

# EL ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LA CONDENA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA EN EL CÁRTEL DE LA UVA Y DEL MOSTO DE JEREZ: COMENTARIO A LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 2011, EXP. S/0167/09

FRANCISCO MARCOS FERNÁNDEZ  
*IE Law School (Madrid)*

Este trabajo ha obtenido el *Accésit Premio Estudios Financieros 2012* en la Modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Alfonso CANDAU PÉREZ, doña Carmen ALONSO LEDESMA, don Alberto ALONSO UREBA, don Ángel CARRASCO PERERA y don Daniel RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

## **Extracto:**

LA Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de octubre de 2011 condena a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía por su implicación en el cártel de la uva y del mosto de Jerez. Este pronunciamiento supone una extensión inadmisibles del ámbito de aplicación subjetivo de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas contenidas en la Ley de Defensa de la Competencia y en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Aunque la conducta de la Junta era reprochable, las autoridades administrativas de defensa de la competencia no están habilitadas o legitimadas legalmente para sancionar un ejercicio irregular y desviado de potestades públicas que favorezca o promueva un cártel.

**Palabras clave:** defensa de la competencia, España, cártel, poderes públicos.

**THE SUBJECTIVE AREA OF APPLICATION OF THE LAW OF  
DEFENSE OF THE COMPETITION AND THE SENTENCE OF THE  
ANDALUCIA'S REGIONAL IN THE CARTEL OF THE GRAPE AND  
OF THE MUST OF SHERRY: COMMENT TO THE DECISION OF THE  
SPANISH NATIONAL COMPETITION COMMISSION OF 6 OCTOBER  
2011. EXPEDIENT S/0167/09**

**FRANCISCO MARCOS FERNÁNDEZ**  
*IE Law School (Madrid)*

Este trabajo ha obtenido el *Accésit Premio Estudios Financieros 2012* en la Modalidad de **DERECHO CIVIL Y MERCANTIL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Alfonso CANDAU PÉREZ, doña Carmen ALONSO LEDESMA, don Alberto ALONSO UREBA, don Ángel CARRASCO PERERA y don Daniel RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

**Abstract:**

The Decision of the Spanish National Competition Commission of 6 October 2011 convicts Andalucía's Regional Department of Agriculture and Fisheries for its involvement in the Jerez grapes and grape must's cartel. This administrative ruling is an erroneous extension of the personal scope of the competition rules contained both in the Spanish Competition Act and in the EU Functioning Treaty. The Department's conduct was reprehensible, but the Spanish Competition Commission is not legally entitled to sanction an irregular or diverted exercise of public powers that favors or promotes a cartel.

**Keywords:** competition law, competition policy, Spain, cartel, public authorities.

# Sumario

## Introducción.

1. El cártel de la uva y del mosto de Jerez.
2. La competencia de la Comisión Nacional de Competencia y la aplicabilidad del Derecho comunitario de la competencia.
3. Regulación y defensa de la competencia en el sector vitivinícola.
  - 3.1. Regulación agrícola comunitaria y defensa de la competencia.
  - 3.2. La organización común del mercado del vino y la defensa de la competencia.
  - 3.3. La legislación española en materia de contratación y contratos-tipo de productos agroalimentarios.
  - 3.4. El cártel de la uva y del mosto de Jerez como cártel de crisis.
4. La promoción o patrocinio de prácticas anticompetitivas por las autoridades públicas.
5. La protección de la confianza legítima.

## Conclusiones.

**NOTA:** Se agradecen los comentarios de Albert SÁNCHEZ GRAELLS y Ainhoa VEIGA TORREGROSA. Las opiniones y eventuales errores son responsabilidad exclusiva del autor.

*«Rara vez suelen juntarse las gentes ocupadas en la misma profesión u oficio, aunque solo sea para distraerse y divertirse, sin que la conversación gire en torno a alguna conspiración contra el público o alguna maquinación para elevar los precios. En rigor, es imposible impedir esas reuniones por medio de una ley viable, o que sea compatible con la libertad y la justicia. Pero si la ley no puede impedir que las gentes de la misma profesión se reúnan algunas veces, por lo menos no debe hacer nada para facilitarlas, y, mucho menos, para convertirlas en necesarias»*

A. SMITH, Cap. X, Parte II, Libro I.  
*Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*,  
trad. G. FRANCO, Fondo de Cultura Económica, México, 1958, pág. 125.

## INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, la consideración más controvertida realizada en la reciente resolución de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de 6 de octubre de 2011 (Expte. S/0167/09 Productores de Uva y Vinos de Jerez) es la imputación y condena (aunque sin sanción) a la Junta de Andalucía por su intervención facilitadora del cártel que dominó la venta de la uva y del mosto destinado a la elaboración de productos con denominación de origen Jerez y Manzanilla entre 2002 y 2007<sup>1</sup>. Sobre este particular, la vocal ponente de la resolución emitió un voto particular, en el que discrepa de la mayoría al considerar a la CNC incompetente para declarar una eventual infracción de la legislación de defensa de la competencia por la Administración autonómica andaluza. Este trabajo analiza la cuestión y sostiene que la postura y la argumentación del voto particular es la correcta.

Para concluir lo anterior parece necesario estudiar previamente de manera breve y concisa las circunstancias del caso y la eventual implicación en los mismos de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía (*infra* §1). Esa intervención pública se relaciona con la problemática aplicación de las normas de defensa de la competencia del sector vitivinícola en la medida que exista regulación sectorial específica (*infra* §3). Adicionalmente, la descentralización en la aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) en España llevó a que los operadores implicados en el cártel cuestionaran la competencia de la CNC para resolver el asunto y la eventual afectación al comercio entre los Estados miembros del cártel en cuestión, que suscitó la aplicación del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>2</sup> (*infra* §2).

<sup>1</sup> Aunque el inicio del acuerdo se remontaría a 1991, la imputación y ulterior condena de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía de conformidad con la propuesta de la DI (AH 58, RCNC de 6.10.2011, *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, Exp. S/0167/09) se limitó a esos años (FD 12.º, RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09).

<sup>2</sup> La versión consolidada del TFUE fue publicada en DOUE núm. C-115, de 9.5.2008, págs. 45-199.

Sentados los hechos del caso, el entorno normativo en que tuvo lugar el cártel y la competencia de la CNC para enjuiciarlo, este artículo reflexiona sobre las alternativas disponibles frente a la promoción y patrocinio por los poderes públicos de conductas anticompetitivas, como la Consejería de Agricultura y Pesca en este caso (*infra* §4). Finalmente, procede examinar en qué medida la intervención de la Junta de Andalucía pudiera haber engendrado una confianza legítima en las empresas y operadores implicados, susceptible de excluir su culpabilidad y –por ende– una sanción (*infra* §5).

## 1. EL CÁRTEL DE LA UVA Y DEL MOSTO DE JEREZ

En los últimos años la CNC ha sancionado diversas prácticas anticompetitivas relacionadas con varios aspectos de la producción y comercialización del vino de Jerez (lo que se conoce como «marco de Jerez»<sup>3</sup>). La industria del vino no ha estado exenta de problemas *antitrust* en otros países<sup>4</sup>. De hecho, el caso señero del que arranca la doctrina norteamericana de la acción del Estado para la exención de ciertas prácticas anticompetitivas en Derecho federal norteamericano afectaban a medidas de control de la comercialización de uvas adoptadas por el Estado de California<sup>5</sup>.

En cambio, en España una denuncia del Complejo Bodeguero Bellavista, SL y Zoilo Ruiz Mateos, SL, contra el Consejo Regulador de la Denominación de Origen Vinos de Jerez-Xérès-Sherry y Manzanilla de Sanlúcar de Barrameda (por el reparto de mercado instrumentado a través de un sistema de cupos por bodega<sup>6</sup>) motivó una ulterior solicitud de clemencia por los denunciados gracias a la que se descubrió el cártel del vino de Jerez<sup>7</sup>, que dio lugar a la inspección de diversas empresas en julio de 2008<sup>8</sup>.

<sup>3</sup> Alude al territorio vitivinícola de unas 18.000 hectáreas situado en las provincias de Cádiz y Sevilla, donde se produce y se cría el vino jerez (comprende los municipios de Jerez de la Frontera, Sanlúcar de Barrameda, El Puerto de Santa María, Trebujena, Chiclana de la Frontera, Puerto Real, Rota, Chipiona y Lebrija). Las características meteorológicas y la composición del suelo de esta zona influyen en la calidad y maduración de las uvas empleadas para elaborar los vinos y vinagres de Jerez. Adicionalmente, la situación geográfica y la orientación es también determinante del método de crianza «bajo velo» o «en flor», que se realiza en las localidades de Jerez, Sanlúcar y El Puerto.

<sup>4</sup> En Estados Unidos, por ejemplo, sobre la acusación de fijación de precios por los viticultores californianos, véase T. PINNEY, «A History of Wine in America. From Prohibition to the Present», *U. California Press*, Berkeley-Los Ángeles, 2005, pág. 114.

<sup>5</sup> Parker, Director of Agriculture, *et al. v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943), el Congreso del Estado de California había autorizado un complejo sistema de comercialización de uvas que eliminaba la competencia entre los productores (id., 346-348). El sistema estaba diseñado para estabilizar los precios de la uva mediante la regulación de la producción de cada viticultor, con el objetivo de resolver una sobreproducción crónica de casi la mitad de la cosecha todos los años (id., 364).

<sup>6</sup> RCNC de 4.6.2009, *Consejo Regulador de Denominación de Origen Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlúcar*, Exp. 2779/07 (ponente M. Cuerdo Mir). La Audiencia Nacional confirmó esta resolución mediante SAN –Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 6.ª– de 22 de noviembre de 2011, aunque redujo el importe de la multa impuesta por la CNC de 400.000 euros a 100.000 euros al apreciar diversos atenuantes en la conducta del Consejo Regulador y aplicado de manera «más ajustada» (sic) el principio de proporcionalidad.

<sup>7</sup> RCNC de 28.7. 2010, *Vinos finos de Jerez*, Exp. S/0091/08 (ponente P. Sánchez Núñez).

<sup>8</sup> AH 1 de RCNC de 6.10.2011, *Productores de Uva y Vinos de Jerez*, Exp. S/0167/09 (ponente M.J. González). FEDEJEREZ presentó recurso contra esas inspecciones, que fue desestimado por la RCNC de 29.3.2010, Exp. R/0037/10 (ponente I. Gutiérrez Carrizo), confirmada por SAN –Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 6.ª– de 4.3.2011).

A partir de esas inspecciones, la CNC tuvo conocimiento de un presunto acuerdo para la fijación de precios de la uva y del mosto de Jerez<sup>9</sup>, incoándose el correspondiente expediente sancionador el 17 de febrero de 2010.

En el expediente sancionador inicial figuraban, como imputados, la Federación de Bodegas del Marco de Jerez (FEDEJEREZ), la Unión de Agricultores y Ganaderos de Andalucía (UAGA-COAG), la Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores (ASAJA), AECOVI, la Asociación de Artesanos del Jerez y la Manzanilla (ARJEMAN) y el Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen Jerez-Xérès-Sherry, Manzanilla de Sanlúcar de Barrameda y Vinagre de Jerez<sup>10</sup>. El 21 de diciembre de 2010, el expediente se amplió a otras organizaciones de agricultores y a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía<sup>11</sup>.

Los acuerdos a través de los que se materializó un auténtico cártel se habrían celebrado, bajo la denominación de acuerdos o planes sectoriales o de reconversión del marco de Jerez, por los productores de uva y mosto de Jerez<sup>12</sup>, los transformadores y los bodegueros, con la participación del Consejo Regulador y de la Consejería. Por virtud de esos acuerdos, cuya vigencia se extendió entre 1991 y 2009, los agentes del marco de Jerez restringieron la competencia en el mercado de la uva y del mosto de Jerez. Las inspecciones de la CNC motivaron la terminación del cártel en marzo de 2009<sup>13</sup>.

Al parecer, inicialmente los acuerdos fueron auspiciados por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación en 1991 y 1992, plasmándose incluso en Órdenes Ministeriales, con vigencia de cuatro años. Desde 1997 se celebraron nuevos acuerdos con diferente duración<sup>14</sup>, a través de los cuales se fijaron los precios de la uva y del mosto de Jerez (en función de que fueran o no calificados, o destinados a vinagre). Entre las medidas del plan estratégico 2002-2006 se incluía la creación de una Comisión de Seguimiento presidida por el Secretario General de Agricultura y Ganadería de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, que asumía también

<sup>9</sup> En el fondo, los tres expedientes sancionadores que la CNC resolvió en 2009, 2010 y 2011 están íntimamente relacionados (y, sobre todo, los de 2009 y 2010), como la CNC explica en la RCNC de 28.7.2010, Exp. S/0091/08, porque «el exceso de oferta (en el mercado de los vinos de Jerez con marca) fue canalizado a través de un mayor desarrollo del mercado BOB» (FD 4.º, párrafo 9).

<sup>10</sup> AH 13 de RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09.

<sup>11</sup> AH 34 de RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09.

<sup>12</sup> En el caso de los productores de uvas adscritos a la Denominación de Origen de Jerez y Manzanilla, según la CNC (HP 12 de RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09), más del 40 por 100 de los viticultores están asociados a las siete cooperativas del marco de Jerez, aproximadamente el 30 por 100 están integrados verticalmente en las bodegas y en torno al 20 por 100 restante son viticultores independientes. Véase Consejería de Agricultura y Pesca, Junta de Andalucía (Empresa Pública Desarrollo Agrario y Pesquero) *Diagnóstico del sector vitivinícola y de las bodegas en el Marco de Jerez*, julio de 2002, págs. 23-25.

<sup>13</sup> HP 48 de RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09.

<sup>14</sup> En concreto: acuerdo sectorial 1997-2001 [HP 18-25 y FD 4.º A) de RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09]; plan estratégico sectorial 2002-2006 [HP 26-82 y FD 4.º B) de RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09]; y acuerdo sectorial 2006-2008 [HP 83-107 y FD 4.º C) y D) de RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09].

«la labor de arbitraje ante las disparidades que puedan producirse en cuanto a la interpretación de los acuerdos sectoriales adoptados y al cumplimiento de las bases del Plan Estratégico»<sup>15</sup>.

## 2. LA COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE COMPETENCIA Y LA APLICABILIDAD DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA

Las actividades descritas constituyen un pacto de fijación de precios que falsea la competencia en el mercado de la uva y del mosto de Jerez. Las normas de defensa de la competencia prohíben este tipo de acuerdos, pero en este caso concreto debía decidirse si procedía aplicar el artículo 101 del TFUE –porque la conducta afectara al comercio entre los Estados miembros– o exclusivamente la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC)<sup>16</sup> –porque se tratara de una conducta puramente doméstica–.

En principio, la determinación del Derecho sustantivo aplicable no habría de tener mayor relevancia, pues la formulación e interpretación de las normas es coincidente, como lo son las consecuencias punitivas. Sin embargo, la aplicabilidad de las normas del TFUE excluye las competencias de las autoridades autonómicas de defensa de la competencia.

En efecto, la regla de atribución competencial, vigente en el sistema de aplicación administrativa descentralizada en España excluye la competencia autonómica sobre los asuntos en los que proceda aplicar el TFUE [art. 24 c) LDC]. Así, si las prácticas en cuestión afectan al comercio entre los Estados miembros, procedería aplicar el artículo 101 del TFUE junto con el artículo 1 de la LDC, y ello supondría la competencia exclusiva de la CNC.

La casi totalidad de los operadores imputados en el cártel suscitaron la duda sobre la posible competencia de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA) sobre el cártel, considerando que las prácticas enjuiciadas no afectaban al comercio intracomunitario<sup>17</sup>. Sin embargo, más de un 70 por 100 de la producción de vinos de Jerez se destina a la exportación a otros países de la UE (principalmente Gran Bretaña, Holanda y Alemania)<sup>18</sup>, y los efectos del cártel de la uva y del

<sup>15</sup> HP 41, HP 45 y HP 46 de RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09. Una muestra del relevante rol asumido por la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía se produjo en octubre de 2004, cuando puso de relieve «la necesidad de revisar el plan tras haberse constatado el incumplimiento de los acuerdos por parte de alguno de los firmantes, con cooperativas que estaban vendiendo por debajo del precio fijado en el Plan» (subrayado en el original) (HP 57 de RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09). Con ocasión del acuerdo sectorial 2006 se contemplaba incluso la posibilidad de obtener cierto apoyo financiero de la Junta (HP 92 de RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09).

<sup>16</sup> BOE núm. 159, de 4.7.2007, págs. 28.848-28.872.

<sup>17</sup> Así, tanto FEDEJEREZ, ARJEMAN, ASEVI-ASAJA, UAGA-COAG CÁDIZ y el Consejo Regulador, véanse: AH 51-55 de RCNC de 6 de octubre de 2011, Exp. S/0167/09 (ya que «al producirse los hechos en el territorio del marco de Jerez debería ser la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, al ser la autoridad mejor situada»). Curiosamente, la propia Agencia andaluza se interesó por el expediente a principios del mes de marzo de 2010 (véase AH 20). La CNC ya rechazó esta alegación en el FD 2.º *in fine* de la RCNC de 29 de marzo de 2010.

<sup>18</sup> HP 13 y FD 6.º de la RCNC de 4.6.2009, Exp. 2779/07. Véase también HA 2.3 y FD 1.º, párrafo 2 de la RCNC de 28.7.2010, Exp. S/0091/08. Así se suele reconocer en los estudios sobre el particular, véanse Consejería de Agricultura y

mosto de Jerez en el precio final del vino eran muy previsibles, con lo que el alcance supranacional de las conductas enjuiciadas parece obvio<sup>19</sup>. Ello, por tanto, debería conducir a la ineludible aplicación del artículo 101 del TFUE. En tal caso, el sistema de aplicación administrativa descentralizada vigente solo contempla la intervención autonómica mediante un informe preceptivo sobre las conductas investigadas cuando tuvieran incidencia en el territorio autonómico (arts. 5.cuatro Ley 1/2002 y 33.2 RDC)<sup>20</sup>.

En suma, el planteamiento de la CNC para resolver la cuestión competencial suscitada en este expediente parece el correcto. No hace más que seguir el modelo legalmente previsto. Es cierto que, con carácter general, puede discutirse la eficiencia de la regla que vincula la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE con la exclusión de las competencias autonómicas para aplicar esos preceptos. Un aprovechamiento adecuado de los recursos haría razonable reconocer la competencia autonómica para aplicarlos como ocurre con cualquier otra norma comunitaria. Particularmente, lo anterior parecería aconsejable a la vista de la laxitud con la que el Tribunal de Justicia de la UE ha interpretado la exigencia de afectación al comercio entre los Estados miembros, de modo que los artículos 101 y 102 del TFUE se aplican a transacciones que parecen puramente locales<sup>21</sup>. No obstante, es obvio que ello trastocaría el sistema de atribución y reparto de competencias entre la CNC y las autoridades autonómicas de defensa de la competencia previsto en la Ley 1/2002 (que utiliza el criterio de afectación al ámbito supraautonómico para la atribución de las competencias a la CNC)<sup>22</sup>.

En fin, al margen del acierto y de la solidez de la CNC en su decisión sobre el Derecho aplicable y la cuestión competencial<sup>23</sup>, resulta innegable que una eventual competencia de la ADCA para

---

Pesca, *Diagnóstico del sector vitivinícola y de las bodegas en el Marco de Jerez*, julio de 2002, pág. 45 y ss.; J. SIMPSON, «La producción de vinos de Jerez de la Frontera», en P. MARTÍN ACEÑA (et al.), *La nueva historia económica de España*, Madrid: 1985, págs. 168-193 (disponible en [http://e-archivo.uc3m.es:8080/bitstream/10016/802/1/produccion\\_simpson\\_1985.pdf](http://e-archivo.uc3m.es:8080/bitstream/10016/802/1/produccion_simpson_1985.pdf), visitada el 31.3.2012) y B. TORREMOCHA, «Las exportaciones de Vino y Brandy de Jerez», *Boletín económico de ICE-Información Comercial Española*, núm. 2823, 2004, pág. 92 (disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1051016&orden=1&info=link>, visitada el 31.3.2012).

<sup>19</sup> FD 2.º, párrafo 2, de la RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09.

<sup>20</sup> Véanse Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia (BOE núm. 46, de 22 de febrero, págs. 7148-7153) en la redacción dada por DA 10.ª de la LDC y Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, RDC (BOE 50, 27.2.2008, 11.575-11.604). Véase también: AH 47 de la RCNC de 06.10.2011, Exp. S/0167/09.

<sup>21</sup> Véanse L. BERENGUER FUSTER y C.A. GINER PARREÑO, «Los fines del Derecho de la competencia en España y sus antecedentes históricos», en *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia* (L. BERENGUER; C. GINER y A. ROBLES) Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons: Madrid-Barcelona, págs. 109-110 y L. BERENGUER FUSTER, «¿Se debe mantener la exigencia de la afectación al comercio entre los Estados miembros en los arts. 81 y 82 del Tratado?», en S. MARTÍNEZ y A. PETITBÓ, *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, F. Rafael del Pino-Marcial Pons, Madrid-Barcelona 2005, págs. 912-202 («se le ha dotado de tanta amplitud, e incluso podría afirmarse de perfiles tan poco precisos, que ha perdido toda virtualidad, incluso para convertirse en una regla de atribución de competencias que sea nítida», id., 207).

<sup>22</sup> Sobre este particular, véase F. MARCOS, «Competencias autonómicas en los procesos de concentración de empresas», *Indret*, 4/2011, oct., págs. 17-18 (disponible en: [www.indret.com](http://www.indret.com), visitada el 31.3.2012).

<sup>23</sup> La CNC afrontó esta alegación ya desde un principio (véase AH 21 RCNC de 06.10.2011, Exp. S/0167/09) incoando el expediente por infracción tanto del artículo 101 del TFUE como del artículo 1 de la LDC.



enjuiciar el cártel de la uva y del mosto de Jerez, con la participación en el mismo de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, produciría una situación controvertida. En efecto, no parece que la mayor proximidad de la ADCA a los hechos objeto de enjuiciamiento en este expediente, ni la implicación en ellos de la propia Administración autonómica fueran a favorecer una resolución sobre los mismos libre de presiones e injerencias<sup>24</sup>.

### 3. REGULACIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR VITIVINÍCOLA

Frente a la acusación sobre el carácter anticompetitivo de las prácticas y acuerdos sancionados por la CNC en este expediente (y en los otros dos con él relacionados) los operadores implicados han argumentado siempre que se trataba de conductas amparadas en la Política Agrícola Común (PAC) y, más concretamente, por la regulación vitivinícola. Este apartado examina la imposibilidad de que el cártel de la uva y del mosto de Jerez tuviera amparo en la PAC (*infra* § 3.1) o en la regulación comunitaria específica en materia vitivinícola (*infra* §3.2). Adicionalmente, la CNC también descartó el posible amparo en la legislación española en materia de contratación y contratos tipo de productos agroalimentarios (*infra* §3.3). En última instancia, los operadores implicados argumentaron también que la crisis estructural del sector habría justificado la adopción de las prácticas anticompetitivas en cuestión, con lo que el eventual acuerdo estaría cubierto por una hipotética defensa de los cárteles de crisis (*infra* §3.4).

#### 3.1. Regulación agrícola comunitaria y defensa de la competencia

La PAC es una de las principales políticas comunitarias y ha dado lugar a una rica regulación sectorial, que afecta significativamente a la oferta de productos agrícolas, interviniendo decididamente en su producción y comercialización, e introduciendo limitaciones a la competencia en los mercados agrícolas para garantizar la consecución de otros objetivos<sup>25</sup>. Por ello, la aplicación de las normas de defensa de la competencia en esos mercados es modulada por las instituciones de la UE e, incluso, se excluye directamente en algunos supuestos<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> En general, sobre esta cuestión, véase F. MARCOS, «Autoridades autonómicas de defensa de la competencia en vías de extinción», *Documento de Trabajo* núm. 31/2002, IEE (USP-CEU) Madrid, págs. 9 y 12-13 (disponible en [www.ieceu.es](http://www.ieceu.es)). Quizás eso explique la ingenuidad de la ADCA al proponer una solución arbitral en el expediente sancionador por el macro-cártel de los vinos de Jerez que condujo a la RCNC de 28.7.2010, *Vinos Finos de Jerez*, Exp. S/0091/08 (véase AH 15 *in fine*, que la CNC rechaza en el penúltimo párrafo del FD 3.º), en la medida que «las sanciones por sí mismas no solventarán los problemas estructurales del sector y que estos se mantendrán con posterioridad a la resolución del presente expediente». Véase también: AH 6 de RCNC de 26.4.2011, *Plataforma del Mejillón*, Exp. S/0107/08 (ponente I. Gutiérrez Carrizo) sobre el informe del Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia sobre la plataforma de venta conjunta del mejillón, subrayando la carencia de efectos de la conducta.

<sup>25</sup> Un análisis de la evolución de la PAC, desde sus orígenes hasta nuestros días, en PETRICK, M.: «The Co-evolution of Semantics and Policy Paradigms: 50 Years of Europe's Common Agricultural Policy», *Intereconomics*, 46/4, 2008, págs. 246-252.

<sup>26</sup> Otro tanto ocurre también en otros ordenamientos jurídicos. Sobre la situación en los Estados Unidos de Norteamérica [Capper-Volstead Act, P.L. 67-146, Co-operative Marketing Associations Act 7 U.S.C. ¶¶ 291-292 (2007)], véanse D.C.

Como es sabido, el artículo 39 del TFUE establece diversos objetivos de la PAC para proteger a los agricultores y a la producción agrícola comunitaria, estabilizando los mercados<sup>27</sup>. Esos objetivos pueden dar lugar a intervenciones públicas principalmente a través de subsidios y de las Organizaciones Comunes de Mercados (OCM)<sup>28</sup>.

El Tratado atribuye a las instituciones de la UE la competencia para determinar en qué medida se aplicarán al sector agrícola las normas de competencia. Así, establece que «las disposiciones del capítulo relativo a las normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los productos agrícolas solo en la medida determinada por el Parlamento Europeo y el Consejo» (art. 42 TFUE).

No obstante, «de ello no se desprende necesariamente que el Derecho comunitario considere la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado en el sector agrícola como una excepción»<sup>29</sup>. En efecto, «el sector agrícola no constituye un espacio libre de competencia»<sup>30</sup>.

En principio, las normas de competencia (comunitarias y nacionales) se aplican en el sector agrícola y a las OCM<sup>31</sup>. De hecho, los propios principios y fundamentos de la PAC tratan de evitar que su puesta en práctica y que el funcionamiento de las OCM provoquen restricciones innecesarias en la competencia, sea a nivel comunitario o a nivel nacional<sup>32</sup>.

Ciertamente, en la eventual contraposición que el Derecho comunitario originario hace de la PAC y de la política de competencia<sup>33</sup>, se otorga mayor fuerza o vigor a la primera<sup>34</sup>, pero no se exclu-

---

DAHL y W.W. GRANT, *Antitrust and Agriculture*, University Press of the Pacific: Honolulu 2005, págs. 1-2 y, ampliamente, D.L. BAUMER; R.T. MASSON y R. ABRAHAMSON, «Curdling the competition: An economic and legal analysis of the antitrust exemption for agriculture», *Villanova Law Review*, vol. 31/1 (1986), págs. 183-252. Sobre la situación en otros países, véanse: OCDE, «Competition and Regulation in Agriculture», *OECD Journal of Competition Law and Policy*, vol. 9/2, 2007, págs. 93-99 y 141-163 y REICH, *Texas International Law Journal*, cit., págs. 843-874.

<sup>27</sup> Concretamente, esos objetivos son «a) incrementar la productividad agrícola, fomentando el progreso técnico, asegurando el desarrollo racional de la producción agrícola, así como el empleo óptimo de los factores de producción, en particular, de la mano de obra; b) garantizar así un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial, mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura; c) estabilizar los mercados; d) garantizar la seguridad de los abastecimientos; e) asegurar al consumidor suministros a precios razonables».

<sup>28</sup> Véanse artículo 40 del TFUE y, en la doctrina, S.A. RIESENFELD, «Common Market for Agricultural Products and Common Agricultural Policy in the European Economic Community», *University of Illinois Law Forum*, 1965, págs. 665-678.

<sup>29</sup> ¶ 41 Conclusiones de la Abogado General Sra. Christine Stix-Hackl, presentadas el 17.9.2002, Milk Marque, *National Farmers' Union*, C-130/00, ECR [2003] I-7995.

<sup>30</sup> ¶ 40 Conclusiones de la Abogado General Stix-Hackl (C-130/00). Más adelante afirma, aludiendo a la jurisprudencia del TJUE, «que la competencia constituye un elemento fundamental del mercado agrícola común» ¶ (45) o que «desde el punto de vista del Derecho comunitario, la aplicación de sus normas sobre la competencia en el sector agrícola no tiene de forma general carácter de excepción, sino que es inherente al propio sistema» ¶ (47).

<sup>31</sup> ¶¶ 58, 60, 61 y 67 de STJUE de 9.9.2003, Milk Marque, *National Farmers' Union*, C-130/00, ECR [2003] I-7995.

<sup>32</sup> ¶¶ 64 y 65 de STJUE de 9.9.2003, C-130/00; ¶ 47 de la STJUE de 1.10.2009, *CECASA*, C-505/07, y ¶ 88 de las Conclusiones de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, presentadas el 12.2.2009, *CECASA*, C-505/07, ambos ECR [2009] I-8963.

<sup>33</sup> ¶¶ 42 y 43 Conclusiones de la Abogado General Stix-Hackl, C-130/00.

<sup>34</sup> ¶ 81 de la STJUE de 9.9.2003 C-130/00 y ¶ 64 Conclusiones de la Abogado General Stix-Hackl (C-130/00). Véase también D. VAUGHAN; S. LEE; B. KENNELLY y P. RICHES, *EU Competition Law: General Principles*, Richmond: Richmond 2006, págs. 44-45. Véase también ¶ 23 de la STJUE de 29.10. 1980, *Maizena GmbH c. Consejo CE*, As. 139/79, ECR

ye la aplicación de la política de competencia en el sector agrícola. Es más, una posible *exención agrícola* no cubriría en ningún caso una fijación horizontal de precios del artículo 101 del TFUE<sup>35</sup>. Lo que se establece es que, en la medida de lo posible, se han de conciliar los objetivos de la PAC (contenidos en el art. 39 TFUE) con los de la política de competencia<sup>36</sup>.

En coherencia con los anteriores postulados, el Consejo adoptó el Reglamento núm. 26, de 4 de abril de 1962, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de ciertos productos agrícolas y ganaderos<sup>37</sup>, en el que se dictaron las primeras reglas de aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado a la producción y comercio de productos agrícolas. Con arreglo a ellas, «las normas sobre la competencia relativas a los acuerdos, decisiones y prácticas mencionados en el artículo 85 del Tratado (ahora 101 TFUE), así como las relativas a la explotación abusiva de posiciones dominantes, deben ser aplicadas a la producción y al comercio de productos agrícolas, en la medida en que su aplicación no dificulte el funcionamiento de las organizaciones nacionales de los mercados agrícolas y no ponga en peligro la realización de los objetivos de la política agrícola común»<sup>38</sup>, aunque sin dejar de «prestar particular atención a la situación de las asociaciones de agricultores en la medida en que tengan por objeto fundamentalmente la producción o el comercio en común de productos agrícolas o la utilización de instalaciones comunes, a menos que dicha acción común excluya la competencia o ponga en peligro la realización de los objetivos del artículo 39 del Tratado»<sup>39</sup>.

Por tanto, queda clara la vocación de las instituciones de encontrar un equilibrio entre los objetivos de la PAC y el mantenimiento de la libre competencia. Para ello se establecen tres excepciones distintas a la aplicación de las normas de competencia, una derivada de la existencia y funcionamiento de las OMC (i), otra relacionada con la consecución de *todos* los objetivos del artículo 39 del TFUE<sup>40</sup> (ii), y una tercera para los acuerdos entre agricultores o decisiones de asociaciones de agri-

[1980] 3393 y ¶ 61 de la STJUE de 5.10.1994, Alemania/Consejo, C-280/93, ECR [1994] I-4973 («se reconoce al mismo tiempo la primacía de la política agrícola con respecto a los objetivos del Tratado en el ámbito de la competencia y la facultad del Consejo de decidir en qué medida las normas sobre la competencia deben aplicarse en el sector agrícola»). En las ilustrativas palabras de J. PEYDRO AZNAR, «Competencia en la agricultura: especialidades del Derecho comunitario», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 91-92, 1992, pág. 57: «El estómago debería prevalecer sobre la libertad de comercio y sobre las normas comunitarias de la competencia».

<sup>35</sup> Véase A. REICH, «The Agricultural Exemption in Antitrust Law: A Comparative Look at the Political Economy of Market Regulation», *Texas International Law Journal*, vol. 42 (2007) pág. 851.

<sup>36</sup> ¶¶ 91-93 de la STJUE de 9.9.2003, C-130/00.

<sup>37</sup> Solo los productos contenidos en el anexo II del Tratado, véase PEYDRO AZNAR, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 91-92, 1992, *cit.*, pág. 60. El Reglamento núm. 26/1962 fue sustituido por el Reglamento núm. 1184/2006 del Consejo, de 24.7.2006 (con la misma numeración y enunciado de sus preceptos).

<sup>38</sup> Cdo. 3 y artículo 1 del Reglamento 1184/2006.

<sup>39</sup> Cdo. 4 del Reglamento 1184/2006.

<sup>40</sup> «El apartado 1 del artículo [101] del Tratado será inaplicable a los acuerdos, decisiones, y prácticas mencionados en el artículo precedente que forman parte integrante de una organización nacional de mercado o que sean necesarios para la realización de los objetivos enunciados en el artículo 39 del Tratado» (art. 2 Reglamento 1184/2006). Véanse ¶¶ 8-9 de la STJUE de 15.5.75, «*Frubo*» C. *Comisión et al.*, As. 71-74, ECR [1975] 563; ¶¶ 91, 100-101 y 147-148 de la STJUE de 14.5.1997, *Florimex BV y Vereniging van Groothandelaren in Bloemkwekerijprodukten C. Comisión CE*, T-70/92 y T-71/92, ECR [1997] II-693; ¶¶ 66-69 de la Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1998 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/35.280-SICASOV) y, finalmente, ¶ 86 de las Conclusiones de

cultores de un único Estado miembro sobre producción y comercialización de productos agrícolas o utilización de instalaciones comunes sin establecer una fijación de precios, sin excluir la competencia o menoscabar los objetivos del artículo 39 del TFUE<sup>41</sup> (iii).

La intención de alcanzar un equilibrio entre los objetivos de la PAC y los de la política de competencia es manifiesta, como también lo es la dificultad que se presenta a las instituciones de la UE competentes para hacerlo. Por ello, el Derecho comunitario rodea la concesión de excepciones a las normas de competencia de cautelas y establece un procedimiento, que limita los cauces a través de los cuales se pueden plantear y resolver.

Así, aunque la regulación sectorial en materia agrícola y los objetivos por ella perseguidos primen sobre la regulación y los objetivos en materia de competencia, las exclusiones de aplicación del artículo 101 del TFUE al sector agrícola se han de realizar en el marco del procedimiento previsto en el Reglamento núm. 26 (ahora Reglamento núm. 1184/2006 del Consejo, de 24 de julio de 2006). Esas exclusiones deberán interpretarse restrictivamente<sup>42</sup>.

En efecto, se prevé que la Comisión europea excluya la aplicación del artículo 101(1) del TFUE si se cumplen determinadas condiciones (art. 2.1 Reglamento 1184/2006)<sup>43</sup>. Con ese propósito se establece un procedimiento, que exige una decisión de la Comisión para excluir la aplicación del artículo 101(1) del TFUE (art. 2.2 y 2.3 Reglamento 1184/2006)<sup>44</sup>, estableciéndose un límite («a menos que la Comisión compruebe que la competencia queda de este modo excluida o que los objetivos del artículo 39 del Tratado son puestos en peligro»)<sup>45</sup>.

Abogado General Kokott (C-505/07, CECASA). En la doctrina, véanse J.E. DE COCKBORNE, «Les règles communautaires de concurrence applicables aux entreprises dans le domaine agricole», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1988/2, págs. 303-305; PEYDRO AZNAR, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 91-92, 1992, *cit.*, págs. 61-63 y T.R. OTTERVANGER, «Antitrust and agriculture in the common market», *Fordham Corporate Law Institute 1990, Juris Publications*, Nueva York 1990, pág. 217.

<sup>41</sup> Véase ¶¶ 27-28 de la STJUE de 12.12.1995, *Oude Luttikhuis et al. c. Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA*, C-399/93, ECR [1995] I-451. En el fondo la tercera excepción es una especificación de las anteriores, que no ha tenido ninguna relevancia práctica, véanse Comisión UE, «The interface between EU competition policy and the Common Agriculture Policy (CAP): competition rules applicable to cooperation agreements between farmers in the dairy sector», DG Competition, *Working Paper*, 16.2.2010, págs. 9-11 (disponible en [http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/working\\_paper\\_dairy.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/agriculture/working_paper_dairy.pdf) visitada el 31.3.2012); DE COCKBORNE, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1988/2, *cit.*, págs. 307-308; PEYDRO AZNAR, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 91-92, 1992, *cit.*, págs. 64-65 y OTTERVANGER, *Fordham Corporate Law Institute 1990, cit.*, págs. 218-220.

<sup>42</sup> Véanse ¶ 199 de la STGUE de 13.12.2006, *FNCBV et al./Comisión*, T-217/03 y T-245/03, ECR [2006] II-5000; ¶ 152 de la STGUE de 14.5.1997, *Florimex*, T-70/92 y T-71/92 («al tratarse de una excepción a la regla de aplicación general del apartado 1 del art. 85 Tratado, el art. 2 Reglamento núm. 26 debe interpretarse restrictivamente»); y ¶ 23 de la STJUE de 12.12.1995, *H.G. Oude Luttikhuis et al. v. Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA*, C-399/93.

<sup>43</sup> Véase ¶ 86 de las Conclusiones de Abogado General Kokott (C-505/07, CECASA). La parte final del artículo 2 es considerada como una excepción distinta de las dos que se formulan en la primera frase, véanse ¶¶ 27-28 de la STJUE de 12.12.1995, *Oude Luttikhuis et al. c. Verenigde Coöperatieve Melkindustrie Coberco BA*, C-399/93.

<sup>44</sup> Sobre el monopolio de la Comisión UE de la concesión de estas autorizaciones, véanse ¶¶ 34 y 36 de la STJUE de 12.12.1995, *Hendrik Evert Dijkstra et al. c. Friesland (Frico Domo) Coöperatie BA et al.*, C-319/93, C-40/94 y C-224/94, ECR [1995] I-4471; OTTERVANGER, *Fordham Corporate Law Institute 1990, cit.*, pág. 208 y D. VAUGHAN; S. LEE; B. KENNELLY y P. RICHES, *EU Competition Law: General Principles*, Richmond: Richmond 2006, pág. 46.

<sup>45</sup> De hecho, «la primacía de la Política Agrícola sobre los objetivos del Tratado en materia de competencia, que alega la recurrente, no exime a la Comisión de efectuar un examen para comprobar si con el referido acuerdo se alcanzan efecti-

Sentado lo anterior, la PAC y las normas sectoriales en materia agrícola coexisten también con las normas de defensa de la competencia de los Estados miembros. Y, de manera análoga a lo que ocurre con las normas comunitarias de competencia, es posible aplicar las normas nacionales de defensa de la competencia en el sector agrícola<sup>46</sup>. Por ello, los eventuales excesos o extralimitaciones de los agentes en el sector agrícola, más allá de los cauces y objetivos de la PAC, podrán motivar la actuación de las autoridades nacionales de la competencia conforme a sus respectivos ordenamientos<sup>47</sup>. Ahora bien, existen límites en esa aplicación, derivados de la primacía de los objetivos de la política agrícola *comunitaria* sobre los objetivos de la política de competencia *de los Estados miembros*<sup>48</sup>. Las actuaciones y decisiones de las autoridades nacionales de la competencia deben tener en cuenta preferentemente los objetivos de la PAC que establece el artículo 39 del TFUE<sup>49</sup>.

### 3.2. La organización común del mercado del vino y la defensa de la competencia

La misma conclusión se extrae del reglamento único para las OCM (Reglamento núm. 1234/2007 del Consejo, de 22 de octubre de 2007), que establece el principio general de la aplicación de las normas de competencia del Tratado en los mercados cubiertos por las OCM, como el vino y los productos relacionados (art. 175 Reglamento 1234/2007)<sup>50</sup>.

Así, se contempla una excepción a la aplicación de las normas de competencia cuando se trate de acuerdos, decisiones o prácticas de las OCM o que sean necesarios para conseguir los objetivos

vamente los objetivos enunciados en el artículo 39 del Tratado», ¶ 95 de la STJUE de 30.3.2000, *Florimex*, C-265/97P, ECR [2000] II-4987.

<sup>46</sup> ¶ 62 de las Conclusiones de la Abogado General Stix-Hackl (C-130/00); ¶¶ 52 y 53 de la STJUE de 1.10. 2009 (C-505/07, CECASA). Sobre la posible aplicación paralela de las normas comunitarias y nacionales de la competencia en estos casos, véase CNC, *Informe sobre competencia y sector agroalimentario*, 2010, págs. 5 y 34-36 y L. RITTER y W. DAVID BRAUN, *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, 3.ª ed., *Kluwer Law International*: La Haya 2004, pág. 882.

<sup>47</sup> Así, por ejemplo, véanse los FD 3.º y 4.º de la RCNC de 9.6.2009, Exp. 2779/07, que sanciona por infracción tanto del artículo 1 de la LDC como del artículo 101 del TFUE el establecimiento de una restricción de las ventas de las bodegas mediante un sistema de cupos sobre ventas históricas por el Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen Jerez-Xérès-Sherry y Manzanilla Sanlúcar de Barrameda [el sistema buscaba el amparo de la intervención del Consejo Regulador sobre el exceso de oferta de vino en la política de estabilización que recoge el art. 39.1 c) del TFUE]. En sentido contrario, véase la fundamentación y defensa del sistema en TORREMOCHA, *Boletín económico de ICE-Información Comercial Española*, núm. 2823 (2004), *cit.*, págs. 97-98. La posible vinculación del sistema de soleras y crianzas con un control de producción y comercialización es remota en el tiempo, véase E. MONTAÑÉS, «El vino de Jerez en el sector exterior español, 1838-1885», *Revista de Historia Industrial*, núm. 17, 2000, pág. 193. Otro tanto puede decirse de la problemática que suscita a efectos de la contabilización de existencias por las bodegas, M.P. HORNO; J.M.ª C. ÁLVAREZ y D. CARRRASCO, «Valoración de Existencias y control de costes en el sector vitivinícola. Un estudio empírico de las bodegas de Jerez (España)», *Revista del Instituto Internacional de Costos*, núm. 6 (enero-junio 2010) págs. 83-117 (disponible en [http://www.revistaiaic.org/articulos/num6/articulo5\\_esp.pdf](http://www.revistaiaic.org/articulos/num6/articulo5_esp.pdf), visitada el 31.3.2012).

<sup>48</sup> ¶¶ 64 y 65 de las Conclusiones de la Abogado General Stix-Hackl (C-130/00).

<sup>49</sup> ¶ 92 de la STJUE de 9.9.2003 (C-130/00, Milk Marque, National Farmers' Union), ¶ 69 de las Conclusiones de Abogado General Stix-Hackl (C-130/00) y ¶ 93 de las Conclusiones de Abogado General Kokott (C-505/07, CECASA).

<sup>50</sup> Véase CNC, *Informe sobre competencia y sector agroalimentario*, 2010, pág. 5. Véase también el buen análisis que sobre un (ambiguo e impreciso) acuerdo interprofesional sobre la medidas de calidad y producción de productos hortofrutícolas realizó la ADCA, *Informe sobre el acuerdo de extensión de normas adoptado por la organización interprofesional agroalimentaria «Hortifruta»*, 23.12.2008 (106/08), (disponible en [http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/export/sites/default/web\\_es/documentacion/I\\_06-08.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/export/sites/default/web_es/documentacion/I_06-08.pdf) visitada el 31.3.2012).

de la PAC (art. 176.1 Reglamento 1234/2007). Igualmente, la Comisión UE es la *única y exclusivamente competente* para conceder esa excepción (art. 176.2 Reglamento 1234/2007). Además, las conductas exceptuadas nunca pueden suponer la «obligación de aplicar precios idénticos», excluir la competencia o poner en peligro los objetivos de la PAC.

Los nuevos artículo 113 quater y quinquies del Reglamento 1234/2007 autorizan a los Estados miembros a adoptar medidas específicas para mejorar y estabilizar el funcionamiento del mercado común de los vinos (incluidas la uva y el mosto), pero subrayan de nuevo la imposibilidad de fijar precios o repartirse mercados estableciendo cuotas de venta<sup>51</sup>.

Más específicamente aún, la producción comunitaria de vino se encuadra en la OCM del vino. Esta OCM regula la producción de uvas frescas (excluyendo las de mesa), el jugo y el mosto de uva, el vino de uvas frescas (incluidos los espumosos, los generosos y los vinos de aguja), el vinagre de vino, las piquetas, las lías de vino y el orujo de uva. La primera OCM del vino se reguló por el Reglamento (CEE) núm. 24/1962<sup>52</sup>. La regulación vigente se contiene en el Reglamento (CE) núm. 479/2008 del Consejo, de 29 de abril de 2008, por el que se establece la organización común del mercado vitivinícola<sup>53</sup>.

Este último intenta reforzar la competitividad de la industria europea del vino y de equilibrar la oferta y la demanda. Aunque mantiene medidas y programas de apoyo al sector vitivinícola, suprime las medidas de intervención en los mercados con el propósito de buscar un mayor equilibrio entre la oferta y la demanda, simplifica la regulación del sector y favorece el aprovechamiento de los créditos presupuestarios.

En cualquier caso, el Reglamento 479/2008, como sus predecesores, y particularmente los Reglamentos (CE) núm. 1439/99<sup>54</sup> y núm. 822/87<sup>55</sup>, que fueron los analizados por la CNC a efectos de la resolución del caso que se comenta, preveían un régimen de ayudas y de precios de intervención, pero no contemplan (o excluyen expresamente<sup>56</sup>) la posibilidad de que los productores fijen de común acuerdo precios de los productos amparados por la OCM.

<sup>51</sup> Disposiciones añadidas por el Reglamento (CE) núm. 491/2009 del Consejo, de 25.05.2009, que modifica el Reglamento (CE) núm. 1234/2007 por el que se crea una organización común de mercados agrícolas y se establecen disposiciones específicas para determinados productos agrícolas (Reglamento único para las OCM), DOUE L 154, de 16.6.2009, págs. 1-56.

<sup>52</sup> Reglamento núm. 24, sobre el establecimiento progresivo de la organización común del mercado del vino (*en inglés* en DO núm. L 30, de 20.4.1962, págs. 989-990), muy reformada posteriormente.

<sup>53</sup> Reglamento (CE) núm. 479/2008 del Consejo, de 29 de abril de 2008, por el que se establece la organización común del mercado vitivinícola, se modifican los Reglamentos (CE) núm. 1493/1999, (CE) núm. 1782/2003, (CE) núm. 1290/2005 y (CE) núm. 3/2008 y se derogan los Reglamentos (CEE) núm. 2392/86 y (CE) núm. 1493/1999 (DO núm. L 148, de 6.6.2008, págs. 1-61, corrección de errores DO núm. L 220, de 15.8.2008, pág. 35).

<sup>54</sup> Reglamento (CE) núm. 1439/99, de 17 de mayo, que establece la OCM en el mercado vitivinícola (DOUE núm. L 179, de 14.7.1999, págs. 1-84).

<sup>55</sup> Reglamento (CE) núm. 822/87, de 17 de marzo, por el que se establece la OCM del mercado vitivinícola (DOUE núm. 84, de 27.3.1987, págs. 1-58).

<sup>56</sup> Véanse artículos 67.1 b) del Reglamento 479/2008 y 41.1 del Reglamento 1439/99.

### 3.3. La legislación española en materia de contratación y contratos-tipo de productos agroalimentarios

Al margen de la regulación comunitaria, la CNC consideró la posible existencia de legislación nacional que pudiera haber afectado a las conductas de los operadores implicados en el cártel. Como la jurisprudencia comunitaria ha establecido, para enjuiciar su conducta conforme al artículo 101 del TFUE, hubiera sido relevante la existencia de legislación nacional que les hubiera *forzado* o *impuesto* la adopción del acuerdo anticompetitivo.

A estos efectos, la CNC consideró la legislación en materia de contratos agroalimentarios, adoptada con el propósito de favorecer la transparencia en el mercado de productos agroalimentarios y mejorar el funcionamiento competitivo del mismo. Desde 1982, estas normas establecen un sistema de contratos-tipo y de homologación de contratos. La primera norma adoptada fue la Ley 19/1982, de 26 de mayo, sobre contratación de productos agrarios<sup>57</sup>, que luego fue sustituida por la Ley 2/2000, de 7 de enero, reguladora de los contratos-tipos de productos agroalimentarios<sup>58</sup>.

De manera expresa, en la Ley 2/2000 el legislador ha establecido que el sistema de contratos-tipo y de homologación en ella previstos se supeditan «a las normas y principios recogidos en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, y a las disposiciones reguladoras de esta materia en el Derecho comunitario» (Exposición de Motivos), de manera que esta norma legal no podría amparar acuerdos anticompetitivos.

Ese propósito, sin embargo, no estaba presente en la Ley 19/1982 (sino, más bien, el contrario<sup>59</sup>) –adoptada con anterioridad a la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia<sup>60</sup>–. La citada Ley 19/1982 aludía incluso a la fijación de precios por medio de los acuerdos interprofesionales de larga duración, para darle agilidad, seguridad y transparencia al mercado [art. 5.uno b)] y a su concreción mediante convenios anuales o de campaña agrícola (art. 7.uno). Aun así, es cierto que la norma no imponía la restricción o el resultado anticompetitivo, con lo que –en su caso– debía prevalecer la primacía y el efecto directo de la prohibición prevista en el artículo 101 del TFUE<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> BOE núm. 137 de 9.6.82, págs. 15.646-15.647. Véase el análisis general sobre las implicaciones concurrenciales que realiza la CNC: *Informe sobre competencia y sector agroalimentario*, 2010, págs. 73-75.

<sup>58</sup> BOE núm. 8 de 10.1.2000, págs. 881-885.

<sup>59</sup> Por tanto, la RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09 se equivoca cuando dice que la Ley 19/1982 «no es tan explícita como su sucesora [Ley 2/2000] respecto a la obligación de que los precios sean fijados libremente entre las partes y no consecuencia de acuerdos de precios, pero *de ninguno de sus artículos puede derivarse la autorización y menos la obligación de pactos de precios*» (FD 7.º, párrafo 7). El error es manifiesto pues de la lectura del tenor de los preceptos que se mencionan en el texto se puede deducir con claridad la previsión expresa de esos pactos de fijación de precios (que incluso podría considerarse que se exige como una condición de homologación). Otro tanto puede extraerse del artículo 2. E) y F) del Real Decreto 2556/1985, de 27 de diciembre, por el que se regulan los contratos de compraventa de productos agrarios contemplados en la Ley 19/1982 (BOE núm. 7, de 8.1.86, págs. 1.180-1.181)

<sup>60</sup> Ley 19/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (BOE 170, de 18.7.89, págs. 22.747-22.753, ahora derogada).

<sup>61</sup> Como la CNC sostiene (FD 7.º de la RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09), con alusión y cita de la STJUE de 9.9.2003, *CIF/AGCM*, C-198/01, ECR [2003] I-8055.

De otra parte, y por lo que se refiere a una eventual aplicación del artículo 1 de la LDC –como la CNC argumenta– tampoco habría sido posible amparar estas restricciones como «resultado» de la exención legal que proporcionaría la Ley 19/82 (con arreglo al art. 2.1 Ley 16/1989). La Ley 19/1982 y sus reglamentos de aplicación establecen un sistema de contratos tipo y de homologación, al que los operadores en el mercado agroalimentario podrían acudir, pero no se trata de un sistema de seguimiento obligatorio. En efecto, la eventual aplicación de la exención legal prevista en el artículo 2.1 de la Ley 16/1989 (y ahora en el art. 4.1 LDC) exige que la norma legal *forzase o impusiese* a los operadores la realización de la conducta anticompetitiva, sin que sea suficiente con que autorice, induzca o facilite su realización<sup>62</sup>. La norma legal habría de privar a los operadores de cualquier margen de alternativa en sus actuaciones, estando obligados a desarrollar la conducta anticompetitiva<sup>63</sup>. No valdría, por tanto, con que (como hacía la Ley 19/1982) se permita o autorice la conducta restrictiva, pues ello supondría que la intención legislativa de desplazar a la libre competencia en el mercado no es suficientemente firme e ineludible y, en tal caso, por exigencia del mandato constitucional de libertad de empresa y libre competencia en el mercado (art. 38) debe prevalecer la vigencia y eficacia de la prohibición del artículo 1 de la LDC<sup>64</sup>.

Sin embargo, en atención a la posible confusión e incertidumbre jurídica que la Ley 19/1982, y las disposiciones reglamentarias que la desarrollan, pudieran haber ocasionado en los operadores en el mercado, la CNC excluyó la posible culpabilidad de los imputados en el cártel durante su vigencia; de modo que a efectos de la fijación de la multa no tiene en cuenta el periodo previo a la adopción de la Ley 2/2000<sup>65</sup>.

### 3.4. El cártel de la uva y del mosto de Jerez como cártel de crisis

Uno de los argumentos más utilizados por los operadores imputados en el cártel de la uva y del mosto de Jerez es la situación de crisis que padece el sector del vino con Denominación de

<sup>62</sup> Véase F. MARCOS, «Comentario al artículo 4 (Exención legal)», en J. MASSAGUER *et al.* (dirs.), *Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid 2010, pág. 258.

<sup>63</sup> Véase FD 12.º (i) párrafo 9 de RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09 (el argumento se utiliza a otros efectos, véase *infra* §4, en la motivación sobre la responsabilidad de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía).

<sup>64</sup> Aunque el Tribunal Supremo ha dicho lo contrario en el FD 5.º de la STS de 6.7.2010 (ponente M. Campos), que anuló la RTDC de 21.5.2010, *Comercialización G.L.P.*, Exp. A317/02, que consideró que no cabía aplicar la exención legal a la autorización de pactos de suministro en exclusiva contenida en el artículo 47.2 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (un planteamiento más razonable se extrae del FD 5.º de la SAN –Sala de lo contencioso administrativo, Sección 6.ª– de 13.5.2007).

<sup>65</sup> FD 7.º *in fine* RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09. Un análisis similar se realiza por la comisión en la Decisión de 20.10.2004, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 87, apartado 1, del Tratado CE, As. COMP/C.38.238/B.2, Tabaco crudo-España [DOUE núm. L 102, de 19.4.2007 págs. 14-19 («la Decisión admite que el marco jurídico de la negociación colectiva de los contratos tipo podía generar un considerable grado de incertidumbre en cuanto a la legalidad de la conducta de los productores. Por otra parte, la existencia y los resultados de las negociaciones de los contratos-tipo eran generalmente de dominio público y ninguna autoridad cuestionó nunca su compatibilidad con la legislación comunitaria o española antes del inicio de estos procedimientos»)], confirmada en lo sustancial por STGUE de 12.10.2011, *Agroexpansión c. Comisión*, T-38/05 y STGUE de 12.10.2011, *Alliance One International c. Comisión*, T-41/05.



Origen Jerez y Manzanilla desde hace más de 40 años<sup>66</sup>. Al parecer, la crisis se deriva de un exceso de capacidad en la producción y una prolongada caída de la demanda y del consumo de estos vinos. Los diversos planes sectoriales y de reconversión, apoyados por las distintas Administraciones públicas, habrían estado inspirados en la adopción de medidas que contribuyeran a paliar la situación de crisis.

Sin embargo, ni el TFUE ni la LDC proporcionan un marco jurídico para una exención de una fijación de precios que pretenda justificarse en el tratamiento y respuesta a una situación de crisis. Aunque ese tipo de argumentos es frecuente en la industria agroalimentaria, también es frecuente el rechazo de las autoridades de defensa de competencia y de los tribunales<sup>67</sup>. Lo que suele ocurrir es que existe un exceso estructural de la oferta y una utilización ineficiente de recursos, que se agravarían y perpetuarían en el tiempo si se afrontan con un cártel, que mantiene artificialmente la demanda o los precios de los productos afectados<sup>68</sup>. Sin embargo, desde la perspectiva de la defensa de la competencia, la única salida plausible y lícita en estos casos, fuera de la regulación sectorial específica que pueda existir (véase *supra* §§ 3.1 y 3.2), consiste en dejar funcionar a los mecanismos propios del mercado, que serán los que a la postre faciliten la adecuación natural de la oferta a la demanda<sup>69</sup>.

En suma, como la resolución de la CNC considera, las dificultades económicas no pueden emplearse como excusa para atenuar o excluir la aplicación de las normas de defensa de la competencia<sup>70</sup>. Es más, en casos como este, dada la existencia ya de una regulación sectorial de los mercados agroalimentarios, normalmente caracterizados por su situación crítica (mercados inestables, de baja productividad y con rentas insuficientes de los agricultores), lo que ocasionalmente motiva una moderación y posible adaptación de la aplicación de las normas de defensa de la competencia, sería

<sup>66</sup> Esta consideración parece ser crónica, véanse A. CABRAL CHAMORRO, «Una aproximación a la crisis de la vid y del vino en el marco de Jerez: el caso de Trebujena», *Agricultura y sociedad*, núm. 57, 1990, pág. 241 (<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=82818&orden=107058&info=link>, visitada el 31.3.2012), quien curiosamente alude a la tradicional fijación del precio de la uva por el Consejo Regulador. Véase también Consejería de Agricultura y Pesca, *Diagnóstico del sector vitivinícola y de las bodegas en el Marco de Jerez*, julio de 2002, págs. 74-83 y J.M. HERMOSO y R. SÁNCHEZ, «La crisis vitivinícola actual en el marco del jerez. Desde la aparición de las primeras asociaciones obreras del siglo XIX a la formación de PLADEVI en 2010», de 6.1.2011 (*Comunicación al V Congreso Andaluz de Sociología*, nov. 2010 [http://www.ceconoca.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=41](http://www.ceconoca.org/index.php?option=com_content&view=article&id=41), visitada el 31.3.2012).

<sup>67</sup> Sobre el acuerdo de fijación de precio mínimo de compra de determinadas categorías de bovinos y la suspensión de importaciones de carne de vacuno en Francia con ocasión de la crisis de las «vacas locas» en 2001, véase Decisión de 2.4.2003 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 del Tratado CE (COMP/C.38.279/F3- *Carnes de vacuno francesas*), DOUE núm. L 209, de 19.8.2003, 12-41, confirmada por STGUE de 13.12.2006, *FNCBV et al. Comisión*, T-217/03 y T-245/03, ECR [2006] II-5000.

<sup>68</sup> FD 8.º de RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09.

<sup>69</sup> Precisamente al hilo de la misma alegación por el Consejo Regulador para defender el sistema de cupos de ventas, que controlaban la oferta, FD 2.º de la RCNC de 9.6.2009, Exp. 2779/07.

Igualmente, en el cártel de los vinos de Jerez, véase HA 3 y FD 4.º de la RCNC de 2010, S/091/08. En general, sobre el particular, véase CNC, *Informe sobre competencia y sector agroalimentario*, 2010, págs. 45-51.

<sup>70</sup> Aunque véase el FD 5.º, párrafo 8 y FD 6.º de la desafortunada STS de 20.1.2010, *CECASA*, (ponente M. Campos), críticamente examinada en este punto en F. MARCOS, «Una peligrosa llamada a la creación de cárteles de crisis. A propósito de la STS de 20 de enero de 2010 (CECASA)», *Diario La Ley*, 7415, de 2.6.2010, págs. 5-6. La respuesta de la CNC a esta sentencia se esconde en su *Informe sobre competencia y sector agroalimentario*, 2010, pág. 64

contradictorio que existieran mecanismos excepcionales al margen de la PAC para autorizar o legalizar acuerdos o conductas de carácter anticompetitivo<sup>71</sup>.

#### 4. LA PROMOCIÓN O PATROCINIO DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS POR LAS AUTORIDADES PÚBLICAS

Mediante las prohibiciones de prácticas anticompetitivas, las normas de defensa de la competencia establecen obligaciones de conducta a los sujetos que compiten en el mercado. La garantía del libre juego concurrencial exige que se proscriban aquellas conductas o prácticas que lo distorsionan.

En principio, se trata de un ámbito al que permanecen ajenos las autoridades públicas, que desempeñan diversos encargos por mandato de la Constitución, a los que dan expresión mediante normas jurídicas o actos administrativos. Con carácter general se exige que la Administración y los poderes públicos sirvan al interés general y lo hagan respetando el Ordenamiento jurídico (art. 103.1 CE).

Naturalmente, si en el desempeño de sus funciones los poderes públicos acuden al mercado a adquirir bienes o servicios, o a ofrecerlos, no deben incurrir en conductas anticompetitivas. La Constitución exige que la iniciativa económica pública transcurra en igualdad de condiciones con el ejercicio de la actividad empresarial privada (art. 128.1 CE). Ello supone la plena sujeción de la Administración a la LDC en sus comportamientos como operador en el mercado. En coherencia con lo anterior, cuando se han vulnerado las disposiciones de la LDC, son muchas las ocasiones en las que los órganos de la Administración han sido sancionados por infringir las prohibiciones del Capítulo I del Título I de la LDC cuando actuaban como operadores de mercado<sup>72</sup>. Por tanto, la aplicación de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas a los poderes públicos cuando actúan como operadores de mercado queda fuera de toda duda.

El problema radica en determinar en qué medida el resto de las actuaciones de los poderes públicos puedan verse afectadas por las prohibiciones de prácticas anticompetitivas de la LDC. La respuesta a esta pregunta no es fácil y la discrepancia entre la opinión mayoritaria y el voto particular en la resolución que se comenta es muestra de ello.

Obviamente, no tiene sentido afirmar la sujeción en todo caso y en todo momento de los poderes públicos a la LDC, pues se trata de una norma que regula comportamientos en el mercado y sería extravagante exigir que la LDC fuera respetada por actuaciones de la Administración que transcurren fuera del mercado (*extramuros del mercado*)<sup>73</sup>. Sin embargo, esto no permite ignorar la vigencia de la

<sup>71</sup> Véase J. COSTAS COMESAÑA, *Los cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona 1997, pág. 150.

<sup>72</sup> Claro está, la clave radica en diferenciar cuando eso ocurre, véase MARCOS, «Comentario al artículo 4 (Exención legal)», *cit.*, págs. 265-268.

<sup>73</sup> Sería equivalente a sostener que « [t]he antitrust laws apply to all "combinations" in restraint of trade, without limitation to combinations organized outside the auspices of regulation. The antitrust laws "apply" to combinations formed with the

LDC frente a la Administración en el ejercicio de sus potestades cuando estas inciden, aunque sea de manera indirecta, en el mercado. Ello determina la necesidad de los poderes públicos de atender y considerar el potencial impacto de sus actuaciones en el funcionamiento competitivo del mercado.

Lo anterior no significa que los poderes públicos deban garantizar o perseguir la libre competencia como el único interés o bien jurídico relevante, que deba ser predominante en todo caso. Puede haber, y hay, otros valores o bienes jurídicos que sean considerados más importantes para el interés público, que den lugar a actuaciones públicas que los promuevan en detrimento de la libre competencia.

Desde la perspectiva comunitaria, el Tratado de la UE limita las posibles restricciones a la competencia introducidas por las autoridades de los Estados miembros a través de los artículos 3.3 del TUE y del Protocolo (núm. 27) del TUE<sup>74</sup>, con arreglo al cual el mercado interior «incluye un sistema que garantiza que no se falsea la competencia» y el artículo 4.3 del TUE, que está llamado a impedir que los Estados introduzcan a través de sus normas o intervenciones restricciones a la competencia si se trata de medidas que puedan «poner en peligro la consecución de los objetivos de la Unión». Fuera de esos preceptos, y de lo previsto en los artículos 106 y 107 del TFUE respecto de los servicios de interés general y de las ayudas públicas, el establecimiento de restricciones a la competencia por las autoridades de los Estados miembros es contraria a lo dispuesto en los Tratados.

Por otra parte, a nivel doméstico –respecto de aquellas prácticas que no afecten al comercio intracomunitario–, por derivación constitucional, el principio básico en esta materia contenido en el artículo 4.1 de la LDC exige que la protección y tutela de otros bienes o valores jurídicos en detrimento de la libertad de empresa y de la libre competencia en el mercado resulten de una norma de rango legal. Se trata de una exigencia formal que busca proporcionar una sólida legitimación soberana a esas medidas. Adicionalmente, tampoco el legislador es completamente libre: además de la primacía y del efecto directo del Derecho comunitario, que limitan su campo de acción, también lo hace la salvaguarda de la libertad de empresa (art. 38 CE), que por mandato constitucional rechaza las restricciones legales a la competencia que sean innecesarias, inadecuadas o desproporcionadas<sup>75</sup>.

En cualquier caso, la existencia de una regla sustantiva clara tanto en Derecho comunitario como en Derecho nacional, que limite las posibles actuaciones públicas anticompetitivas, no supone sin más el sometimiento de la Administración y de las autoridades públicas a las prohibiciones de prácticas anticompetitivas y a la actuación sancionadora de la CNC (sean los arts. 1, 2 y 3 LDC, sean los arts. 101 y 102 TFUE). Para que una conducta sea sancionada por las autoridades de defensa de la competencia (CNC o Comisión europea) es necesario que caiga en el ámbito de aplicación de esas normas<sup>76</sup>.

---

permission (even under the compulsion) of state law just as the piracy laws apply to all privateers operating with the permission of States», como dice, F.H. EASTERBROOK, «Antitrust and the Economics of Federalism», *Journal of Law and Economics*, vol. 26 (1983) pág. 24.

<sup>74</sup> Versión consolidada publicada en DOUE núm. C83, de 30.3.2010, págs. 13-46 (el protocolo está en la pág. 309).

<sup>75</sup> Véase MARCOS, «Comentario al artículo 4 (Exención legal)», *cit.*, pág. 250-254.

<sup>76</sup> Véase ¶ 26 de la STJUE de 11.7.2006, *FENIN/Comisión*, C-203/03P, ECR [2006] I-6295. Un análisis parecido de una actuación de una Administración autonómica que, en cambio, sí estaba (en algún extremo al menos) sometida a la LDC

La promoción y patrocinio por la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía del cártel de la uva y del mosto de Jerez no es una conducta prohibida por las disposiciones de defensa de competencia del TFUE. Algunos precedentes de la CNC apuntaban en esa dirección<sup>77</sup>. De hecho, así se consideró pocos meses antes respecto de la implicación y participación activa de la Consellería do Mar de la Xunta de Galicia en el acuerdo anticompetitivo en el sector mejillonero sancionado por la CNC<sup>78</sup>. Otro tanto concluyó pocos meses antes respecto del impulso por el Ministerio de Fomento de prácticas anticompetitivas en las concesiones de líneas regulares de transporte interurbano de viajeros en autobús<sup>79</sup>. Algunos años antes el extinto TDC se enfrentó a un cártel similar que afectó a la manzana para sidra y la sidra en el que desempeñó un rol crucial la Consejería de Agricultura y Pesca del Principado de Asturias<sup>80</sup>.

por llevar a cabo una actuación de mercado, véase F. MARCOS, «¿Pueden las Administraciones Públicas infringir la LDC cuando adquieren bienes o contratan servicios en el mercado? Comentario a la RCNC de 14 de abril de 2009 (639/08, Colegio farmacéuticos Castilla-La Mancha)», *ADI* 29 (2008-2009) pág. 840.

<sup>77</sup> Entre los más antiguos, véase FD 3.º RTDC de 20.3.1998, *Cruz Roja de Fuengirola*, Exp. 419/97 (ponente L. Berenguer) (Se trata de una actuación de la autoridad local en la que actúa como regulador sin que sea posible entrever actividad económica alguna. Si esa actividad se ha realizado o no de acuerdo con las leyes es una cuestión ajena a la actividad de este Tribunal que no está llamado a revisar la actividad reguladora de las Administraciones públicas), aunque el planteamiento contrario (el que ahora la opinión mayoritaria en la resolución que se comenta sostiene y en estas páginas se critica) aparecía de algún modo oculto ya en la RCNC de 7.5.2008, *Feriantes Ayuntamiento de Peralta*, Exp. 632/07 (confirmada por SAN-Sala de lo contencioso-administrativo de 10.1.2010).

<sup>78</sup> Lo menciona a efectos de la defensa de confianza legítima alegada por las partes, pero la RCNC de 26.4.2011, *Plataforma del Mejillón*, Exp. S/0107/08 (FD 6.º) que prefiere fijarse en la no-exención de la aplicación de la norma a los operadores por la participación activa en las conductas «incluso si han sido causadas por la actuación de los poderes públicos, la prohibición del artículo 1 y del artículo 101 les es de aplicación».

<sup>79</sup> RNC de 6.10.2010, *Protocolo de Concesiones de Transporte por Carretera*, Exp. S/0063/08 (según FD 1.º, párrafo 3, se trata de «actuaciones administrativas que no se ajustan a ninguno de los ilícitos prohibidos por LDC»). Sobre los cuales véanse CNC, *La competencia en el transporte interurbano de viajeros en autobús en España*, Septiembre 2008, que se vio seguido de otros dos en marzo de 2010: *Informe de seguimiento del proceso de renovación de concesiones estatales de transporte interurbano de viajeros en autobús*, e *Informe sobre las prórrogas de las concesiones interurbanas de transporte de viajeros en autobús de titularidad autonómica* (los tres disponibles en [www.cncompetencia.es](http://www.cncompetencia.es)). Obsérvese que de ahí vienen las dos impugnaciones que hasta la fecha se han realizado con arreglo al artículo 12.3 de la LDC interpuestas por la CNC, como cuenta P. ÁVILA, «El papel de la Comisión Nacional de Competencia en la actividad de regulación de las Administraciones Públicas», en J. GUILLÉN (dir.): *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones públicas*, Aranzadi, Cizur Menor 2011, págs. 383-385. Véase también P. VIDAL y A.R. LAPRESTA, «Novedades sobre concesiones públicas y competencia, en general, y sobre concesiones de servicios públicos de transporte de viajeros por carretera en particular», *Actualidad Jurídica Uribe Menéndez*, núm. 29/2011, págs. 92-97. Sobre este particular véase, más ampliamente, *infra* nota 100.

En cambio, una solución parecida a la que resulta de la RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09 puede extraerse de la RTDC de 10.12.2003, *Asociaciones Cárnicas*, Exp. r 583/03, que revoca el archivo acordado por el SDC al estimar que «el Servicio debería haber investigado si el MAPA dispone de alguna habilitación por medio de una norma con rango de Ley para promover un acuerdo prohibido, porque el Servicio no puede desconocer que una cosa es disponer de facultades para dictar disposiciones normativas y otra bien distinta tenerlas para promover acuerdos prohibidos por la Ley de Defensa de la Competencia».

<sup>80</sup> La Consejería no solo firma el acuerdo sino que lo redacta «en papel con membrete de la Consejería de Agricultura y Pesca del principado de Asturias» (HP 1, párrafos 3-5 de la resolución) a pesar de lo cual esa intervención solo se consideró relevante para graduar la responsabilidad administrativa de los intervinientes en el cártel, véanse FD 2.3.º y 4.º de la RTDC de 12.12.1996, *Cárteles Sidra*, Exp. 376/96 (ponente J.F. Bermejo Zofío). La Audiencia Nacional confirmó la resolución mediante sentencia –Sala de lo contencioso-administrativo– de 6.5.1999 (ponente M. Fernández Lomana García), en la que se destacaba la «decisiva intervención de la Administración del Principado en la promoción, seguimiento y ejecución del acuerdo» (FD 4.º), afirmando incluso «que no se alcanza a comprender, ni tampoco se ha justificado, que el apoyo de la Administración tenga necesariamente que pasar por la fijación de unos precios y su revisión

Por otro lado, cuando la Comisión europea se ha enfrentado a situaciones análogas, ha enfocado la cuestión siempre desde la perspectiva del efecto que el incentivo o patrocinio que la participación de la autoridad pública podría tener en la aplicabilidad a las empresas del artículo 101 del TFUE, fijándose en qué medida *forzaba* o *impelía* a las empresas un comportamiento contrario a la competencia, o reforzaba un comportamiento anticompetitivo previo<sup>81</sup>, pero no desde la perspectiva de la aplicabilidad de este precepto a la autoridad pública que actúa como tal<sup>82</sup>.

De la misma manera, tampoco en Derecho español de defensa la competencia cabe considerar que la actuación de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía sea una conducta prohibida por la LDC<sup>83</sup>. Cae fuera del ámbito de aplicación subjetivo de la LDC<sup>84</sup>. Y es que no es una conducta que tenga lugar en el mercado<sup>85</sup>.

posterior, que en ningún caso podrán ser inferiores a los del año precedente, y que tendrán, en defecto de acuerdo, un incremento mínimo del IPC; acuerdo del que se deriva una grave rigidez del mercado y un ataque directo a las ventajas de la libre competencia» (FD 5.º, párrafo 5), lo que ni siquiera considera apto para generar confianza legítima en los operadores implicados.(FD 6.º).

<sup>81</sup> ¶¶ 150 a 156 de la Decisión de 2.4.2003 (COMP/C.38.279/F3- *Carnes de vacuno francesas*), ya que «la restricción de la competencia no se debe, como requieren estas disposiciones a comportamientos autónomos de las empresas» (¶ 152) e incluso excusa parcialmente la actuación del Ministerio de Agricultura por la situación de crisis y desorden público (¶ 155). En parecidos términos, ¶ 92 de STGUE de 13.12.2006, *FNCV et al./Comisión*, T-217/03 y T-245/03 y ¶ 71 de la STGUE 20.6.1993, *Asia Motor France et al./Comisión*, T-7/92 ECR [1993] II-696 («la circunstancia de que el comportamiento contrario a la competencia de los importadores acreditados, suponiendo que estuviera demostrado, haya sido favorecido o fomentado por las autoridades francesas, carece por sí misma de influencia en relación con la aplicabilidad del artículo 85 Tratado») y ¶ 118 de la STGUE de 6.4.1995, *Trefilunion, SA/Comisión*, T-148/89, ECR [1995] II-1063. En la doctrina, F. CASTILLO DE LA TORRE, «State Action Defence in EC Competition Law», *World Competition*, vol. 28/3 (2005) pág. 425.

<sup>82</sup> En su caso, el enjuiciamiento de la conducta de las autoridades del Estado miembro habría de transcurrir por la vía del incumplimiento del artículo 4.3 del TUE. Véase STJUE de 16.11.77, *SA G.B.-INNO-B.M. v Association des détaillants en tabac (ATAB)*. As. 13/77, ECR [1977] 2115 «los Estados miembros no pueden promulgar medidas que permitan a las empresas privadas sustraerse a las obligaciones impuestas por los artículos 85 a 94 del Tratado CEE» (¶ 33).

<sup>83</sup> La RCNC considera, sin embargo, que «es responsable de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del RFUE, por su participación en los acuerdos de fijación de precios de la uva y el mosto de Jerez, desde septiembre de 2002 hasta, al menos, julio de 2007» (FD 12.º, párrafo 1) o que, como dice (más elaborado) después «La Administración participa en la elaboración y en la ejecución de un acuerdo anticompetitivo, pero no lo hace en tanto que demandante u oferente de los productos objeto del acuerdo sectorial (no tiene interés comercial en el mismo, pero ya hemos manifestado que esto resulta indiferente), sino que excediéndose de las competencias que le atribuye la normativa participa en el acuerdo con el objetivo anticompetitivo de facilitar la consecución y eficacia del mismo» [FD 12.ª iii), párrafo 6, de la RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09]. Un discurso análogo se contiene en el *Informe sobre competencia y sector agroalimentario*, 2010, págs. 41-43, que avanza tímidamente desde la tradicional relevancia que esa participación puede tener para el enjuiciamiento de la conducta anticompetitiva de las empresas para concluir que «el hecho de que las Administraciones públicas puedan participar en acuerdos potencialmente restrictivos de la competencia con otros operadores del sector o bien, auspiciarlos, no impide la instrucción y eventual sanción de las mismas por parte de las autoridades de competencia, comunitarias o nacionales» (id., pág. 43).

<sup>84</sup> FD 2.º, párrafo 5 del Voto particular. Al parecer esta habría sido también la argumentación de la ADCA que habría considerado en su informe que «[s]e estaría así contemplando una nueva vía de inclusión de los Estados en el ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE (destinado únicamente a empresas)» (FD 12.ª, párrafo 3 *in fine* de la RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09). Adviértase que, en cambio, la situación era la contraria en la RCNC de 14.4.2009, *Colegio farmacéuticos Castilla-La Mancha*, Exp. 639/08, en la que la misma vocal emitió un voto particular discrepante, en aquel caso, la decisión de compra de fármacos en el mercado sí era un conducta de naturaleza empresarial que tenía lugar en el mercado, véase MARCOS, ADI 29 (2009), *cit.* pág. 850.

<sup>85</sup> Véase MARCOS, «Comentario al artículo 4 (Exención legal)», *cit.*, págs. 255 («las actuaciones de la Administración fundadas en el *ius imperii*, las intervenciones normativas y las decisiones administrativas no constituyen prácticas prohibidas

Por eso carece de sentido la posible aplicación de la exención legal («no existe norma alguna con rango de ley que en este supuesto concreto permita a la Administración realizar ese tipo de actuaciones, excluyendo conforme a lo previamente expuesto la normativa de defensa de la competencia»)<sup>86</sup>, pues la norma solo actúa respecto de las conductas típicas que dejan de ser anti-jurídicas por prescripción legislativa. En efecto, la exención legal del artículo 4 de la LDC solo opera respecto de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 –que realicen las empresas en el mercado– y la conducta en cuestión no es una de ellas<sup>87</sup>. La evaluación que la opinión mayoritaria realiza sobre el (inadecuado e irregular) ejercicio de sus potestades por la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía es tan acertada como inoportuna e improcedente. La CNC no es quien para *enmendarle la plana* a las autoridades públicas (autonómicas en este caso) sin acudir a la jurisdicción contenciosa<sup>88</sup>.

Otro tanto cabe decir de la artificial argumentación que realiza la opinión mayoritaria para considerar a la Consejería como «facilitador» del cártel y considerar que procede aplicarse la LDC aunque no fuera operador de mercado. El juicio de la opinión mayoritaria es tan bienintencionado como carente de rigor<sup>89</sup>. Esa solución fue utilizada en un caso por el Tribunal General de la UE en 2008<sup>90</sup> con el propósito de extender el ámbito de aplicación (y especialmente las consecuencias punitivas) frente a conductas deliberadas de organización y cobertura del cártel<sup>91</sup>, lo que no parece existir en la

---

por la ley, independientemente de su contenido. Solamente cabría afirmar la vigencia y operatividad de la exención respecto de conductas o prácticas de agentes económicos, o de los propios poderes públicos cuando actúen como operadores o agentes de mercado») y pág. 268 («no cabrá considerar tales actuaciones de la Administración como posible restricción a la competencia, aunque en su caso podrán cuestionarse en vía contencioso-administrativa»). En cambio, sostiene lo contrario J.I. CUBERO MARCOS, «Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia. Hacia un modelo sin inmunidades», *Revista de Administración Pública*, núm. 184 (enero-abril 2011) págs. 128 y 144.

<sup>86</sup> Véase FD 12.º (i), párrafo 11 de la RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09.

<sup>87</sup> Véanse ¶¶ 25-27 de STJUE de 11.7.2006, *FENIN/Comisión*, C-203/03P y ¶ 82 de la STJUE 26.3.09, *Selext Sistemi Integrati Spa./Comisión y Eurocontrol*, C-113/07P, que excluyen las autoridades públicas que actúan *ius imperii* del concepto de empresa a efectos de las disposiciones de competencia del TFUE. El seguimiento de esta jurisprudencia por el Derecho nacional de los Estados miembros es obligado con arreglo al artículo 3.2 del Reglamento 1/2003, de 16.12. 2002 (relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 Tratado, DOUE núm. L 1, de 1 de 4.1.2003, págs. 1-25), sin que sea posible ampliarlo, véase A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart, Oxford y Portland (Or.) 2011, págs. 165-166.

<sup>88</sup> FD 12.º (i), párrafos 12-16 de la RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09, véase que el corolario del ejercicio que realiza la CNC es la consideración de que «la Administración está desapoderada de sus prerrogativas, precisamente por no ejercer adecuadamente las potestades que tiene atribuidas», lo que, sin embargo, le permite en los párrafos siguientes concluir en un bonito pleonasmo: que la eventual impugnabilidad de la actuación de la Consejería ante la jurisdicción contencioso-administrativa es decisión de la propia jurisdicción contencioso-administrativa.

<sup>89</sup> Véase FD 12.º (ii) y (iii) de la RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09.

<sup>90</sup> Véanse ¶¶ 129 a 136 de la STGUE de 8.7.2008, *Treuhand/Comisión*, T-99/04, ECR [2000] II-1501. La figura del «facilitador» también rondaba la calificación de la implicación del Consejo Regulador y FEDEJEREZ en el cártel del vino de Jerez (según la DI), aunque la CNC la excluyó para considerarles directamente un participante más (FD 11.º de RCNC de 28.7.2010, Exp. S/0091/08).

<sup>91</sup> Refiriéndose a los orígenes de la figura se habla de que «severs the prosecution of significant connected actors who do not "get their hands dirty" but direct or facilitate the predicate offending of operatives within an organizational context», C. HARDING, «Capturing the cartel's friends: Cartel facilitation and the idea of joint criminal enterprise», *European Law Review*, vol. 34/2 (2009) pág. 306.

actuación de la Consejería que, además, resulta impune<sup>92</sup>. Tiene sentido y es lógico utilizar la figura del «facilitador» para hacer frente a sujetos que auxilian y colaboran en el mantenimiento y éxito del cártel, pero extenderla a la autoridad pública en este caso resulta inaudito<sup>93</sup>.

La Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía asume un papel relevante en la organización del cártel, pues es cierto que su participación en el mismo ha sido clave para la estabilidad del complejo acuerdo que implica a sujetos con intereses contrapuestos, pero la Consejería no es un «facilitador» pues la figura está prevista para los cómplices, que deliberada e intencionalmente buscan el objetivo anticompetitivo<sup>94</sup>. Aunque esto no puede saberse, con toda probabilidad la participación de la Consejería en el cártel no perseguía el resultado anticompetitivo (que, en cambio, sí inspiraba la acción del resto de los operadores), sino una mal entendida ordenación y pacificación del sector, que tranquilizase posibles inquietudes políticas, aun a costa de vulnerar flagrantemente el ordenamiento jurídico<sup>95</sup>.

Sin embargo, la cuestión no es la mayor o menor relevancia cualitativa de la implicación de la Consejería en la organización y funcionamiento del cártel<sup>96</sup>, que puede ser todo lo importante que se

<sup>92</sup> Además, puestos a excederse, hubiera sido más coherente imponer una sanción en vez de concluir que «la ausencia de pronunciamientos previos por parte de este Consejo en los que, por una infracción de la normativa de defensa de la competencia, se reconociese la responsabilidad de una Administración pública careciendo de la condición de operador económico y en concepto de facilitador, lo que, en cierta medida, supone un cambio de criterio respecto a expedientes precedentes, deben ser tomados especialmente en consideración a la hora de determinar la procedencia de imponer una sanción a la CAP» (FD 12.<sup>a</sup> *in fine* de la RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09). También lo hubiera sido, en aquel caso con razón, sancionar al Servicio de Salud de la Junta de Castilla-La Mancha en RCNC de 14.4.2009, *Colegio farmacéuticos Castilla-La Mancha*, Exp. 639/08 (FD 7.<sup>o</sup>), y no lo hizo [lo que era criticable MARCOS, ADI 29 (2009), *cit.* pág. 864]. En cualquier caso, lo que de ninguna manera se entiende es por qué se condena a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía y, sin embargo, ni se contempla la cuestión en una actuación análoga (pocos meses antes) de la Consellería do Pesca de la Xunta de Galicia. En aquel caso la CNC dijo, en claro contraste con el fallo aquí comentado: «la intervención de la Consellería en este, como en otros episodios, se produce por la situación de conflicto que vive el sector, causado a menudo por los boicots de unas y otras partes. Ha podido mediar, incluso llamar a las partes a negociar y participar en los acuerdos. Pero debe hacerse notar que cuando lo hace no actúa como Administración reguladora dictando normas» (FD 6.<sup>o</sup>, párrafo 12, RCNC de 26.4.2011, *Plataforma del Mejillón*, S/0107/08, la cuestión brotó allí solo marginalmente al hilo de la argumentación sobre el principio de confianza legítima). Lo mismo cabe decir de la Consejería de Agricultura y Pesca del Principado de Asturias en RTDC de 12.12.1996, *Cárteles Sidra*, Exp. 376/96 (véase *supra* nota 80).

<sup>93</sup> Sin ir más lejos obsérvese el absurdo al que conduce la consideración de la administración autonómica como «facilitador», cuando la propia STGUE de 8.7.2008, *Treuhand/Comisión*, T-99/04, caracteriza *inter alia* al facilitador como aquel que no pone en conocimiento de la Administración el cártel (véase ¶ 130).

<sup>94</sup> Véase HARDING, *European Law Review*, *cit.*, pág. 302. Es cierto que las prohibiciones de prácticas anticompetitivas tanto en el TFUE como en la LDC son de carácter objetivo, y no tienen en cuenta la intención del sujeto, pero la construcción de la figura del facilitador introduce un componente volitivo que no parece que existiera en la actuación de la Consejería, aunque innegablemente participación y presencia en las reuniones del cártel es irregular.

<sup>95</sup> La intervención de las autoridades públicas en el sector parece una constante en la historia de los vinos de Jerez, véase J. MALDONADO ROSSO, *La formación del capitalismo en el marco de Jerez. De la vitivinicultura tradicional a la agroindustria vinatera moderna (siglos XVII y XIX)*, Universidad de Cádiz/Huerga y Fierro Editores, Madrid, 1999, pássim. Antes de que existieran las comunidades autónomas, en el siglo XIX y durante la primera mitad del siglo XX se observa una fuerte intervención pública en la producción del vino de Jerez, instrumentada a través del Ayuntamiento de Jerez de la Frontera, véase A. CABRAL, «Observaciones sobre la regulación y ordenación del mercado del vino en Jerez de la Frontera 1850-1935: los antecedentes del consejo regulador de la denominación de origen Jerez-Xérès-Sherry», *Agricultura y Sociedad*, núm. 44 (jul.-septiembre 1987) 171-197 (disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=82701&orden=109527&info=link>, visitada el 31.3.2012).

<sup>96</sup> Cuestión que se analizaba en ¶ 132 de la STGUE de 8.7.2008, *Treuhand/Comisión*, T-99/04.

quiera (y probablemente lo fue mucho), sino la calidad en la que participaba en las reuniones del cártel. La Consejería intervenía en un ejercicio arbitrario y desviado (contrario a Derecho) de sus potestades públicas, pero la irregularidad de su conducta no puede ser enjuiciada por la CNC, y menos como la de un operador en el mercado más (con lo que sería irrelevante que eventualmente hubiera perseguido un objetivo anticompetitivo). Se puede llegar a comprender la intención de la mayoría del Consejo de la CNC de condenar la actuación de la Consejería de Agricultura y Pesca<sup>97</sup>, pero el fin no justifica los medios. El Ordenamiento jurídico establece otros límites a las actuaciones de las Administraciones públicas que deberían ser eficaces para disuadir este tipo de conductas.

La mayoría del Consejo de la CNC se equivoca y lleva la aplicación de la LDC demasiado lejos. Es cierto que la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía se ha extralimitado en el ejercicio de sus competencias y potestades públicas, pero no pueden olvidarse «los límites de la LDC en relación con la función pública de las Administraciones»<sup>98</sup>.

La Consejería de Agricultura y Pesca tiene competencias en materia de ordenación, planificación y reestructuración de la actividad agrícola en el territorio andaluz<sup>99</sup>. A nadie se le escapa que, de ahí, a promocionar y participar en un cártel, hay un largo trecho. Se puede concluir que la conducta de la Consejería de Agricultura y Pesca es contraria a Derecho, pero no le corresponde a la CNC enjuiciarlo directamente a través de un expediente sancionador por infracción de la LDC. Solo la jurisdicción contencioso-administrativa puede pronunciarse sobre los posibles excesos e ilegalidades de las autoridades públicas andaluzas en el ejercicio de sus potestades administrativas. En su caso, todo lo más que podría hacer la CNC es ejercer la legitimación activa en una demanda de impugnación contra esa conducta (art. 12.3 LDC)<sup>100</sup>.

Sin embargo, parece evidente que ese instrumento serviría de poco en casos como este. La participación de la Administración autonómica andaluza en las reuniones del cártel constituye seguramente una desviación de poder (art. 70.2 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción

<sup>97</sup> Ya en la RCNC de 9.6.2009, Exp. 2779/07 (FD 1.º) se podía apreciar algún exceso de la Consejería de Agricultura ya que, no en vano, fue ella la que aprobó la norma que instrumentaba parcialmente el sistema de cuotas de ventas (art. 32.1 del Reglamento incorporado por la *Orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía 19.2.2007 por la que se modifica la de 2.5.1977, por la que se aprueba el Reglamento de la Denominación de Origen Jerez-Xères-Sherry, Manzanilla Sanlúcar de Barrameda y de su Consejo Regulador*, BOJA núm. 47, de 7.3.2007, pág. 20), aunque en aquella ocasión la CNC cargó las tintas con el Consejo Regulador. En cualquier caso, se puede llegar a comprender el hastío de la CNC hacia las actuaciones autonómicas de corte anticompetitivo en relación con el vino de Jerez.

<sup>98</sup> Voto particular FD 2.º de la RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09. En la doctrina, véanse F. DE LEMUS CHÁVARRI, «El acto administrativo ante la legislación de Defensa de la Competencia», *Boletín Económico de ICE*, núm. 2720 (feb.-marzo 2002) págs. 19-35 y S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «la aplicación del Derecho de la competencia a los poderes públicos. Últimas tendencias», *RDM*, núm. 239 (2001), págs. 253-254 y 256-258.

<sup>99</sup> Artículo 1.2 del Decreto 100/2011, de 19 de abril, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Agricultura y Pesca (BOJA núm. 83, de 29.04.2011, págs. 6-12), que le atribuye competencia en «b) Ordenación, planificación, reforma y desarrollo de los sectores agrario, ganadero y agroalimentario y, de forma especial, la mejora y ordenación de las explotaciones agrícolas, ganaderas y agroforestales».

<sup>100</sup> Véase FD 3.º, párrafos 5-7 del voto particular a RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09. En la doctrina, véase A. GONZÁLEZ-PANZO, «Legitimación activa de la CNC para el ejercicio de acciones jurisdiccionales: Objeto, motivos de impugnación y pretensiones ejercitables», *Anuario de la Competencia 2009*, págs. 115-131 y M. PEDRAZ, «El artículo 12, párrafo 3.º de la Ley 15/2007», *Anuario de la Competencia 2008*, págs. 131-149.



contencioso-administrativa)<sup>101</sup>, articulada mediante una vía de hecho. En la práctica no habrá verdaderos actos administrativos impugnables y, aunque los hubiera, a nadie se oculta el sinsentido y la ineficacia a que conduciría el eventual ejercicio de una acción de impugnación.

Probablemente, ello explique la impunidad con la que, en ocasiones, algunas autoridades y funcionarios públicos realizan actuaciones que pueden suponer una flagrante vulneración del Ordenamiento jurídico (y no solo en materia de defensa de la competencia). En esos casos, la exigencia de responsabilidad a la Administración (art. 139 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)<sup>102</sup>, y a los funcionarios en cuestión cuando proceda, sin descartar el empleo del Derecho penal, pueden ser una solución mejor<sup>103</sup>; particularmente en la medida que actúen como incentivo disuasorio frente a las decisiones de promoción o patrocinio de conductas abiertamente anticompetitivas por los poderes públicos al margen de la ley.

Desde un punto de vista de técnica jurídica, la ilegalidad administrativa, con la consiguiente responsabilidad penal (y eventualmente civil) de la Administración y de los funcionarios actuantes, parecen el tratamiento correcto para conductas como la que las autoridades autonómicas desplegaron en el cártel de la uva y del mosto del Jerez, y contribuirían decididamente a una actuación respetuosa con las normas de defensa de la competencia.

Sin embargo, aunque inspirada en ese propósito, la resolución comentada resulta exorbitante al extender inadecuadamente el ámbito de aplicación de la LDC a una actuación administrativa que no está comprendida entre las conductas reguladas por esa norma. Y ello, constituye un ejercicio desorbitado de sus competencias por la CNC, porque existen otras alternativas para reaccionar contra la actuación arbitraria y desviada de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta. En el apartado siguiente examinamos el posible reflejo de esa actuación administrativa en el enjuiciamiento de la culpabilidad de los operadores implicados en el cártel.

## 5. LA PROTECCIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

Los operadores sancionados por el cártel de la uva y del mosto de Jerez alegaron la falta de culpabilidad de su conducta, en la medida que la participación de la Consejería de Agricultura y Pesca

<sup>101</sup> BOE núm. 167, de 14.07.1998, págs. 23516-23551. También en el caso RCNC de 14.4.2009, *Colegio farmacéuticos Castilla-La Mancha*, Exp. 639/08 [comentado en esta misma publicación, ADI, vol. 29 (2009) págs. 851-852, 854 y 857] considerábamos que, junto a conductas de la Administración que se podían claramente perseguir como una infracción de la prohibición de acuerdos anticompetitivos del artículo 1 de la LDC, existía desviación de poder y otras conductas irregulares de la Administración castellano-manchega que tan solo eran impugnables en la vía contencioso-administrativa.

<sup>102</sup> BOE núm. 285, de 27.11.1992, págs. 40.300-40.319.

<sup>103</sup> Véase artículo 404 (prevaricación) de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24.11.1995, págs. 33.987-34.058). Sobre la falta de aptitud del derecho de defensa de la competencia para corregir la corrupción y el comportamiento delictivo de los funcionarios públicos, véase T.J. BRENNAN, «Local Government Action and Antitrust Policy: An Economic Analysis», *Fordham Urban Law Journal*, vol. 12 (1984), pág. 432.

de la Junta en los acuerdos de fijación de precios, generaba en ellos la confianza sobre la legalidad y conformidad a Derecho de su conducta<sup>104</sup>.

La presencia de la autoridad o Administración pública en torno a una práctica prohibida por la LDC es frecuentemente utilizada por los operadores como argumento frente a una posible acusación por las autoridades de defensa de la competencia<sup>105</sup>. Esta argumentación no es exclusiva de los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia, y se emplea en cualquier procedimiento administrativo sancionador<sup>106</sup>. La jurisprudencia y la doctrina han desgranado varios requisitos que se han de cumplir en la práctica para que pueda entenderse que ha habido confianza legítima y excluir la culpabilidad de los operadores. Se exige que existan signos o actos externos de la Administración que sean suficientemente concluyentes (i), que puedan inducir razonablemente a una empresa a confiar en la legalidad de la actuación administrativa y de su comportamiento anticompetitivo (ii)<sup>107</sup>.

En este caso, la CNC rechazó la defensa de la confianza legítima<sup>108</sup>. En el fondo podría parecer que la solución dependerá de la consideración que se haga de la implicación en el cártel de la Consejería. Por tanto, a la vista del enjuiciamiento que sobre el particular hace la opinión mayoritaria, considerando a la Consejería como facilitadora del cártel, la conclusión evidente debería necesariamente conducir a que sus actuaciones pudieran generar confianza legítima de los operadores en el cártel sobre la legalidad de su conducta.

Sin embargo, ya hemos visto que el tratamiento que la opinión mayoritaria hace de la cuestión no es el correcto (*supra* §4), con lo que el planteamiento de la eventual confianza legítima debe seguir otros derroteros. En el fondo lo que procedería es observar las conductas enjuiciadas en el expediente (fijación de precios), y su carácter prohibido, en el marco de la regulación sectorial que pudiera existir en el sector vitivinícola y agroalimentario. Esa conducta ha estado siempre prohibida.

<sup>104</sup> AH 52 de la RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09. En el cártel de los vinos del Jerez también se planteó la cuestión, aunque la CNC consideró que los operadores eran plenamente conscientes de la ilegalidad de sus conductas y, en aquel caso, fueron ellos las que diseñaron las limitaciones a la competencia, intentando implicar a la Junta de Andalucía, véase FD 9.º de la RCNC de 28.07.2010, S/091/08.

<sup>105</sup> En su caso, cuando proceda, el forzamiento o imposición de la conducta anticompetitiva por las autoridades públicas puede tener implicaciones en términos de falta de culpabilidad y exención de responsabilidad, véase T. VAN DER VIJVER y L. KELLY, «The French Beef case: Coop de France Betail et Viande v. Commission of the European Communities», *ECLR*, vol 30/7 (2009) pág. 328. La intervención de la autoridad pública es considerada atenuante a la participación de los mataderos en el acuerdo de fijación de precios, pero no atenúa la sanción a los ganaderos, que en el fondo eran responsables de la situación de crisis social que habría motivado la intervención del Ministro, véase ¶ 176 de la Decisión de 2.4.2003 (COMP/C.38.279/F3- Carnes de vacuno francesas).

<sup>106</sup> FD 2.º de la STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 28.2.1989; FD 2.º de STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 1.2.1990; FD 3.º de la STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3.ª) de 1.3.1991. En Derecho comunitario, véanse STJUE de 26.4.1988, Asunto 316/86 *Krücken*, ECR [1988] 2013. En la doctrina véase J. GARCÍA LUENGO, *El principio de protección de la confianza legítima en el Derecho administrativo*, Civitas 2002.

<sup>107</sup> Véase J. COSTAS: «La confianza legítima en la actuación de las administraciones públicas como límite al derecho de defensa de la competencia», en GUILLEN, J. (dir.): *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*, cit., págs. 115-116.

<sup>108</sup> FD 9.º de la RCNC de 6.10.2011, Exp. S/0167/09.

De hecho, frente a la posibilidad de estimar que su mera presencia como autoridad especializada en materia agrícola pudiera salvar de cualquier responsabilidad a los agentes implicados<sup>109</sup>, la claridad con la que en todo caso se ha entendido que la PAC y la regulación sectorial en materia agrícola jamás puedan amparar conductas de fijación de precios entre competidores debe conducir al rechazo de esta defensa. A lo sumo, excepcionalmente, en atención a las circunstancias del caso, podría utilizarse como atenuante que disminuya el importe de la multa a pagar.

## CONCLUSIONES

No es infrecuente que los cárteles y acuerdos anticompetitivos en los mercados agroalimentarios cuenten con el patrocinio o promoción de las autoridades públicas. El sector agroalimentario está sometido a una regulación sectorial específica, y la implicación que las fluctuaciones en la oferta y en los precios pueden tener en los productores y en los consumidores han dado pie ocasionalmente a intervenciones públicas favorecedoras de soluciones contrarias a las normas de defensa de la competencia.

El cártel de la uva y del mosto del Jerez, que se imbrica en otras prácticas anticompetitivas en el sector del vino de Jerez también sancionadas por la CNC en 2009, 2010 y 2011, ofrece una buena muestra de lo pernicioso que puede resultar la participación y apoyo por las autoridades públicas de los cárteles y de otras conductas anticompetitivas. Sin embargo, la resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011 se equivoca tanto en el diagnóstico como en el tratamiento que prescribe para la implicación de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía en el cártel.

En efecto, para aplicar la LDC se exige que las conductas y prácticas enjuiciadas caigan en su ámbito de aplicación subjetivo, algo que no ocurre en este caso. La CNC se extralimita al aplicar esta norma a conductas que no se encuentran entre las reguladas por la LDC y todos los esfuerzos que la mayoría del Consejo realiza para justificar su ejercicio no convencen. Es artificial considerarla «facilitadora» del cártel en el sentido que esa figura tiene en la praxis comunitaria (a partir de la STGUE de 8 de julio de 2008, *Treuhand/Comisión*, T-99/04), por mucho que claramente la colaboración de la Junta fuera clave en la estructura y funcionamiento del cártel. Parece obvio que las autoridades y los funcionarios de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta se excedieron en el ejercicio de las potestades públicas de ordenación y planificación en materia agrícola que tenían encomendadas, coadyuvando a una inadmisibles vulneración de la LDC en el mercado de la uva y del mosto de Jerez. No obstante, la CNC no es quien para enjuiciar esa desviación en el ejercicio de sus potestades por las autoridades andaluzas, puesto que las actuaciones administrati-

<sup>109</sup> A la que quizás pudieran conducir las palabras de C.M. MONTERO, «El efecto disuasorio de los instrumentos de defensa de la competencia. Una visión en el ámbito del Derecho Administrativo», en *1989-2007 Una reflexión sobre la política de defensa de la competencia*, Libro Marrón-Círculo de Empresarios, Madrid 2008, pág. 186 («el ejercicio de potestades administrativas y la actuación de los poderes públicos que incidan en la libre competencia, debilitarán la disuasión del comportamiento no querido, en cuanto, inevitablemente su actuación eliminará la responsabilidad del sujeto, la sancionadora, en cuanto falta el elemento subjetivo de la infracción –voluntad o negligencia del infractor–, y la civil, en cuanto rompe el nexo causal, si bien, en este último caso, podría desplazarse a una responsabilidad patrimonial de la Administración Pública actuante»).

vas que no sean actividades económicas quedan excluidas del ámbito de aplicación de la LDC y de las normas de competencia del TFUE. En su caso, como el voto particular apunta acertadamente, la CNC tiene abierta la vía contencioso-administrativa para impugnar las actuaciones irregulares de la Administración autonómica (art. 12.3 LDC).

Finalmente, el traslado a la fiscalía de la información obtenida por la CNC a los efectos de la investigación por aquella de los posibles delitos que pudieran haberse cometido por los funcionarios y autoridades públicas que participaron en el cártel, junto con las eventuales acciones de responsabilidad contra la Administración y contra las personas individualmente intervinientes, pueden ser la mejor cura y tratamiento para instar a una actuación de las Administraciones públicas que sea respetuosa con las normas de la libre competencia.