetivo de mantener el *statu quo* en cuanto a los clientes y aumentar los precios BOB, lo cual se conseguía mediante la fijación de un precio mínimo y restringiendo la cantidad de producto presente en el mercado. Esta conducta consiste en una acción coordinada tendente a eliminar

la incertidumbre en el comportamiento del competidor, limitando la competencia en la libre formación de los precios y revistiendo la aptitud suficiente como para alterar la libre competencia en el mercado, siendo esta independencia de comportamiento de las empresas lo que es decisivo para el desarrollo de una competencia dinámica en beneficio de los consumidores finales.

Se trata, por tanto, de un acuerdo global que debe analizarse en su conjunto y que se estableció de diversas formas a lo largo del tiempo por acuerdos concretos de las empresas participantes en el cártel, partiendo del acuerdo firmado en noviembre de 2001, en el que se estableció lo siguiente:

- a) Limitación de la producción mediante el establecimiento de cupos de venta para cada empresa participante en el cártel para las campañas 2001-2002 en los mercados de Reino Unido, Holanda, Bélgica y Alemania, que se mantuvo hasta la campaña 2003-2004, controlando las salidas de producto BOB hacia el exterior por parte de la comisión de seguimiento establecida en dicho acuerdo.
- b) Reparto de mercado y clientes: Tras ponerle límite a la producción disponible para ser comercializada, se ha llevado a cabo un reparto de la cantidad mediante el reparto de clientes.
- c) Fijación de precios mínimos: Acuerdos de precios, mediante el compromiso de no ofertar a los clientes del resto de las empresas participantes en el cártel por debajo de unos precios de referencia.
- d) Intercambios de información sobre precios, clientes y cantidades vendidas.
- e) Mecanismos de control y seguimiento: Acuerdos para compensar en caso de incumplimiento por exceso o defecto del cupo BOB, para lo cual se decidió un precio al que las empresas participantes en el cártel que se habían excedido debían compensar a las empresas del cártel que no habían llegado a su cupo.

Para llevar a cabo los acuerdos era necesario el intercambio de información, realizándose a través del CONSEJO REGULADOR en el seno de la Comisión Ejecutiva creada al efecto, relativa a:

- a) Marcas suministradas a los distintos clientes por cada una de las empresas firmantes del acuerdo.
- b) Compromisos de suministro en vigor, con información sobre clientes, cajas a suministrar, precio de venta y fecha aproximada de expiración de cada contrato.
- c) Ventas BOB en los cuatro mayores mercados por compradores.

- d) Ventas en Reino Unido + Holanda + Alemania + Bélgica, en el que se incluyen desagregadas las ventas totales de cada empresa y el total del sector.
- e) Distribución de cupo de ventas según líneas de negocio, en el que se incluyen desagregadas las ventas totales y de BOB de cada empresa.
- f) Media de cuatro años cupo asociado a BOB y cupo correspondiente a cada uno.
- g) Previsiones de las campañas con las ventas de la campaña anterior y teniendo en cuenta la evolución del mercado.
- h) Cuadros de ventas a distintas fechas de cada una de las empresas del cártel en los países del acuerdo a una fecha determinada, que contiene el porcentaje de cupo consumido y los porcentajes de BOB previstos.
- i) Información sobre precios de los productos aplicados a los distintos clientes.

Todas estas actuaciones fueron instrumentadas en más de cien contactos que se encuentran acreditados en la Resolución Expte. S/0091/08 Vinos finos de Jerez. Los contactos implican a distintas empresas del sector y dos instituciones sectoriales, FEDEJEREZ y CR. La participación de ESTÉVEZ en el cártel comienza al menos desde noviembre de 2001, aunque hay indicios de que ha participado desde meses atrás, ya que existen documentos con información sensible en el expediente correspondiente a ESTÉVEZ anteriores (folios 93 a 97).

Es no obstante en noviembre de 2001 cuando determinadas empresas, entre ellas ESTÉVEZ, adoptaron un acuerdo para la exportación del producto en una reunión del Consejo Regulador, denominado “Acuerdo para la Regulación del Mercado BOB”. En él se establece el reparto de volúmenes entre las citadas empresas y métodos de compensación, cupos de cada una de ellas para el mercado BOB, así como precios mínimos de referencia. El objetivo de todo ello es limitar la cantidad total a comercializar para que, de acuerdo con el decrecimiento de la demanda prevista, se equilibre oferta y demanda y se evite una caída de precios, además de repartirse el mercado, acordar no ofertar por debajo de un precio de referencia, crear dos órganos de seguimiento y comprometerse a compartir cualquier tipo de información relevante con objeto de que *“exista una transparencia total entre las partes”* (folio 59 y 114).

Las empresas firmantes del acuerdo intercambiaron información sobre clientes en cada país, cantidades vendidas a cada uno de ellos y cifras de ventas y precios, en fin, información cuya única finalidad era elaborar tablas y cuadros que sirvieron para el cálculo del cupo exacto que correspondía a cada una de las empresas participantes en el cártel. Igualmente, las empresas integrantes del cártel llegaron a acuerdos para repartirse los clientes (documento ACUERDO BOB) donde se indica textualmente, en relación con la cantidad de producto que debería haberse vendido durante la campaña 2001/2002, según el acuerdo alcanzado con los

competidores y los clientes que debían dejar a favor de otros competidores (folios 56 a 58).

Merece especial atención la reunión de 18 de febrero de 2003 en la que participó ESTÉVEZ junto con BARBADILLO, WH, FERRIS y el Secretario General del CONSEJO REGULADOR, y en las que se trató el reparto de mercado BOB, así como las compensaciones entre las empresas participantes en el cártel (folios 196 y 197), sistema que se llevó a la práctica por las empresas participantes en el cártel. Por último, la forma de controlar la implementación de los acuerdos adoptados, como se indica en el documento titulado “Proyecto BOB” y se había fijado en el propio acuerdo firmado en noviembre de 2001, era a través de reuniones en las que se realiza un seguimiento de los acuerdos adoptados (folio 143).

El acuerdo adoptado en 2001 se mantuvo sin incidencias hasta finales de 2003, cuando comienzan a producirse incumplimientos puntuales. Así, ESTÉVEZ deja de asistir temporalmente a las reuniones del cártel, si bien durante 2004, continuó intercambiando información con las demás empresas del cártel y respetando los clientes de éstas.

En 2005 se inicia una nueva etapa de contactos entre las empresas del cártel, entre ellas ESTÉVEZ, con el papel relevante de FEDEJEREZ y el conocimiento del CONSEJO REGULADOR, para la continuidad de la mesa BOB, limitando la oferta, estableciendo el control de contratos y precios y un pacto de mantenimiento del statu quo (folio 219 a 227).

A partir de 2006 renovaron su acuerdo en relación a la exportación de producto BOB al Reino Unido, Holanda y Alemania, que consistía, en esencia, en lo mismo que se acordó en el año 2001, junto con otros acuerdos como:

- a) Pacto de no agresión, que suponía no acudir a las negociaciones que mantenían otras empresas participantes en el cártel por un cliente determinado y mantenimiento del statu quo.
- b) No ofertar por debajo de coste, lo que suponía retirar ofertas que sí lo estuvieran.
- c) No ofertar por un periodo superior a un año.
- d) Coordinación de actuaciones frente a terceros competidores, con el objetivo de quedarse con sus clientes.

Para ello se restableció la mesa BOB, cuyo objetivo era la efectiva implementación de los acuerdos firmados por las empresas participantes en el cártel, para lo cual se estableció un intercambio de información regular entre ellas sobre contratos en vigor, clientes, precios y plazos, volúmenes, precios, clientes por bodegas, vencimiento de los contratos, etc. Todo ello con el propósito de elevar coordinadamente el precio de los productos BOB, lo que conllevaba el aumento de los precios de las marcas propias, tanto en el mercado interior como

respecto de la exportación, en cuanto que al subir los precios de BOB subían también los precios de las marcas propias.

Así, los datos obtenidos por las empresas participantes en el cártel a través del intercambio de información han sido tenidos en cuenta por ellas y ha determinado su conducta en el mercado a lo largo del tiempo, no sólo respecto del producto BOB, sino también en relación con el aumento de los precios de las marcas propias, tanto en el mercado interior como respecto de la exportación, eliminando el grado de incertidumbre de las empresas en sus operaciones en el mercado. Desde 2006 hasta 2008, se suceden con el fin de implementar el acuerdo, numerosas reuniones y contactos en los que participa y asiste ESTÉVEZ, tal y como queda acreditado en los hechos acreditados de esta Resolución.

Debe tenerse en cuenta, además, que las empresas del cártel son las principales productoras de vino de Jerez y Manzanilla y, en el caso concreto del producto BOB, tienen una cuota conjunta en el mercado de más del 90%.

Ha de destacarse, además, que las empresas del cártel eran conscientes de la ilegalidad de su conducta y sabían que este acuerdo debía mantenerse en secreto. De hecho, para mantener la confidencialidad de las reuniones, éstas se convocaban directamente por los máximos directivos de las empresas participantes en el cártel (Presidentes y Directores Generales) o por los órganos de dirección del CONSEJO REGULADOR o de FEDEJEREZ.

4.2.- Duración de la conducta y prescripción

Respecto a la duración de la infracción, se ha acreditado que el inicio de la participación de ESTÉVEZ en este cártel se sitúa en noviembre de 2001, momento en el que se fijan los criterios para la consecución del mismo y se procede a la firma de un acuerdo, como se ha acreditado en el PCH y no ha quedado desvirtuado por las alegaciones presentadas por dicha empresa, acordando ésta junto con GB, BARBADILLO, GARVEY y WH, establecer el cupo BOB (la cantidad de cajas que cada una de las empresas participantes en el cártel podía exportar con marca del cliente), asignando un cupo para cada empresa del cártel en relación con los mercados de exportación a Holanda, Reino Unido, Alemania y Bélgica para la campaña 2001/02, así como un precio de referencia BOB⁹.

En cuanto a su finalización, esta Sala al igual que la Dirección de Competencia considera que ESTÉVEZ, junto con las demás entidades participantes en este cártel, como se estableció en la citada Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010 en el Expte. S/0091/08 Vinos finos de Jerez, pusieron fin a este cártel el 16 de julio de 2008, momento en el que se incoó el citado expediente y

⁹ Documentos "El desacuerdo" y "Acuerdo para la regulación del mercado BOB", recabados en la inspección de WH (folios 56 a 62).

se llevaron a cabo las inspecciones realizadas en las sedes de WH, GB, LUSTAU y FEDEJEREZ, no existiendo constancia de manifestación pública por parte de ESTÉVEZ de haber concluido su participación en el cártel con anterioridad a dicha fecha.

Por tanto, se ha acreditado, sin que las alegaciones presentadas al efecto por ESTÉVEZ hayan desvirtuado lo señalado en la PR, que la citada empresa participó en este cártel desde noviembre de 2001 hasta julio de 2008, constituyendo una infracción única y continuada, prohibida en el artículo 1 de la Ley 16/1989 y de la LDC, así como en el artículo 101 del TFUE.

4.3. Sobre la inexistencia de infracción única y continuada constitutiva de cártel

ESTÉVEZ rechaza la existencia de una infracción única y continuada. Insiste en que durante un lapso temporal de tres años y siete meses, entre septiembre de 2003 y abril de 2007, no participó en ninguna conducta anticompetitiva, y no se puede reprochar a ESTÉVEZ infracciones cometidas por otras empresas durante ese periodo. En concreto, ESTÉVEZ defiende que durante ese lapso estuvo fuera de la mesa BOB aunque reconoce que participó en reuniones del cupo. A partir de 2007, participa en reuniones BOB pero no se alcanzó ningún acuerdo anticompetitivo en ellas.

Estas alegaciones no son aceptables en opinión de esta Sala ya que la existencia de una infracción única y continuada constitutiva de cártel ya ha sido confirmada expresamente tanto por la AN¹⁰ como por el TS¹¹ en el expediente S/0091/08 VINOS FINOS DE JEREZ.

En primer lugar, en relación con la inexistencia de reuniones de la mesa BOB durante 2004, coincidiendo con el periodo de reflexión que se produjo tras las desavenencias surgidas entre algunas de las empresas participantes en el cártel, entre ellas, ESTÉVEZ, la AN ha afirmado¹²:

“En ese período intermedio se realizaron actuaciones tendentes a conseguir ese objetivo de reducir el vino que podía ser

¹⁰ Sentencias de la AN de 6, 7, 8, 13 y 20 de marzo, 10 de abril, 12 y 24 de junio y 21 de noviembre de 2013 y 15 de enero de 2014 dictadas en los recursos interpuestos contra la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08 Vinos finos de Jerez.

¹¹ Sentencias del TS de 30 de enero de 2015 (recurso presentado contra la sentencia de la AN de 8 de marzo de 2013) y 9 de febrero de 2015 (recurso presentado contra la sentencia de la AN de 7 de marzo de 2013), dictadas en los recursos interpuestos contra la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08 Vinos finos de Jerez.

¹² Sentencia de la AN de 8 de marzo de 2013, confirmada por la Sentencia del TS de 30 de enero de 2015 y reiterado en la sentencia del TS de 9 de febrero de 2015, dictadas en los recursos interpuestos contra la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08 Vinos finos de Jerez.

comercializado que se concretó en la alteración del artículo 32.1 del Reglamento para permitir que los límites a establecer por el CR no fueran sólo anuales, sino plurianuales, y que los límites a la comercialización no se basaran sólo en existencias sino en las ventas que cada operador hubiese realizado en las campañas anteriores. Por lo tanto aun cuando no se reuniera la Mesa BOB no se puede apreciar que ha finalizado la infracción ya que en ese período se elaboró y consensuó con todos los asociados de FEDEJEREZ una revisión del Plan Estratégico de Jerez en la que se pactó realizar actuaciones para el establecimiento de un cupo sobre ventas (...)".

Y expresamente el TS se remite a la jurisprudencia comunitaria y al vínculo de complementariedad entre las conductas investigadas al confirmar las sentencias dictadas por la AN tras los recursos interpuestos contra la citada Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010¹³:

"La jurisprudencia comunitaria ha establecido que para valorar las conductas debe tenerse en cuenta si "presentan un vínculo de complementariedad, en el sentido de que cada una de ellas está destinada a hacer frente a una o varias consecuencias del juego normal de la competencia, y contribuyen, mediante una interacción, a la realización del conjunto de los efectos contrarios a la competencia buscados por sus autores, en el marco de un plan global encaminado a un objetivo único". (Apartado 144 de la sentencia del Tribunal General de 7 de junio de 2012 Coats Holding)

(...) B) En la mencionada Sentencia de 30 de enero de 2015 expusimos nuestro criterio interpretativo sobre la misma cuestión objeto de debate, la existencia de una infracción continuada, que confirmó la apreciación de la Sala de instancia que, a su vez, corrobora la de la Comisión Nacional de la Competencia (...) Debemos remitirnos a las consideraciones jurídicas entonces expresadas que sintetizan las razones de la Sala y resultan trasladables a la conducta ahora enjuiciada:

(...) el cártel se dividió en varios periodos temporales. Un primer período temporal que se extendería desde mayo/noviembre de 2001 hasta marzo de 2004, y un segundo período que abarcaría desde mediados de 2005 a julio de 2008 en el que se "revitalizarían" los acuerdos ilícitos del primer período manteniéndose la esencia del cartel desde noviembre de 2001. La CNC vincula ambas etapas con la que denomina "período de reflexión" que se extendería desde

¹³ Sentencia del TS 9 de febrero de 2015, reiterando lo indicado en su sentencia de 30 de enero de 2015, dictadas en los recursos interpuestos contra la Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08 Vinos finos de Jerez.

marzo de 2004 a mediados de 2005 lo que permite mantener la existencia de una infracción única y continuada.

Según explica más adelante la sentencia, en el proceso de instancia la demandante aducía que en el período intermedio o periodo de reflexión no hubo continuidad alguna de las conductas supuestamente ocurridas hasta marzo de 2004, puesto que los únicos contactos que se mantuvieron en ese período se refieren a cuestiones distintas al acuerdo que se imputa; y que el tiempo transcurrido (en todo caso un año) y la ausencia de contactos relacionados con el supuesto objeto de cartel demuestran la inexistencia de infracción única y continuada, esto es, la inexistencia de vínculo entre el primer y el segundo período.

Frente a esas alegaciones de la demandante, la sentencia recurrida asume el parecer de la Comisión Nacional de la Competencia, que "...justifica la continuación de los supuestos acuerdos iniciales durante el período intermedio marzo de 2004 hasta julio de 2005 en documentos relativos a la revisión del Plan estratégico del sector y la nueva contingentación de los cupos de venta". Y frente a la objeción que oponía la demandante de que no pueden incorporarse a este expediente cuestiones referidas a los cupos porque éstos ya habían sido objeto de examen en el expediente NUM001 , donde se impuso una sanción al Consejo Regulador de Denominación de Origen de Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlúcar, la Sala de instancia responde que la Comisión Nacional de la Competencia sí puede incluir los acuerdos sobre cupos como una de las conductas que integran la infracción única y continuada que se imputa a las empresas; y ello por las siguientes razones: 1) El establecimiento del cupo sobre ventas no es una conducta independiente y aislada sino de un instrumento nuevo al servicio de los mismos interesados y el mismo fin consistente en la limitación de la oferta con el fin de incrementar los precios del producto BOB. 2) No se ha vulnerado el principio non bis in idem porque en este caso no se cumplen los requisitos de triple identidad ya que los sujetos infractores son distintos (en este caso distintas empresas del sector y dos instituciones sectoriales Fedejerez y el Consejo Regulador mientras que en la resolución sancionadora de 4 de junio de 2009 el único sujeto imputado y sancionado fue el Consejo Regulador, pues no se dirigió el procedimiento a otros sujetos); y la conducta sancionada también es distinta (en el caso presente un cartel o integrado por una pluralidad de conductas que integran una infracción única y continuada mientras que en la resolución de 4 de junio de 2009 expediente se sancionó al Consejo Regulador por aprobar y aplicar diversos acuerdos basados en cupos sobre ventas históricas de cada bodega de esta denominación de origen). Por tanto, nada

impide que se pueda sancionar ahora a los operadores económicos que han participado en el cartel, habiendo la Comisión Nacional de la Competencia limitado la responsabilidad del Consejo Regulador hasta junio de 2006 al entender que ya había sido sancionado por su conducta más allá de esa fecha”.

En segundo lugar, ESTÉVEZ alega que no participó en ninguna reunión durante el periodo entre septiembre de 2003 y abril de 2007.

Nuevamente, el hecho de que no se reuniera la Mesa del BOB durante un periodo de tiempo no conlleva que no existieran durante dicho período de tiempo actuaciones tendentes a conseguir el fin perseguido por las empresas participantes en este cártel, entre ellas, ESTÉVEZ, que si bien dejó de asistir temporalmente a las reuniones del cártel durante 2004, continuó intercambiando información con las demás empresas del cártel y respetando los clientes de éstas, continuando ESTÉVEZ en 2005 su participación en este cártel, participando en la reunión celebrada en septiembre de 2005¹⁴. De hecho, su nombre aparece en la presentación de la Mesa de Comercialización del Jerez en 2005 (folio 227) como bodega participante del acuerdo.

La sentencia de 27 de junio de 2012 del Tribunal General de la Unión Europea (Coats Holdings Ltd/Comisión), asunto T-439/07, considera también que la calificación de infracción única y continuada, en casos de una infracción que se prolonga a lo largo de varios años, debe mantenerse incluso si hay lapsos de tiempo más o menos largos, donde no hay evidencia de conducta anticompetitiva¹⁵:

“(…) En este sentido la sentencia del TGUE de 27 de junio de 2012 anteriormente citada establece (...) En el marco de una infracción que se prolonga a lo largo de varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, que pueden estar separados por lapsos de tiempo más o menos largos, no incide en la existencia de dicho acuerdo si las diferentes acciones que constituyen la infracción persiguen un único fin y se encuadran en el marco de una infracción de carácter único y continuado (...)”.

Además, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria a la que se ha remitido la CNMC, la Autoridad de Competencia debe basarse al menos en pruebas de hechos suficientemente próximos en el tiempo, de modo que pueda admitirse razonablemente que la infracción prosiguió de manera ininterrumpida entre dos

¹⁴ Correo electrónico interno de FEDEJEREZ de 11 de julio de 2005 y documento del CONSEJO REGULADOR denominado “PLANTEAMIENTOS GENERALES PARA LA CONSTITUCIÓN DE UNA MESA DE COMERCIALIZACIÓN DEL JEREZ”, recabados en la inspección de FEDEJEREZ (folios 219 a 227).

¹⁵ Sentencia de la AN de 9 de julio de 2013, en relación con la Resolución del Consejo de la CNC de 24 de junio de 2011, Expte. S/0185/09 Bombas de Fluidos.

fechas concretas, indicando también que la falta de prueba de la ejecución de un acuerdo por una empresa durante un determinado período no permite deducir la inexistencia de infracción por parte de dicha empresa durante el período de que se trate, careciendo de incidencia sobre la existencia de infracción (en concreto, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012, C-441/11 P, se consideró que la infracción se había mantenido a pesar de no contar con pruebas de su mantenimiento durante dos años)¹⁶:

“[...] el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencias Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 57, así como de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, C-105/04 P, Rec. p. I-8725, apartado 94).

(71) Tales indicios y coincidencias, evaluados globalmente, no sólo pueden revelar la existencia de acuerdos o prácticas contrarios a la competencia, sino también la duración de prácticas colusorias continuadas y el período de aplicación de acuerdos celebrados en contra de las reglas en materia de competencia (véase, en este sentido, la sentencia Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, antes citada, apartados 95 y 96).

(72) Por lo que respecta a la falta de prueba sobre la existencia de un acuerdo durante algunos períodos determinados o, al menos, en cuanto a su ejecución por una empresa durante un período concreto, procede recordar que el hecho de que no se haya aportado tal prueba para algunos períodos determinados no impide considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes. En el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban

¹⁶ Sentencias del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2011, Romana Tabacchi/Comisión, T-11/06; de 6 de diciembre de 2012, C-441/11 P y de 2 de febrero de 2014, AC- Treuhand AG/Comisión, T-27/10, a las que se ha remitido la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, entre otras, en su Resolución de 5 de marzo de 2015, Expte. S/0488/13 Concesionarios HYUNDAI.

en el marco de una infracción única y continuada (véase, en este sentido, la sentencia Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión, antes citada, apartados 97 y 98)."

En tercer lugar, ESTÉVEZ considera que no se le puede sancionar por eventuales conductas de otros actores, si bien hay abundantes elementos probatorios en el expediente que permiten acreditar la participación individual de ESTÉVEZ en el cártel, determinándose la responsabilidad de ésta en función de su propia participación en estos hechos, no siendo determinante para ello las actuaciones de las restantes operadoras.

Con su conducta ESTÉVEZ ha contribuido de manera efectiva a la comisión de la infracción, sin que conste acreditado que manifestara públicamente su separación de la actividad colusoria o su intención de dar por finalizada su participación en el cártel o dicha práctica fuera denunciada a las autoridades de competencia, tal y como ha señalado la jurisprudencia comunitaria¹⁷:

"(...) la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o sin denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y pone en riesgo que se descubra. Esta complicidad constituye un modo pasivo de participar en la infracción que puede conllevar, por tanto, la responsabilidad de la empresa en el marco de un acuerdo único."

Finalmente, ESTÉVEZ niega que se alcanzase un acuerdo en las reuniones en las que participó a partir de 2007. A este respecto hay que indicar que el concepto de acuerdo en el sentido del artículo 1 de la LDC es muy amplio, siendo suficiente para que exista el mismo el que las empresas en cuestión hayan expresado su voluntad común de comportarse en el mercado de una manera específica. Hay que tener en cuenta que las características concretas de los acuerdos colusivos son muy casuísticas en función de muchos factores: mercado afectado, características de los participantes, su número, etc., si bien el hecho de que existan características específicas que la jurisprudencia ha marcado en ocasiones, no implica que, en todo caso, deban apreciarse tales especificidades como condición para la existencia de los acuerdos en cuestión.

A efectos del artículo 1 de la LDC, existe un acuerdo cuando las partes se asocian en un plan común que limita o puede limitar su política comercial individual al determinar sus pautas de acción o abstención mutuas en el mercado, no siendo necesario que dicho acuerdo entre competidores conste por escrito, ni se requiere que éste sea formal, ni que se hayan establecido sanciones contractuales o medidas para asegurar el cumplimiento de lo acordado por las partes, pudiendo

¹⁷ Entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, asuntos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219-00 P, sentencia Aalborg.

ser dicho acuerdo explícito o estar implícito en el comportamiento de las partes, tanto una vez adoptado el acuerdo o en el proceso de negociación que conduzca al acuerdo definitivo, e incluso mantener una línea de conducta podría ser prueba del mismo, al analizar el carácter anticompetitivo de los acuerdos adoptados por el cártel. Bastaría con que las empresas participantes en el cártel hayan expresado su voluntad común de comportarse en el mercado de una manera determinada, tras una toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores, susceptible no ya de influir en el comportamiento de un competidor real o potencial, sino de desvelar a dicho competidor el comportamiento que se haya decidido o se pretenda seguir en el mercado.

Así se ha expresado la jurisprudencia comunitaria¹⁸, indicando que el concepto de acuerdo ha de ser interpretado en un sentido amplio, aunque en todo caso, debe haber una concordancia, expresa o tácita, de voluntades de los participantes de dicho acuerdo, lo que debe entenderse en el sentido de que todo operador debe definir de manera autónoma su política comercial, oponiéndose a cualquier toma de contacto directa o indirecta entre competidores que tenga por objeto o efecto influir en la conducta de un competidor real o potencial o desvelar a dicho competidor la conducta que se haya decidido adoptar o se tenga la intención de adoptar en el mercado¹⁹:

"(...) basta con que la Comisión demuestre que la empresa afectada ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente para probar satisfactoriamente la participación de dicha empresa en el cártel. Cuando la participación en tales reuniones ha quedado acreditada, incumbe a esta empresa aportar los indicios apropiados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia, probando que informó a sus competidores de que ella participaba en las reuniones con unas intenciones diferentes a las suyas (véase la sentencia del 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 81)."

Respecto a la alegada ausencia de concierto de voluntades en el segundo período del cártel, en su Resolución de 28 de julio de 2010 el Consejo de la CNC,

¹⁸ Asuntos acumulados 40-48/73, Suiker Unie y otros/Comisión y Sentencias del TPI de 24 de octubre de 1991, asunto Rhône-Poluenc/Comisión (T-1/189), de 26 de octubre de 2000, T-41/96, asunto Bayer y de 12 de julio de 2001, asuntos acumulados T-202/98, T-204/98 y T-207/98, Tate & Lyle v Comisión y Sentencia del TJCE de 11 de enero de 1990, C-277/87, asunto Sandoz de 6 de enero de 2004, asuntos acumulados C-2/01 P y C-3/01P.

¹⁹ Sentencia del TJCE de 19 de marzo de 2009, asunto C-510/06 P. y Resolución del Consejo de la CNC de 19 de febrero de 2009, Expte. 647/08 La Flor de Murcia/Damm.

remitiéndose a lo ya indicado en anteriores Resoluciones, reiteró que basta con un acuerdo tácito de voluntades de acordar conductas prohibidas²⁰:

“(...) el hecho de que no logren acuerdo sobre uno de los instrumentos del cártel no quiere decir que no exista un objetivo común planificado y que no se hayan coordinado para intentar implementarlo.

El acuerdo de voluntades ni siquiera requiere, para su prueba, de una manifestación explícita como a menudo nos recuerda la jurisprudencia, basta con un acuerdo tácito de dicha voluntad de acordar conductas prohibidas por la legislación de defensa de la competencia”.

De hecho, en el segundo período del cártel se formalizaron expresamente los objetivos del acuerdo BOB, en el documento “MESA DE COMERCIALIZACIÓN”, fechado el 30 de mayo de 2006, indicándose, literalmente, lo siguiente²¹:

“CONDICIONES DE PARTIDA:

Contingentación de la oferta total de vino de Jerez (Cupo)

Limitación de la compra de cupo ajeno (art. 32.1)

Establecimiento de controles y limitaciones de etiquetado (sub-registro BOB)

Formación de una mesa con todos los posibles jugadores, a dos niveles: comercial y gerencial

Objetivos:

Mantenimiento del Status-quo

Progresiva revalorización del negocio BOB

Funciones de la Mesa de Comercialización:

Lograr consenso sobre cuál es ese Status-quo

Establecimiento de precios-objetivo por mercados

Coordinación de la respuesta a los bids

Monitorización de la evolución del mercado

Pasos y calendario propuesto:

Aceptación de criterios establecidos.

²⁰ Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08 Vinos finos de Jerez.

²¹ Documento “MESA DE COMERCIALIZACIÓN” de 30 de mayo de 2006, recabado en las inspecciones de WH y GB (folios 49 y 160).

Información sobre los contratos en vigor: clientes, precios y plazos y de cualquier otra información relevante.

Presentación del “mapa” del BOB a nivel sectorial: volúmenes, precios, reparto de clientes por bodegas, vencimiento de los contratos, etc.

Reunión de comerciales y acuerdo sobre la hoja de ruta para lograr subidas de precio.

Propuesta a la mesa de gerentes y acuerdo de actuaciones.”

Precisamente, en relación con dicho documento, en la sentencia de la AN de 8 de marzo de 2013 (dictada en el ámbito del recurso contencioso-administrativo R 540/2010 interpuesto por WH en relación a su a participación en este cártel contra la citada Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010), se indica, literalmente, lo siguiente, en contestación a alegaciones similares presentadas por dicha empresa:

“En cuanto al período final, señala el recurrente que una lectura objetiva de los hechos demuestra que ninguno de los contactos o reuniones recogidos a partir de 2006 dieron lugar a acuerdo alguno entre W&H y el resto de las bodegas ya que se trata de actuaciones unilaterales y conversaciones que nunca llegaron a fructificar en ningún acuerdo. No comparte esta Sala este razonamiento ya que como consta en el expediente el 30 de mayo de 2006 se constituye la “Mesa de Comercialización” donde se definen las condiciones de partida, los objetivos (mantenimiento del statu quo y progresiva revalorización del negocio BOB), las funciones de la mesa y los pasos y el calendario propuesto celebrándose sucesivas reuniones en los años 2006, 2007 y 2008 en la que se van adoptando diversos acuerdos. En todo caso como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 16 junio 2011 en el asunto T-240/07, Heineken Nederland (45) Puede apreciarse la existencia de un acuerdo en el sentido del artículo 81 CE , apartado 1, cuando haya una concordancia de voluntades sobre el principio mismo de la restricción de la competencia y aunque los elementos concretos de la restricción planeada se estén aun negociando (véase, en este sentido, la sentencia HFB y otros/Comisión, citada en el anterior apartado 44, apartados 151 a 157 y 206)”.

Es más, en la reunión celebrada el 11 de abril de 2007 en la que participaron directivos de las empresas participantes en el cártel, entre ellas, ESTÉVEZ, como se constata en el correo electrónico enviado por el Director General de FEDEJEREZ a GB, BARBADILLO, WH, ESTÉVEZ y LUSTAU, las citadas empresas confirmaron su deseo de acatar los términos del acuerdo alcanzado por

éstas²², y para ello, adoptaron posteriormente los siguientes acuerdos, como se acredita por la información recabada en las inspecciones realizadas en las sedes de GB y FEDEJEREZ:

- Fijación del período temporal de este acuerdo, en un principio, hasta el 31 de agosto de 2008, posteriormente ampliado hasta septiembre de 2010²³.
- Pacto de no agresión, consistente en no presentar ofertas a clientes de las empresas participantes en este cártel²⁴.
- Subida de precios, manteniendo un precio mínimo de 1,10€ por botella y un progresivo aumento de los precios, llegándose a un acuerdo de precios mínimos para BOB de 1,25€ botella para el Reino Unido y de 1,10€ botella para el resto de Europa²⁵.
- Se acordó limitar el cupo de ventas y cantidades, estableciendo una política de restricción de la oferta a través de un cupo del producto BOB asignado a cada empresa participante en el cártel para su venta en mercados extranjeros (esto supuso bajar el cupo de 137 mil botellas a las 112 mil que eran las ventas en 2007, es decir, la reducción de los cupos a un 82%)²⁶.
- Intercambio de información sobre clientes²⁷.
- Intercambio de información sobre precios²⁸.

De hecho, consta el consentimiento expreso de ESTÉVEZ de su conformidad con los acuerdos adoptados, como se evidencia en el correo electrónico remitido por ESTÉVEZ a las demás entidades participantes en el cártel el 26 de octubre de

²² Correo electrónico enviado por el Director General de FEDEJEREZ a GB, BARBADILLO, WH, ESTÉVEZ y LUSTAU el 20 de abril de 2007, asunto “Acuerdos”, recabado en la inspección de GB (folio 168).

²³ Correos electrónicos internos de GB de 11 de abril, 23 de octubre, 2 de noviembre y 11 de diciembre de 2007, recabados en la inspección de GB (folios 139, 140, 142, 152 y 153).

²⁴ Correo electrónico interno de GB de 11 de diciembre de 2007, recabado en la inspección realizada en la sede de GB (folio 139).

²⁵ Correos electrónicos internos de GB de 11 y 20 de abril de 2007, recabados en la inspección realizada en la sede de GB (folios 150 y 152).

²⁶ Correos electrónicos internos de GB de 11 de abril y 2 de noviembre de 2007, recabados en la inspección de GB (folios 140 y 152).

²⁷ Correos electrónicos internos de GB de 21 de mayo y 2 de noviembre de 2007, recabados en la inspección de GB (folios 141, 148, 151 y 153).

²⁸ Correos electrónicos de FEDEJEREZ de 14 y 30 de abril de 2008, recabados en la inspección de FEDEJEREZ y correos electrónicos de 2 de noviembre de 2007 y 16 de enero de 2008, recabados en la inspección de GB (folios 210, 215 y 216, 141, 142 y 148).

2007, confirmando además el cumplimiento y ejecución de los acuerdos adoptados²⁹:

“(...) Por mi parte el acuerdo es una realidad y estamos ya ejecutándolo, cosa que podrás comprobar hablando con algunos. Dudo mucho que las empresas y las personas, que al igual que yo se manifestaron positivamente, “incluso con gestos poco habituales en estos días”, cambien de opinión.

Por lo tanto y para que tú y todos lo tengan claro, te reitero el serio compromiso adquirido por JESA y espero que pronto tengamos una respuesta positiva por parte de [GARVEY] tal y como te prometió en su día.”

Y así se confirmó en el correo electrónico interno de GB de 2 de noviembre de 2007, indicando que ESTÉVEZ (Real Tesoro), en cumplimiento de lo acordado por el cártel, había retirado la oferta realizada a un cliente de GB³⁰:

“(...) El 22 de Octubre llegamos al acuerdo de respetarnos por tres años, entre Real Tesoro, Williams & Humbert, Caballero y GB. Quedan pendiente de sumarse Garvey y Barbadillo, que al día de hoy, no han dicho nada.

Real tesoro me llama indicando que retira su oferta de sainsbury”.

En definitiva, a luz de las anteriores consideraciones no son aceptables a juicio de esta Sala las alegaciones de ESTÉVEZ que rechazan la infracción única y continuada, sin que, en ningún caso puede señalarse ni siquiera un distanciamiento público de ESTÉVEZ que pudiera eximirle de su responsabilidad en cuanto a su participación en el cártel, sino justamente lo contrario, comunicando a las demás empresas del cártel su conformidad expresa y la ejecución de los acuerdos adoptados.

4.3.- Efectos en el mercado

El artículo 1 de la LDC se refiere a cualquier práctica “que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional”. Atendiendo a la literalidad de este precepto y como ha reiterado el Consejo de la CNC³¹, para que exista infracción

²⁹ Correo electrónico de 26 de octubre de 2007 de ESTÉVEZ a GB, WH, LUSTAU y BELLAVISTA y ZRM y FEDEJEREZ, recabado en la inspección de WH (folio 129).

³⁰ Correo electrónico interno de GB, con asunto “BOB Sainsbury”, recabado en la inspección de GB (folios 142 y 153).

³¹ Entre otras, las Resoluciones del Consejo de la CNC de 31 de enero de 2010, Expte. S/0084/08 Fabricantes de Gel; de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/10, Transitarios; de 7 de febrero de 2011, Expte. S/0155/09 STANPA; de 26 de octubre de 2011, Expte. S/0192/09, Asfaltos; de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09, Hormigón y productos relacionados y de 2 de agosto de 2012, Expte. S/0297/10, Postensado y Geotecnia.

de las normas de competencia es suficiente que la práctica cumpla una de las siguientes tres premisas: que tenga por “objeto” impedir, restringir o falsear la competencia, aunque no lo consiga; que tenga el “efecto” de hacerlo, aunque no hubiera el propósito y que, sin producir el “efecto” ni perseguirlo, tenga “aptitud” para ello y así lo ha indicado también de forma reiterada la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC³².

Es decir, el tipo del artículo 1 de la LDC no exige la producción de efectos, sino que se perfecciona con la capacidad o aptitud de la conducta para producirlos, aunque no se manifiesten, pues las conductas que se consideran infracción por objeto tienen un potencial de distorsión de la competencia tal que exige a las autoridades de probar que efectivamente han causado perjuicio, como ha señalado expresamente el Consejo de la CNC³³:

“Si el análisis de tal aptitud llevara una conclusión afirmativa, no sería preciso buscar ni el efecto real ni una medida del mismo, pues ello sólo sería de utilidad para el cálculo de la sanción por el hecho de haber infringido, con su conducta, las normas de defensa de la competencia. Este es, según el criterio del Consejo, el análisis que procede hacer en atención a la jurisprudencia comunitaria existente al respecto”.

Así, tanto el Consejo de la CNC³⁴ como la jurisprudencia nacional y comunitaria han corroborado que de acreditarse que una conducta tiene un objeto contrario a la competencia no resulta necesario probar la existencia de efectos en el mercado, como indicó el TS en su sentencia de 18 de diciembre de 2007:

“En cuanto a las alegaciones de la actora de que su comportamiento no tuvo efectos negativos en el mercado puesto que ni tuvo reflejo en los precios ni en el reparto del mercado ni, finalmente, en que las empresas sancionadas mantuviesen, mejorasen o incrementasen su poder de mercado, basta señalar dos cosas. En primer lugar que la sanción de las conductas comprendidas en el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia no requiere que se hayan producido tales efectos, sino tan sólo que puedan producirlos, lo que evitaría ya tener que examinar dichos argumentos”.

Así pues, aunque no sea necesario demostrar los efectos anticompetitivos, habiéndole así reiterado el Consejo de la CNC y la Sala de Competencia del

³² Entre otras, Resoluciones de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 26 de junio de 2014, Expte. S/0445/12 Equipos contra incendios y de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 Palés.

³³ Entre otras, Resoluciones del Consejo de la CNC de 31 de enero de 2010, Expte. S/0084/08 Fabricantes de Gel y de 7 de febrero de 2011, Expte. S/0155/09 STANPA.

³⁴ Resoluciones del Consejo de la CNC de 14 de diciembre de 2011, Expte. S/0231/10 Productos Hortofrutícolas y de 27 de marzo de 2012, Expte. S/0237/10 MOTOCICLETAS.

Consejo de la CNMC respecto de las infracciones por objeto y, por tanto, conductas prohibidas con independencia de que los acuerdos anticompetitivos que lo conforman se hayan aplicado en todo o en parte, pues son conductas colusorias objetivamente no idóneas para generar mejoras sobre el bienestar de los consumidores y de la economía general³⁵, como ha quedado acreditado en el expediente, las empresas participantes en el cártel, entre ellas, ESTÉVEZ, llevaron a la práctica diversos acuerdos tendentes a coordinar sus actuaciones, eliminando la competencia entre ellas y adoptando posiciones comunes frente a clientes y otros competidores en relación con las exportaciones de vino con DD.O. Jerez y Manzanilla con marca blanca o marca de distribuidor (mercado BOB), debilitando o suprimiendo el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento competitivo del mercado afectado, dando lugar a un resultado colusorio, con el consiguiente perjuicio directo a sus clientes y a los consumidores.

El acuerdo adoptado por las empresas miembros del cártel, entre ellas ESTÉVEZ, consistió en el establecimiento de cupos en la exportación de vinos BOB, calculados en base a las existencias de cada bodega participante en el acuerdo y a las ventas medias de producto BOB en los mercados de exportación (Reino Unido, Alemania y Países Bajos), así como en la implantación de un sistema de compensación y la fijación de precios a través de la asignación de un precio mínimo de referencia para las ofertas a los clientes, un reparto de clientes e intercambio de información a fin de conseguir un seguimiento eficaz de todos los aspectos del acuerdo, con el objetivo de subir los precios.

La aplicación de este sistema de cupos en la exportación, supuso el establecimiento de una barrera a la expansión de las bodegas ya instaladas, así como el desincentivo a la entrada de otras nuevas, al basarse su cómputo en existencias y ventas históricas, en beneficio de las empresas participantes en el cártel, manteniendo el statu quo y asegurando los clientes de cada una de ellas. Además, el sistema de restricción mediante cupos asignados se ve afianzado por el método de compensación. En una segunda fase, una vez asignado un cupo discriminatorio para la producción de vino de Jerez, como se estableció en la Resolución del Consejo de la CNC de 4 de junio de 2009, dado que ya no era necesario el establecimiento de un cupo para la exportación, puesto que el cupo establecido a todo el Marco de Jerez restringía la posibilidad de exportar producto BOB a las cantidades exportadas los años anteriores (que estaban incluidas en el cupo total de comercialización de cada empresa), el acuerdo entre las empresas exportadoras de producto BOB se limitó a un reparto de clientes entre las empresas participantes en el cártel y a fijar un precio mínimo para el producto, lo

³⁵ Entre otras, Resoluciones del Consejo de la CNC de 12 de enero de 2012, Expte. S/0179/09, Hormigón y productos relacionados y de 25 de marzo de 2013, Expte. S/0316/10 Sobres de papel y Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC de 22 de septiembre de 2014, Expte. S/0428/12 Palés, remitiéndose a la Resolución de la CNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/10 Transitarios y a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2012, asunto Expedia Inc/Autorité de la concurrence y otros.

que suponía un aumento de los precios, que era el fin último de este cártel. Además, el reparto de mercados y de clientes supuso una traba a la libre competencia, pues esta política de restricción de la oferta permitió un mantenimiento elevado de los precios de forma artificial, con el consiguiente perjuicio al consumidor, como se ha acreditado en el expediente.

Así, en este caso no sólo se ha cumplido una de las tres premisas indicadas al principio, sino que se han cumplido las tres, dado que el acuerdo tenía por “objeto” falsear la competencia, tuvo el “efecto” de hacerlo y “aptitud” para ello, lo que deberá ser tenido en cuenta al fijar la sanción en aplicación de la LDC. Este cártel se llevó a la práctica desde un primer momento y, por lo tanto, tuvo efectos en el mercado, habiendo logrado no solo la subida de los precios de BOB sino también los de las marcas propias, como se indicó en la citada Resolución de 28 de julio de 2010:

“En el presente expediente, la constatación de que la conducta ha tenido efectos la han realizado los propios integrantes del cártel, pues en distintos documentos reconocen el éxito de la mesa BOB, al haberles permitido recuperar los precios en dicho mercado. Tan exitoso fue el cártel que ese incremento de precios fue precisamente la señal que atrajo a este mercado a operadores que no estaban presentes con anterioridad provocando con ello una presión competitiva que desestabilizó el acuerdo en 2004 y provocó el diseño de un nuevo instrumento para controlar la oferta y posibilitar de nuevo ese incremento de precios: el cupo discriminado por bodegas (...).”

Los incumplimientos puntuales por las empresas participantes en el cártel no implica que el cártel no tuviera efectos, ya que el conocimiento por parte de todas las empresas del comportamiento del resto de competidores, de su política comercial en relación a clientes, productos y cantidades tuvo el efecto de eliminar la incertidumbre entre las empresas participantes en el cártel, lo que les daba una ventaja competitiva respecto al resto de competidores en el mercado o a potenciales competidores que pudieran querer entrar en el mercado.

En todo caso, dentro del conjunto de posibles conductas colusorias, los acuerdos de reparto de mercado y de fijación de precios son considerados especialmente graves porque suprimen la competencia entre empresas en un elemento esencial para diferenciar las ofertas, como es el precio, impidiendo a los usuarios beneficiarse de los menores precios y condiciones que resultarían de la competencia efectiva entre oferentes.

La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC se ha pronunciado recientemente en cuanto a la valoración de los efectos de conductas colusorias señalando que³⁶:

“(...) dado su especial potencial de distorsión de la competencia, no se exige la prueba de efectos reales contrarios a la competencia cuando se ha determinado que éstas son restrictivas por su objeto. A los efectos de valorar las conductas previstas en el artículo 1 de la LDC, lo relevante es la aptitud para lograr el fin de falseamiento de la libre competencia, dado que el tipo infractor no requiere que se alcance la finalidad de vulneración de la libre competencia, basta que se tienda a ese fin en la realización de la conducta, tenga o no éxito la misma (así, Resolución del Consejo de la CNC de 27 de marzo de 2012, Expte, S/0237/10 Motocicletas, refrendada específicamente en este aspecto por la reciente SAN de 29 de abril de 2015).

(...) Es pacífico asimismo en la jurisprudencia comunitaria que todo cártel de fijación de precios, por su propia naturaleza, produce un falseamiento significativo de la competencia en el mercado considerado, que beneficia exclusivamente a las empresas participantes en los acuerdos conformadores de la infracción, en perjuicio directo de los clientes (Como señala la jurisprudencia comunitaria, sus “efectos anticompetitivos son tan evidentes que no requieren análisis económico alguno.” (Vid., entre otras, STJUE de 20 de noviembre de 2008, Asunto C-209/07, Carne de Vacuno y STJ de 13 de diciembre de 2012, asunto C-226/11, Expedia.)

Y así se indicó expresamente en la sentencia de la AN de 8 de marzo de 2013, dictada precisamente en el ámbito de uno de los recursos interpuestos contra la citada Resolución de 28 de julio de 2010, señalando lo siguiente:

“Hace referencia a la falta de efectos, pero ello en su caso será relevante para cuantificar el importe de la sanción pero no para determinar la existencia de la conducta anticompetitiva teniendo en cuenta que se trata de un infracción por objeto, de un cartel referido a la comercialización de los vinos de Jerez referidos a fijación de precios y reparto de mercado.

Como señala la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea 16 junio 2011 en el asunto T-240/07, Heineken Nederland “(325) Tampoco conviene olvidar que las prácticas colusorias horizontales

³⁶ Resoluciones del Consejo de la CNMC de 5 de marzo de 2015, Exptes. S/0486/13 Concesionarios Toyota, S/0489/13 Concesionarios Opel, S/0488/1313 Concesionarios Hyundai y S/0487/13 Concesionarios Land Rover, y de 28 de mayo de 2015, Expte. S/0471/13 Concesionarios Audi/Seat/VW.

de precios o de repartos de mercados, tipología ésta en la que encaja la infracción objeto del presente asunto, pueden ser calificadas de infracciones muy graves sobre la mera base de su propia naturaleza, sin que la Comisión esté obligada a demostrar las repercusiones concretas de la infracción sobre el mercado. Las repercusiones concretas de la infracción sólo constituyen un elemento entre otros que, si son determinables, puede permitir a la Comisión aumentar el importe de partida de la multa por encima del importe mínimo previsto de 20 millones de euros (sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2009 [TJCE 2009, 245], Prym y Prym Consumer/Comisión, C-534/07 P, Rec. p. I-7415, apartados 74 y 75).”

Sin perjuicio de lo anterior, las conductas analizadas en el presente expediente sancionador además de tener un objeto contrario a la competencia han tenido efectos en el mercado afectado por la conducta y está acreditada su existencia. Así, y tal y como afirma ESTÉVEZ en sus alegaciones, en el primer periodo del cártel los acuerdos adoptados implicaron una restricción de la producción, el reparto de clientes y la fijación de un precio mínimo, entre otras restricciones, teniendo como objetivo final precisamente el incremento de los precios y así se señaló en la citada Resolución de 28 de julio de 2010³⁷:

“(...) en el caso que nos ocupa ha habido efectos derivados de la infracción, han existido y está acreditada su existencia. Al menos durante los años 2001 a 2004 el cártel tuvo éxito en su objetivo, pues con él se consiguió recuperar los niveles de precios BOB. Durante esos años, y contra toda lógica basada en el razonamiento económico, un mercado en el que la demanda estaba reduciéndose año tras año, sus precios iban aumentando hasta recuperar los niveles de precios de épocas anteriores, épocas en las que la demanda era significativamente mayor.”

Por lo que respecta al segundo periodo, ESTÉVEZ alega que el hecho de que la propia CNC en la Resolución del expediente S/0091/08 señalase que los efectos “al menos para el primer periodo están perfectamente acreditados” mientras que en el segundo periodo “el efecto fue más limitado” o “no se consiguió totalmente el efecto deseado de la subida de precios” supone el reconocimiento implícito por parte del Consejo de la extinta CNC de la falta de efectos en el segundo periodo. Sin embargo, de estas afirmaciones no puede deducirse que los acuerdos adoptados no se ejecutaran en el segundo periodo, habiéndose indicado por la propia ESTÉVEZ la ejecución de los acuerdos adoptados en el segundo periodo en el correo electrónico enviado a las demás entidades participantes en el

³⁷ Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010, Expte. S/0091/08 Vinos finos de Jerez (folio 712)

cártel³⁸, como se ha reiterado en contestación a alegaciones anteriores, ni siquiera que no tuvieran efectos, sino únicamente que los efectos fueron más limitados en este segundo período.

De hecho, el citado correo electrónico enviado por ESTÉVEZ se emitió en contestación al enviado por el Director General de FEDEJEREZ en el que expresamente se señala el objetivo de los acuerdos adoptados, destacándose que sus efectos serán positivos para los miembros del cártel³⁹:

“(...) El objetivo; tratar (lograr) un acuerdo amplio, estable y duradero cuyos efectos serán positivos para todos vosotros (...)”.

Por todo ello podemos concluir que los acuerdos adoptados por las empresas del cártel tenían el claro objetivo de restringir la competencia y, por tanto, el de la obtención de beneficios ilícitos a costa de otros productores y de los consumidores. Las alegaciones de ESTÉVEZ en este ámbito, que insiste sobre la ausencia de acuerdo, ausencia de aptitud (ante la no participación de GARVEY y la escasa afectación sobre el mercado) y la ausencia de efectos en el segundo periodo pero sin aportar pruebas adicionales, han quedado suficientemente contestadas y rechazadas a la luz de anteriores párrafos, por lo que a la luz de los anteriores argumentos esta Sala no puede aceptar las alegaciones de ESTÉVEZ en este ámbito.

4.4.- Responsabilidad

Así pues, a la vista de lo actuado y de conformidad con el artículo 33.1 del RDC, los acuerdos descritos en esta Resolución se enmarcan en el artículo 1 de la Ley 16/1989, el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, en relación con los acuerdos adoptados desde mayo de 2001, manteniéndose en vigor dichos acuerdos hasta el 16 de julio de 2008, coincidiendo con las inspecciones realizadas, si bien la participación de ESTÉVEZ se limita desde noviembre de 2001 a julio de 2008, constituyendo una infracción única y continuada realizada durante la vigencia de la Ley 16/1989 y de la LDC.

Las prácticas analizadas en este expediente entran dentro de la definición de cártel, en cuanto que el objeto de las mismas consistió en la adopción de acuerdos entre las empresas participantes en el cártel, entre ellas, ESTÉVEZ, en relación con las exportaciones de vino con DD.O. Jerez y Manzanilla con marca blanca o marca de distribuidor, denominado mercado BOB, llevando a la práctica diversos acuerdos tendentes a coordinar sus actuaciones, eliminando la competencia entre ellas y adoptando posiciones comunes frente a clientes y otros

³⁸ Correo electrónico de 26 de octubre de 2007 enviado por ESTÉVEZ a GB, WH, LUSTAU y BELLAVISTA y ZRM y al Director General de FEDEJEREZ, recabado en la inspección de WH (folio 129).

³⁹ Correo electrónico de 26 de octubre de 2007 enviado por el Director General de FEDEJEREZ a GB, WH, ESTÉVEZ, LUSTAU y BELLAVISTA y ZRM, con asunto “Seguimiento de la Reunión de BOB del pasado Lunes 22”, recabado en la inspección de GB (folios 130 y 181).

competidores. Tal y como ha quedado acreditado, las empresas del cártel celebraron multitud de reuniones con el objetivo de mantener el statu quo en cuanto a los clientes y aumentar los precios BOB, lo cual se conseguía mediante la fijación de un precio mínimo y restringiendo la cantidad de producto presente en el mercado, limitando la competencia en la libre formación de los precios y revistiendo la aptitud suficiente como para alterar la libre competencia en el mercado, con la consecuente pérdida de independencia con la que deben actuar los operadores de un mercado.

Por su propia naturaleza, un cártel de la índole descrita en este expediente produce automáticamente un falseamiento significativo de la competencia, que beneficia exclusivamente a las entidades participantes en éste al darles una ventaja competitiva respecto al resto de competidores en el mercado afectado o a potenciales competidores que pudieran querer entrar en dicho mercado, pues un cártel afecta no sólo a sus partícipes, sino a todas las empresas competidoras presentes en el mercado y que no participan en éste, siendo sumamente perjudicial para sus clientes.

Si bien es cierto que la exigencia de autonomía derivada de la aplicación de la normativa de competencia no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, sí se opone a toda toma de contacto directo o indirecto entre operadores por la que se pretenda influir en el comportamiento en el mercado de un competidor actual o potencial, o desvelar a tal competidor el comportamiento que uno mismo va a adoptar en el mercado o que se pretende adoptar en él y que no se corresponderían a las condiciones normales de competencia en el mercado considerado. Se recuerda que el artículo 1 de la LDC prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional, y en términos similares se configura el artículo 101.1 del TFUE, reiterándose por la jurisprudencia comunitaria que para que exista acuerdo, a efectos del citado artículo, basta con que las empresas hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado⁴⁰.

QUINTO. OTRAS ALEGACIONES Y CUESTIONES SOLICITADAS EN LA FASE DE RESOLUCIÓN

5.1. Sobre la anulación, o en su defecto suspensión del procedimiento

⁴⁰ Sentencias del TPI de 17 de diciembre de 1991, Hercules Chemicals/Comisión, T-7/89; de 26 de octubre de 2000, Bayer/Comisión, T-41/96 y de 3 de diciembre de 2003, Volkswagen/Comisión, T-208/0130 y Sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión, 41/69 y de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck y otros/Comisión, 209/78 a 215/78 y 218/78.

En relación con la solicitud de anulación de las actuaciones o, en su defecto, su suspensión, por haber sido recurrida en casación la Sentencia de la AN de 26 de noviembre de 2013 y estar pendiente de fallo, ESTÉVEZ cita el artículo 91.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en el que se establece que *“El Juez o Tribunal denegará la ejecución provisional cuando pueda crear situaciones irreversibles o causar perjuicios de difícil reparación”*, puesto que entiende que la ejecución provisional de la Sentencia de la AN le genera gastos y perjuicios difíciles de resarcir.

En contestación a dicha alegación cabe señalar que la regla general contenida en el artículo 91.1 de la Ley 29/1998 es la ejecución provisional de la sentencia, indicándose expresamente que la preparación del recurso de casación no impide la ejecución de la sentencia recurrida. Así lo ha confirmado el TS, señalando que *“Una vez dictada sentencia, ésta es obligatoria y, como tal, ha de ser ejecutada por norma, sin ponderar entre perjuicios en el caso de retraso de la ejecución y perjuicios en el supuesto de ejecución inmediata. Por ello, debe existir una tendencia a la ejecución, que sólo será limitada cuando resulte susceptible de causar perjuicios de difícil o imposible reparación, en relación con la situación a que puede dar lugar, a juicio del órgano judicial”*⁴¹. Por tanto, como el propio ESTÉVEZ reconoce en sus alegaciones, *“recurrida la sentencia en casación el trámite a seguir es la ejecución provisional”*⁴², y precisamente en cumplimiento de lo dictado en la citada Sentencia de la AN de 26 de noviembre de 2013, se ha incoado este expediente sancionador contra ESTÉVEZ, al no haber transcurrido el plazo de prescripción.

Por otra parte, no se cumplen los requisitos señalados en el artículo 91.3 de la Ley 29/1998, pues la incoación de este expediente sancionador en ningún caso crea situaciones irreversibles ni causa perjuicios de difícil reparación para ESTÉVEZ, pudiendo ser en todo caso la Resolución adoptada por esta Sala de Competencia del Consejo de la CNMC sancionando a ESTÉVEZ recurrida ante la AN, pudiendo solicitar, además, la suspensión provisional de su ejecución ante la AN si así lo estimara oportuno. Cabe señalar que el artículo 91.3 de la Ley 29/1998 únicamente puede ser alegado ante el tribunal que dictó la sentencia de instancia y no en sede administrativa pues, como señala la doctrina, *“una vez impugnado el acto administrativo, todo lo que ocurra en relación con el mismo pertenece al ámbito del Juez de la ejecución, y no al de la Administración”*⁴³, hecho éste reconocido por ESTÉVEZ en sus alegaciones, cuando señala textualmente que debe estarse *“al criterio y resolución que al efecto establezca la Audiencia Nacional como sentenciadora provisional, a la que la Administración no puede ni debe hurtarle sus competencias”*⁴⁴.

⁴¹ Por todas, STS 8423/2011, de 1 de diciembre de 2011.

⁴² Escrito de alegaciones al PCH de ESTÉVEZ (folio 990).

⁴³ “La naturaleza jurídica de la ejecución provisional de las sentencias contencioso-administrativas”, ISAAC MARTÍN DELGADO, Boletín de la Facultad de Derecho, núm. 28, 2006.

⁴⁴ Escrito de alegaciones al PCH de ESTÉVEZ (folio 990).

Precisamente, los documentos incorporados al practicar la prueba solicitada por ESTÉVEZ acreditan que ESTÉVEZ solicitó a la AN la suspensión de la ejecución de la Resolución de 28 de julio de 2010 de la CNC, adoptándose dicha medida cautelar por la AN tras la aportación por ESTÉVEZ de la correspondiente fianza, por lo que en ningún caso se ha producido perjuicio alguno a ESTÉVEZ, no habiéndose ejecutado la citada Resolución y sin que de la incoación de este expediente sancionador, como ya se ha señalado, se derive perjuicio alguno a ESTÉVEZ. Por otra parte, no le consta a la Dirección de Competencia que ESTÉVEZ haya alegado ante la AN o el TS, tras dictarse la citada sentencia de la AN de 26 de noviembre de 2013 y la posterior interposición del recurso de casación contra dicha sentencia ante el TS, una situación irreversible o perjuicios de difícil reparación para evitar la ejecución provisional de dicha sentencia al recurrir ésta en casación. Por ello, se reitera, la CNMC se ha limitado a cumplir con la regla general recogida en el artículo 91.1 de la Ley 29/1998 que no es otra que la ejecución provisional de lo dictado en la citada sentencia.

5.2. Sobre la nulidad de la incorporación de información en este expediente

ESTÉVEZ considera que es nula tanto la incorporación a este expediente de la documentación recabada en las inspecciones de WH, GB y FEDEJEREZ, como del informe del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía emitido en el ámbito del expediente S/0091/08, pues no pueden incorporarse actuaciones propias del procedimiento caducado a un nuevo procedimiento, remitiéndose a jurisprudencia del TS para sostener la alegación.

En opinión de esta Sala la alegación no es aceptable por los motivos que a continuación analizamos en línea con lo argumentado por la DC al responder una alegación casi idéntica en la PR.

En primer lugar, la sentencia del TS citada por ESTÉVEZ en sus alegaciones, de 24 de febrero de 2004, señala literalmente lo siguiente en su fundamento jurídico octavo⁴⁵:

“(...) al declarar la caducidad la Administración ha de ordenar el archivo de las actuaciones (artículo 43.4 de la Ley 30/1992 en su redacción originaria; y artículo 44.2 de la misma Ley en la redacción ahora vigente), lo cual, rectamente entendido, comporta:

Que el acuerdo de iniciar el nuevo expediente sancionador (si llega a producirse) puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado. De lo contrario carecería de sentido aquel mandato legal. Afirmación, esta primera, que cabe ver, entre otras, en las sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de fechas 1 de octubre de 2001 (dos), 15 de octubre de 2001, 22 de octubre de 2001 y 5 de noviembre de 2001 .

⁴⁵ STS 1199/2004, de 24 de febrero.

Que en ese nuevo expediente pueden surtir efectos, si se decide su incorporación a él con observancia de las normas que regulan su tramitación, actos independientes del expediente caducado, no surgidos dentro de él, aunque a él se hubieran también incorporado. Concepto, éste, de actos independientes, que también cabe ver en las sentencias que acaban de ser citadas.”

Así pues, cabe señalar que la incorporación de la documentación procedente del Expte. S/0091/08 al Expte. S/DC/0517/14 se ha hecho con plena observancia de las normas que regulan su tramitación, concretamente del artículo 30 del RDC, pues dicha incorporación fue notificada con fecha 8 de julio de 2014 tanto a ESTÉVEZ⁴⁶, en su condición de interesado en este expediente, como a los terceros de los que procedía la información recabada en las inspecciones realizadas en el ámbito del Expte. S/0091/08, otorgándoles un plazo de 10 días para alegar cuanto estimasen conveniente en defensa de sus intereses, sin que por parte de ESTÉVEZ se realizara ninguna alegación a dicha incorporación dentro del plazo conferido para ello, ni tampoco por parte de WH y GB.

En cuanto a FEDEJEREZ, la citada entidad alegó que no se le había informado de las conductas investigadas en este expediente, por lo que no podía valorar la documentación recabada en la inspección realizada en su sede e incorporada a este expediente, ni la pertinencia de dicha incorporación, respondiéndole la DC que este expediente, como se había indicado en la nota de prensa publicada en la página web de la CNMC, se había incoado contra ESTÉVEZ en cumplimiento de lo indicado en la sentencia de la AN 26 de noviembre de 2013, señalando la caducidad de procedimiento sancionador en relación con el Expte. S/0091/08, pero no la prescripción de la infracción respecto de ESTÉVEZ.

En cuanto a la incorporación del informe del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía, es éste un trámite preceptivo establecido en el artículo 5. cuatro de la Ley 1/2002, de 21 de febrero y en el artículo 33.2 del RDC, dado que los hechos constitutivos de infracción inciden de forma significativa en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Por todo lo anteriormente mencionado se ha de rechazar la alegación de ESTÉVEZ en cuanto a la nulidad de este expediente como consecuencia de la incorporación de documentación obrante en el Expte. S/0091/08, más aún cuando ESTÉVEZ ha solicitado como prueba la incorporación a este expediente de más documentación obrante en el citado Expte. S/0091/08 en relación con los procedimientos judiciales abiertos seguidos ante la AN y el TS que traen causa del citado expediente, y por ello, se ha incorporado a este expediente como prueba la documentación que consta en la CNMC en el ámbito del Expte. S/0091/08 en relación al recurso contencioso-administrativo interpuesto por ESTÉVEZ ante la AN contra la Resolución de la CNC de 28 de julio de 2010 y tras

⁴⁶ Notificación a ESTÉVEZ de la incorporación de documentación procedente del Expte. S/0091/08 (folios 739 a 744).

dictar la AN sentencia el 26 de noviembre de 2013, del recurso de casación interpuesto por ESTÉVEZ.

5.3.- Pruebas

Como proposición de prueba única en su escrito de alegaciones a la PR ESTÉVEZ incluye la que denomina prueba “DOCUMENTAL/PERICIAL” consistente en la inclusión en el expediente de *“cuanta documentación y consideraciones obren en el presente expediente; cuanta documentación y consideraciones de hecho y de derecho, en tanto no sean desfavorables, obren en el expediente S/0091/08 y en todos los procedimientos judiciales abiertos y que traen causa en el mencionado expediente, seguidos ante la Audiencia Nacional y ante el Tribunal Supremo, rogando se interese testimonio por la Administración para la aportación e incorporación al presente expediente”*.

Asimismo la representación procesal de ESTÉVEZ reitera su alegación de improcedencia y nulidad respecto a la incorporación documental llevada a cabo por la DC, relativa a la documentación procedente de las inspecciones realizadas en WH, GB y FEDEJEREZ el 16 de julio de 2008, y a la incorporación del informe evacuado por el Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía.

Sin referencia concreta a ellos en su proposición de prueba ESTÉVEZ acompaña su escrito de alegaciones a la Propuesta de resolución de varios anexos, numerados como documentos 1 al 8, referidos a distintos correos electrónicos (doc. 1, 4, 5, 6, 7 y 8), un acta de la reunión extraordinaria de la Comisión Ejecutiva de Fedejerez de 17 de octubre de 2005 (doc. 2) y una fotocopia de una página del PCH del expediente S/0091/08 (doc. 3), que se incorporan al expediente para su valoración junto con el resto de la documentación incorporada al mismo.

ESTÉVEZ considera que procede la incorporación de todas y cada una de las proposiciones documentales y periciales solicitadas – y no sólo los que resultan de la Administración y no sólo los que resultan desfavorables a ESTÉVEZ, pues son necesarias para la comprensión global de los hechos y la valoración de los mismos, tanto por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC como por los órganos judiciales que pudieran revisar la resolución.

A la vista de la proposición de prueba descrita, la Sala observa que ESTÉVEZ reitera la prueba propuesta ante la DC en sus alegaciones al PCH, que fue contestada por el órgano instructor en los apartados (230) a (243) de la Propuesta de Resolución. En dicha propuesta de prueba ESTÉVEZ solicitaba que se incluyera en el expediente la documentación que fue presentada junto con el escrito de alegaciones al PCH en el S/0091/08 y los estudios e informes de precios medios incluidos en el Expte. 2779/07.

La Sala coincide enteramente con la valoración expresada por la DC en los citados párrafos de la Propuesta de Resolución respecto a las distintas pruebas solicitadas:

- Por lo que respecta a la solicitud de inclusión de documentación procedente del Expte. S/0091/08, la DC ya acordó, con fecha 2 de julio de 2014, incorporar al presente expediente (folios 18 a 727) la documentación relativa a ESTÉVEZ incluida en dicho expediente. Posteriormente, con fecha 20 de mayo de 2015, el órgano instructor accedió parcialmente a la prueba propuesta por ESTÉVEZ en sus alegaciones y acordó la incorporación de la documentación relativa al recurso contencioso-administrativo interpuesto por ESTÉVEZ contra la Resolución de 28 de julio de 2010 remitida a la CNMC (folios 1026-1035).

Igualmente –y aunque fueron presentados fuera del plazo establecido en el artículo 33.1 del RDC- la DC incorporó al expediente los documentos remitidos por ESTÉVEZ junto con su escrito de alegaciones a la práctica de prueba (folios 1041 a 1195), referidos a la demanda formulada por ESTÉVEZ ante la Audiencia Nacional, y los escritos de preparación e interposición de recurso de casación ante el Tribunal Supremo, habiendo sido valorados tanto por el órgano de instrucción como por esta Sala para la resolución del presente expediente.

A la vista de lo expuesto la Sala coincide con la DC en que se ha procedido a incorporar al presente expediente toda la documentación del Expte. S/0091/08 que guardaba relación con la empresa imputada y sobre dicha documentación se ha realizado la instrucción y valoración del expediente.

- Por lo que respecta a la información obrante en todos los procedimientos judiciales abiertos en los que son parte las restantes empresas sancionadas en el Expte. S/0091/08, la Sala también coincide con el criterio expresado por la DC respecto a la innecesariedad de su práctica, al no aportar valor añadido para la valoración de las conductas de ESTÉVEZ, toda vez que, de acuerdo con las sentencias emitidas en los citados procedimientos judiciales, los hechos declarados acreditados en el Expte. S/0091/08 no han sido puestos en cuestión en los citados procedimientos, por lo que no pueden afectar a la valoración de hechos realizada en el presente expediente ni de la responsabilidad de ESTÉVEZ sobre los mismos. Asimismo la absoluta falta de concreción de ESTÉVEZ acerca de los documentos a los que hace referencia su propuesta y la ausencia de todo razonamiento que explique la necesidad de su valoración imposibilita también su incorporación al presente expediente
- Por lo que respecta a los estudios e informes de precios medios incluidos en el Expte. 2779/07, la falta de concreción de ESTÉVEZ acerca de los

documentos a los que hace referencia su propuesta imposibilita su incorporación al presente expediente, que tampoco se considera necesaria ya que no fueron tenidos en cuenta para la calificación y sanción de las conductas en el Expte. S/0091/08 ni son necesarios para la resolución del presente expediente sancionador.

SEXTO. SANCIÓN

6.1.- Criterios para la determinación de la multa

El artículo 62.4.a) de la LDC establece que serán infracciones calificadas como muy graves las conductas que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.

El apartado c) artículo 63.1 de la LDC señala que las infracciones muy graves podrán ser castigadas con multa de hasta el 10 por ciento del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa, y en caso de que no sea posible delimitar el volumen de negocios, el apartado 3.c) señala que el importe de la multa será de más de 10 millones de euros.

Sobre la naturaleza del 10% (si se trata del máximo de un arco sancionador, o si hay que considerarlo como un límite o umbral de nivelación) se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de enero de 2015 (Recurso 2872/2013)⁴⁷, sentencia que ha sido ya analizada en las últimas resoluciones de este Consejo. Según el Tribunal Supremo, el proceso determinación de la multa debe necesariamente ajustarse a las siguientes premisas:

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

⁴⁷ También, en idéntico sentido, dos sentencias del Alto Tribunal de 30 de enero de 2015 (recursos 1476/2014 y 1580/2013) y otras posteriores.

- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, en este caso hasta el 10% por tratarse de una infracción muy grave, el artículo 63.1 de la LDC alude al "volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa", concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, "lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al "todo" de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de "volumen total" se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción". Rechaza así la interpretación según la cual dicho porcentaje deba calcularse sobre la cifra de negocios relativa al sector de actividad al que la conducta o infracción se constriñe.
- Dentro del arco sancionador que discurre hasta el porcentaje máximo fijado en el artículo 63 de la LDC, las multas deberán graduarse conforme al artículo 64 de la LDC, antes citado.
- Por último, el FD 9º de la sentencia insiste en la necesaria disuasión y proporcionalidad que deben guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, junto con la precisa atención a los criterios de graduación antes apuntados. Así, señala que "las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades [...] han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquéllas." Asimismo, precisa que la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia no puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad.

6.2. Elementos de graduación conducentes a concretar la escala de sanción.

Tal y como ya se ha señalado, la infracción que aquí se analiza se califica por la LDC como muy grave, a la que se asocia una multa de hasta el 10% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de las sanciones, esto es, 2014. En ese ejercicio, el volumen de negocios total de ESTÉVEZ ascendió a 42.896.679,17 euros (folio 983).

Como ya se ha señalado, dicho 10% debe concebirse como el límite máximo de una escala o arco sancionador que debe reservarse a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría.

El artículo 64 de la LDC señala que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios: a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción; b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; c) El alcance de la infracción; d) La duración de la infracción; e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables

En este caso, nos encontramos ante una infracción muy grave, ya que se trata de prácticas que entrarían dentro de la definición de cártel, en cuanto que el objeto de las mismas consistió en la adopción de acuerdos entre las empresas participantes en el cártel, entre ellas, ESTÉVEZ, en relación con las exportaciones de vino con DD.O. Jerez y Manzanilla con marca blanca o marca de distribuidor, denominado mercado BOB, llevando a la práctica diversos acuerdos tendentes a coordinar sus actuaciones, eliminando la competencia entre ellas y adoptando posiciones comunes frente a clientes y otros competidores. Tal y como ha quedado acreditado, las empresas del cártel celebraron multitud de reuniones con el objetivo de mantener el *statu quo* en cuanto a los clientes y aumentar los precios BOB, lo cual se conseguía mediante la fijación de un precio mínimo y restringiendo la cantidad de producto presente en el mercado, limitando la competencia en la libre formación de los precios y revistiendo la aptitud suficiente como para alterar la libre competencia en el mercado, con la consecuente pérdida de independencia con la que deben actuar los operadores de un mercado.

Por su propia naturaleza, un cártel de la índole descrita en este expediente produce automáticamente un falseamiento significativo de la competencia, que beneficia exclusivamente a las entidades participantes en éste al darles una ventaja competitiva respecto al resto de competidores en el mercado afectado o a potenciales competidores que pudieran querer entrar en dicho mercado, pues un cártel afecta no sólo a sus partícipes, sino a todas las empresas competidoras presentes en el mercado y que no participan en éste, siendo sumamente perjudicial para sus clientes.

Los acuerdos adoptados por el cártel en el que participó ESTÉVEZ consistieron en establecer cupos o cuotas de exportación para cada participante del cártel, la implantación de un sistema de compensación y la fijación de precios a través de la asignación de un precio mínimo de referencia para las ofertas a los clientes, reparto de clientes e intercambios de información cuyo propósito final era subir los precios. El cártel no sólo tuvo por objeto falsear la competencia, sino que tuvo el efecto de hacerlo y aptitud para ello, al concentrar las bodegas miembros del cártel alrededor del 90% de las exportaciones del mercado BOB.

En distintos documentos del expediente se reconoce el éxito de la mesa BOB, al haberles permitido recuperar los precios en dicho mercado. Tan exitoso fue el cártel que ese incremento de precios fue precisamente la señal que atrajo a este

mercado a operadores que no estaban presentes con anterioridad, provocando con ello una presión competitiva que desestabilizó el acuerdo en 2004 y provocó el diseño de un nuevo instrumento para controlar la oferta y posibilitar de nuevo ese incremento de precios: el cupo discriminado por bodegas. Los acuerdos tuvieron como resultado un incremento de manera artificial del precio del producto BOB con un impacto directo sobre los consumidores de las empresas participantes en el cártel e indirectos sobre los consumidores de dicho producto durante toda la vigencia temporal del cártel.

Por otra parte, la infracción ha tenido efectos en otros países de la Unión Europea, ya que las marcas blancas o de distribuidor de los citados vinos con denominación de origen Jerez y Manzanilla se comercializan fundamentalmente en Reino Unido, Alemania y Holanda y, en menor proporción, Bélgica.

En lo que se refiere a la duración de la conducta, como ya hemos señalado en la resolución, ésta se habría extendido al menos desde noviembre de 2001 hasta el 16 de julio de 2008.

La Dirección de Competencia recuerda que, a la hora de determinar el importe de la sanción, y como ya se indicó respecto de algunas de las empresas participantes en el cártel del Expte. S/0091/08 Vinos finos de Jerez, conviene tener en cuenta que ESTÉVEZ formó parte del denominado “núcleo duro” del cártel, tanto por la duración de su participación en el cártel como por el papel desarrollado en dicho cártel a lo largo de todo su período de vigencia, aunque la Dirección de Competencia no deriva de este hecho que dicha empresa, al igual que las demás que formaban parte de dicho “núcleo duro”, puedan ser consideradas responsables o instigadoras del cártel.

ESTÉVEZ alega, de cara a la determinación de la sanción, una serie de atenuantes: prescripción del primer periodo, escasa importancia en el mercado de referencia, nula producción de efectos ni aptitud para provocar efectos, colaboración y no obstrucción durante la instrucción, la situación de crisis del sector, confianza legítima. Esta Sala, de acuerdo con los argumentos expuestos en esta Resolución y en la Resolución de 28 de julio de 2010 (expediente Vinos finos de Jerez), concluye que ninguno de ellos es aceptable por los motivos que se exponen a continuación:

En relación con la existencia de crisis en un sector como pretendida justificación de la creación de un cártel, se trata de un tema antiguo en el ámbito de la defensa de la competencia, e igual de antigua la fundamentación para el rechazo de tal alegación a través de la sentencia T-217/03 y T- 245/03. En dichas sentencias el TG redujo el nivel de la sanción impuesto por la Comisión atendiendo a las circunstancias económicas especiales del caso. Las circunstancias a las que se referían eran notablemente distintas a las que concurren en el presente expediente, pues la crisis que el sector estaba experimentando en el momento de la infracción respondía a una situación de crisis súbita y coyuntural motivada por la existencia de una enfermedad humana, de trágicas consecuencias, que era transmitida por la carne de vacuno. La consecuencia fue un descenso drástico y

concentrado en el tiempo del consumo de carne de vacuno. No puede decirse que la crisis que asiste al mercado del vino de Jerez pueda ser catalogada de igual manera, pues se trata de un sector que en los últimos treinta años viene asistiendo a un decrecimiento sostenido de la demanda, y cuya oferta podía haberse ido adaptando a esa demanda siguiendo las leyes propias de la oferta y la demanda por las que un sector en competencia debe guiarse, en lugar de mantener los precios artificialmente altos a base de restringir la oferta, repartirse el mercado y acordar los precios mínimos.

Tampoco es aceptable la falta de efectos como criterio atenuante pues en el expediente constan acreditados. En efecto, al menos durante los años 2001 a 2004 el cártel tuvo éxito en su objetivo, pues con él se consiguió recuperar los niveles de precios BOB. Durante esos años, y contra toda lógica económica, un mercado en el que la demanda estaba reduciéndose año tras año, vio cómo sus precios iban aumentando hasta recuperar los niveles de precios de épocas anteriores, en las que la demanda era significativamente mayor. Cuestión distinta es que se haya procedido a cuantificar dicho efecto. En algunos documentos se establece que el precio anterior al acuerdo de cártel era del orden de 12 €/caja, aunque se habla también que algunos operadores estarían vendiendo a 10 €/caja. En las condiciones iniciales del acuerdo de 2001 se establece como precio de referencia el de 17 €/caja (2.800 ptas), y en correos de 2003, cuando se constata el éxito del cártel, y antes de observar la entrada al mercado de operadores externos a éste, se habla de intentar subir el nivel de precios hasta los 21 €/caja (3.500 ptas). Ante estos hechos, la alegación de ausencia de beneficios ilícitos queda igualmente refutada.

En relación a la consideración de la conducta prescrita, tampoco es admisible, como hemos respondido anteriormente en esta Resolución: existen tres periodos del cártel, el primero entre 2001 y 2004, un periodo de reflexión entre 2004 a mediados 2005, y un periodo de revitalización desde mediados 2005 a julio 2008, todos ellos vinculados entre sí en una finalidad común que es limitar la oferta para incrementar los precios del producto BOB.

Respecto a la alegada colaboración con la DC más allá de lo exigible por la LDC, la propia DC ya ha respondido la misma alegación para otros imputados en el expediente S/0091/08 Vinos de Jerez, indicando que no ha encontrado dicha circunstancia en ninguna de las imputadas en el expediente, por lo que esta Sala no ve indicio alguno para cambiar dicha valoración.

6.3. Sanción a imponer

De conformidad con lo anterior, esta Sala considera que procede imponer a ESTÉVEZ una sanción por importe de 1.715.867 euros, que supone un 4,0% del volumen de negocios total en 2014. Esta multa resulta de un procedimiento sancionador iniciado *ex novo*, por lo que no procede aplicar la prohibición de *reformatio in peius*.

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar acreditado en el presente expediente la existencia de una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y del artículo 101 del TFUE, en los términos expuestos en el Fundamento de derecho cuarto de esta Resolución.

SEGUNDO.- Declarar responsable de la citada infracción a BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ, S.A.

TERCERO.- Imponer a BODEGAS JOSÉ ESTÉVEZ, S.A. multa de 1.715.867 euros.

CUARTO.- Instar a la Dirección de Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

QUINTO.- Declarar confidencial la información a la que hace referencia el Fundamento de Derecho 5.2 de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y notifíquese a los interesados haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.