



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 28 de febrero de 2013¹

Asunto C-681/11

Schenker & Co AG y otros

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria)]

«Competencia — Prácticas colusorias — Artículos 85 CEE, 81 CE y 101 TFUE — Reglamento (CEE) n° 17 — Reglamento (CE) n° 1/2003 — Error de una empresa acerca del carácter colusorio de su conducta (error de prohibición) — Imputabilidad del error de prohibición — Confianza en el asesoramiento jurídico — Confianza en la corrección de la decisión de una autoridad nacional de competencia — Programa de clemencia con arreglo al Derecho nacional de la competencia — Facultad de una autoridad nacional de competencia para declarar colusoria una práctica sin imponer sanciones»

I. Introducción

1. ¿Puede procederse contra una empresa por sus prácticas colusorias si esa empresa consideró erróneamente que su conducta era lícita? Ésta es esencialmente la cuestión jurídica a la que el Tribunal de Justicia debe hacer frente en el presente procedimiento de decisión prejudicial.
2. La autoridad austriaca de la competencia actúa contra diversas empresas de expedición de mercancías por una infracción del artículo 101 TFUE y de las correspondientes disposiciones nacionales en materia de competencia, por haber concertado los precios durante años. Las empresas afectadas se defienden, en esencia, con el argumento de que confiaron de buena fe en el asesoramiento de un despacho de abogados especializado, así como en la decisión del órgano jurisdiccional nacional competente, por lo que no se les puede inculpar por la participación en una práctica colusoria ni se les puede imponer multa alguna.
3. Una vez más se pone de relieve en este asunto que las autoridades y los tribunales de la competencia se enfrentan a problemas en el ejercicio de sus funciones que no se diferencian mucho de los propios del Derecho penal y en cuya solución se suscitan delicadas cuestiones relativas a la protección de los derechos fundamentales. Las orientaciones que formule el Tribunal de Justicia a este respecto son de relevancia fundamental para la futura evolución del Derecho europeo de la competencia y para su aplicación práctica, tanto en el plano de la Unión como en el nacional.

¹ — Lengua original: alemán.

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

4. Desde el punto de vista del Derecho de la Unión, el marco legal de este asunto lo constituyen, en cuanto al Derecho primario, el artículo 85 del Tratado CE(E) y el artículo 81 CE, así como los principios generales del Derecho de la Unión. En cuanto al Derecho derivado, hasta el 30 de abril de 2004 era relevante el Reglamento (CEE) n° 17,² y desde el 1 de mayo de 2004 lo es el Reglamento (CE) n° 1/2003.³

1. Reglamento n° 17

5. Con arreglo al artículo 2 del Reglamento n° 17, las empresas y asociaciones de empresas tenían la posibilidad de obtener de la Comisión Europea una «declaración negativa»:

«La Comisión podrá certificar a petición de empresas y asociaciones de empresas interesadas, que no ha lugar, por su parte, en función de los elementos de que tiene conocimiento, a intervenir en relación con un acuerdo, decisión o práctica en virtud de las disposiciones del [artículo 85, apartado 1, del Tratado CEE] o del artículo 86 del [Tratado CEE].»

2. Reglamento n° 1/2003

6. En el artículo 5, bajo el título «Competencia de las autoridades de competencia de los Estados miembros», se establece:

«Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los [artículos 81 CE y 82 CE] en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:

- orden de cesación de la infracción,
- adopción de medidas cautelares,
- aceptación de compromisos,
- imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional.

Cuando la información de que dispongan no acredite que se reúnen las condiciones para una prohibición, podrán decidir asimismo que no procede su intervención.»

7. Por otro lado, en el artículo 6 del Reglamento n° 1/2003 se encuentra esta disposición sobre la «Competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales»:

«Los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los [artículos 81 CE y 82 CE].»

2 — Reglamento del Consejo, de 6 de febrero de 1962: Primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 13, p. 204; EE 08/01, p. 22; en lo sucesivo, «Reglamento n° 17»).

3 — Reglamento del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento n° 1/2003»). En virtud de su artículo 45, párrafo segundo, este Reglamento está en vigor desde el 1 de mayo de 2004.

8. Con arreglo al artículo 35, apartado 1, del Reglamento n° 1/2003, las autoridades de competencia designadas para aplicar los artículos 81 CE y 82 CE pueden incluir órganos jurisdiccionales.

9. Las facultades de la Comisión Europea se regulan como siguen en el artículo 7, apartado 1, del Reglamento n° 1/2003:

«Cuando la Comisión, de oficio o previa denuncia de parte, constate la existencia de una infracción de los artículos 81 [CE] u 82 [CE] podrá ordenar mediante decisión a las empresas y asociaciones de empresas involucradas que pongan fin a la infracción constatada. [...] Cuando la Comisión tenga un interés legítimo para hacerlo, podrá igualmente constatar la pasada comisión de una infracción.»

10. Asimismo, el artículo 23, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003 otorga a la Comisión Europea la siguiente facultad sancionadora:

«Mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia:

a) infrinjan las disposiciones de los artículos 81 [CE] u 82 [CE] [...]»

11. A título complementario procede referirse al artículo 10 del Reglamento n° 1/2003, que contiene la siguiente disposición sobre la «Declaración de inaplicabilidad»:

«Cuando así lo requiera el interés público comunitario relativo a la aplicación de los artículos 81 [CE] y 82 [CE], la Comisión podrá declarar mediante decisión adoptada de oficio que el artículo 81 [CE] no es aplicable a un acuerdo, a una decisión de asociación de empresas o a una práctica concertada, bien porque no se reúnan las condiciones del apartado 1 del artículo 81 [CE], bien porque se reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 [CE].

[...]»

B. *Derecho nacional*

12. Del 1 de enero de 1989 al 31 de diciembre de 2005 estuvo en vigor en Austria la Kartellgesetz 1988 (Ley austriaca de defensa de la competencia de 1988; en lo sucesivo, «KartG 1988»).⁴ El artículo 16 de la KartG 1988 contenía la siguiente definición de cártel de escasa entidad («Bagatellkartell»):

«Son cárteles de escasa entidad aquellos que, en el momento de su aparición, en el mercado:

1. tienen una cuota de mercado inferior al 5 % en todo el país y
2. tienen una cuota de mercado inferior al 25 % en cualquier parte territorial del mercado nacional.»

13. Con arreglo al artículo 18, apartado 1, número 1, de la KartG 1988, los cárteles de escasa entidad podían ponerse en práctica incluso antes de ser autorizados en firme, salvo cuando la incorporación de nuevas empresas al cártel llevara a la superación de los límites establecidos en el artículo 16 de la KartG 1988.

4 — BGBl. n° 600/1988.

14. Desde el 1 de enero de 2006 está en vigor en Austria la Kartellgesetz 2005 (en lo sucesivo, «KartG 2005»),⁵ cuyo artículo 1, apartado 1, contiene una prohibición de prácticas colusorias análoga a la del artículo 81 CE, apartado 1 (actualmente, artículo 101 TFUE, apartado 1). De nuevo, se excluyen de esa prohibición, con arreglo al artículo 2, apartado 2, número 1, de la KartG 2005:

«Los cárteles en que participen empresarios que, en conjunto, tengan una cuota en todo el mercado nacional no superior al 5 % y tengan una cuota de mercado no superior al 25 % en cualquier parte territorial del mercado nacional (cárteles de escasa entidad).»

15. El artículo 28, apartado 1, de la KartG 2005 establece:

«Una vez se haya puesto fin a la infracción [...], el tribunal de competencia deberá declarar la existencia de tal infracción siempre que exista un interés legítimo en ello.»

III. Hechos y litigio principal

16. Ante los tribunales nacionales competentes en materia de competencia se dirime un litigio entre la Bundeswettbewerbsbehörde (autoridad de defensa de la competencia) austriaca y una serie de empresas de expedición de mercancías que operan en Austria.

17. Los antecedentes del litigio consisten en un cártel mantenido durante años en el mercado austriaco de servicios de expedición de mercancías, la llamada Spediteurs-Sammelladungs-Konferenz (Conferencia de transportistas de envíos agrupados; en lo sucesivo, «SSK»), que, en forma de «comunidad de intereses», contaba entre sus miembros con una cuarentena de empresas de expedición de mercancías.⁶ En el marco de la SSK se celebraron entre las empresas de expedición de mercancías implicadas, en particular, acuerdos relativos a las tarifas de los envíos agrupados nacionales, es decir, servicios de expedición de mercancías en que envíos individuales de distintos remitentes se unifican logísticamente en un solo envío agrupado y después se distribuyen entre los distintos lugares de destino.

18. La SSK apareció a mediados de los años noventa. A la vista de la creación del Espacio Económico Europeo el 1 de enero de 1994, las empresas implicadas trataron de no entrar en conflicto con la legislación europea en materia de competencia, por lo que limitaron su cooperación al territorio de la República de Austria.

19. El 30 de mayo de 1994, se dotó a la SSK de la forma de sociedad civil, acordándose como cláusula suspensiva la autorización de los tribunales de competencia.

20. El 28 de junio de 1994 se solicitó al Kartellgericht (Tribunal de competencia) austriaco que autorizara la SSK como «cártel notificado».⁷ Se adjuntó a la solicitud el acuerdo marco de la SSK, y los solicitantes valoraron los hechos desde el punto de vista del Derecho austriaco y del Derecho europeo de la competencia. En el procedimiento ante el Kartellgericht se presentó un informe provisional del Paritätischer Ausschuss für Kartellangelegenheiten,⁸ en que se concluía que el cártel

5 — BGBl. n° 61/2005.

6 — Las organizaciones predecesoras de la SSK (la «Auto-Sammelladungskonferenz» y la «Bahn-Sammelladungskonferenz») se remontan a los años setenta y, hasta su extinción el 31 de diciembre de 1993, gozaban en Austria de la condición de «cárteles autorizados».

7 — Expediente 4 Kt 533/94.

8 — Hasta su supresión mediante la Kartellgesetz-Novelle 2002 (Ley de reforma de la ley de defensa de la competencia de 2002), el Paritätischer Ausschuss für Kartellangelegenheiten (Comité paritario para asuntos relacionados con cárteles) fue un órgano consultor para el Kartellgericht. Su actividad se regulaba en los artículos 49, 112 y 113 KartG 1988.

no afectaba al comercio interestatal, por lo que no debían aplicarse las normas europeas en materia de competencia. Sin embargo, dado que en el informe definitivo se consideraba que la SSK carecía de «justificación desde el punto de vista macroeconómico», se terminó retirando la solicitud de autorización.

21. El 6 de febrero de 1995, el Zentralverband der Spediteure (federación de transportistas; en lo sucesivo, «ZV») solicitó al Kartellgericht que declarase que la SSK era un cártel de escasa entidad en el sentido del artículo 16 de la KartG 1988 y, por lo tanto, no requería una autorización.⁹ El Kartellgericht examinó el expediente del procedimiento de autorización del año 1994¹⁰ y tomó nota del argumento jurídico que el Paritätischer Ausschuss había expuesto sobre la cuestión de la aplicabilidad del Derecho europeo de la competencia. Mediante decisión de 2 de febrero de 1996, el Kartellgericht declaró que la SSK era un cártel de escasa entidad en el sentido del artículo 16 de la KartG 1988. Al no ser impugnada, la decisión adquirió fuerza de cosa juzgada.

22. También el despacho de abogados elegido por el Kartellbevollmächtigter (representante del cártel ante el Kartellgericht) de la SSK como asesor¹¹ fue del parecer que la SSK debía ser considerada como un cártel de escasa entidad. Este punto de vista se pone de relieve en varios de sus escritos de asesoramiento.

23. En primer lugar, los abogados contratados confirmaron que las actividades previstas de la SSK podían implantarse sin reservas según lo dispuesto en su acuerdo marco. En su escrito de 11 de marzo de 1996 hicieron constar los puntos que debían tenerse en cuenta al organizar la SSK como cártel de escasa entidad. El escrito no trataba expresamente la cuestión relativa a si el cártel de escasa entidad era compatible con el Derecho de la competencia europeo.

24. Por otro lado, en otro escrito del año 2001, con motivo de una modificación de la estructura tarifaria de la SSK, el despacho de abogados expuso que la existencia o no de un cártel de escasa entidad únicamente dependía de si las empresas participantes conjuntamente superaban una cuota de mercado determinada.

25. Con vistas a la entrada en vigor de la Kartellgesetz-Novelle 2005 el 1 de enero de 2006, la ZV volvió a solicitar al despacho de abogados que examinara la cuestión relativa a los efectos que la reforma de la normativa legal produciría en la SSK. En su respuesta de 15 de julio de 2005, el despacho de abogados advirtió que era necesario comprobar si la cuota de la SSK superaba el 5 % del mercado nacional y si los acuerdos adoptados en el marco de la SSK quedaban excluidos de la prohibición de cárteles. En el escrito no se trató la cuestión relativa a la compatibilidad con el Derecho de la competencia europeo.

26. La ZV recabó mediante una consulta por correo electrónico las cuotas de mercado de los miembros de la SSK en el transporte de envíos agrupados dentro de Austria en el sector de la carga fraccionada para los años 2004, 2005 y 2006. Aplicando los principios de delimitación del mercado en los que se había basado la decisión declarativa del Kartellgericht, calculó las cuotas de mercado de la SSK en un 3,82 % para 2005 y en un 3,23 % para 2006. Al menos a los miembros más importantes de la SSK se les comunicó que no se superaba el umbral del 5 %. Según la resolución de remisión, no cabe considerar que en los años hasta incluido 2004 se superase el umbral del 5 % debido a nuevas incorporaciones.

9 — Expediente 4 Kt 79/95-12.

10 — Véase también el punto 20 de las presentes conclusiones.

11 — [Nota no destinada a la publicación.]

27. El 11 de octubre de 2007 la Comisión Europea comunicó que había practicado una inspección por sorpresa en los locales de distintos proveedores de servicios internacionales de expedición de mercancías, ante la sospecha de prácticas comerciales restrictivas de la competencia. A raíz de ello, el 29 de noviembre de 2007 el consejo de administración de la SSK adoptó la decisión unánime de liquidar la SSK, decisión de la que se informó a los miembros de la SSK el 21 de diciembre de 2007.

28. La Bundeswettbewerbsbehörde reprocha ahora a las empresas implicadas en la SSK que «participaron desde 1994 hasta el 29 de noviembre de 2007 en una única infracción compleja y multiforme del Derecho de la competencia europeo y nacional, pues concertaron para toda Austria las tarifas correspondientes al transporte nacional de envíos agrupados». En el litigio principal, la Bundeswettbewerbsbehörde ha solicitado que se impongan multas a la mayoría de las empresas implicadas, por su participación en el cártel.¹² En cuanto a la compañía Schenker, que se ofreció como testigo principal, contra ella se ejerce únicamente una acción declarativa de infracción del artículo 101 TFUE y del artículo 1 de la KartG 2005 (o del artículo 9 en relación con el artículo 18 de la KartG 1988), sin sanciones pecuniarias.

29. Las empresas de expedición de mercancías se defienden, en particular, alegando que habían confiado en el asesoramiento especializado de un asesor jurídico de confianza y con experiencia en Derecho de la competencia, y que la SSK había sido reconocida como cártel de escasa entidad en el sentido del artículo 16 de la KartG 1988 por el Kartellgericht. A su parecer, el Derecho de la competencia europeo no resultaba aplicable, ya que la limitación de la competencia que practicaba la SSK no afectaba al comercio interestatal.

30. En primera instancia, este argumento de la defensa prosperó: mediante resolución parcial de 22 de febrero de 2011, el Oberlandesgericht Wien, como tribunal de competencia, desestimó las pretensiones de la Bundeswettbewerbsbehörde.¹³ En la motivación argumentó, en particular, que no se podía imputar a las empresas una actuación ilícita en sus acuerdos sobre precios, pues podían invocar la decisión declarativa del Kartellgericht de 2 de febrero de 1996 y, además, habían recabado asesoramiento jurídico de un despacho de abogados especializado. En lo que respecta, en concreto, a la compañía Schenker, como testigo principal, el Oberlandesgericht consideró que está reservado en exclusiva a la Comisión Europea determinar infracciones sin imponer multas.

31. Impugnando la resolución del Oberlandesgericht Wien en primera instancia, la Bundeswettbewerbsbehörde y el Bundeskartellanwalt han interpuesto recurso ante el Oberster Gerichtshof en su condición de tribunal superior de competencia. En el procedimiento ante el Oberster Gerichtshof, la Comisión Europea ha presentado observaciones por escrito con fecha de 12 de septiembre de 2011.¹⁴

12 — Como fundamento para las multas se invocan los artículos 142, apartado 1, letras a) y d), de la KartG 1988 y el artículo 29, apartado 1, letras a) y d), de la KartG 2005.

13 — Expediente 24 Kt 7, 8/10-146.

14 — Véase, al respecto, el artículo 15, apartado 3, párrafo tercero, del Reglamento nº 1/2003.

IV. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

32. Mediante resolución de 5 de diciembre de 2011, recibida en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 27 de diciembre de 2011, el Oberster Gerichtshof austriaco, en su condición de tribunal superior de competencia,¹⁵ (en lo sucesivo, también «órgano jurisdiccional remitente»), ha remitido al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) ¿Pueden sancionarse con una multa las infracciones de una empresa contra el artículo 101 TFUE si la empresa incurrió en error en cuanto al carácter lícito de su comportamiento y no cabe imputarle dicho error?

En caso de respuesta negativa a la primera cuestión:

- 1 a) ¿Cabe no imputarle el error sobre el carácter lícito de su comportamiento si la empresa se comportó siguiendo el consejo de un asesor jurídico con experiencia en Derecho de la competencia y el error de asesoramiento no se apreciaba ni de forma manifiesta ni mediante la comprobación exigible a la empresa?
- 1 b) ¿Cabe no imputarle el error sobre el carácter lícito de su comportamiento si la empresa confió en que era correcta la decisión de las autoridades nacionales de la competencia que examinaron la conducta enjuiciada únicamente conforme al Derecho de la competencia nacional y la consideraron admisible?
- 2) ¿Están facultadas las autoridades nacionales de la competencia para declarar que una empresa participó en un cártel que infringe el Derecho de la competencia de la Unión si a la empresa no se le ha de imponer ninguna multa al haber solicitado acogerse al programa de clemencia?»

33. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, además de Schenker y otras muchas empresas intervinientes en el procedimiento principal, han presentado observaciones por escrito la Bundeswettbewerbsbehörde y el Bundeskartellanwalt austriacos, los Gobiernos de Italia y Polonia y la Comisión Europea. La Bundeswettbewerbsbehörde y la mayoría de las empresas intervinientes, además de la Comisión Europea, estuvieron representados también en la vista celebrada el 15 de enero de 2013.

V. Apreciación

34. El presente asunto versa sobre la SSK, un cártel que operó durante muchos años en Austria, en parte durante la vigencia del Reglamento n° 17, en parte durante la vigencia del Reglamento n° 1/2003.

35. En cuanto al fondo del asunto, todo gira en torno a la cuestión de si las empresas participantes en la SSK podían considerar de buena fe que los acuerdos sobre precios que celebraban no perjudicaban al comercio entre los Estados miembros y que, por tanto, estaban comprendidos únicamente en el ámbito de aplicación del Derecho austriaco de la competencia, y no en el del Derecho europeo de la competencia.

15 — Expediente 16 Ok 4/11.

36. Aparentemente, los miembros de la SSK creían moverse «en la zona segura» desde el punto de vista del Derecho de la Unión, al limitar a Austria el ámbito de aplicación territorial de su cártel. Sin embargo, a la vista de la jurisprudencia de los tribunales de la Unión y de la práctica administrativa de la Comisión Europea es evidente que esa interpretación era *objetivamente* errónea.¹⁶ Sin embargo, no está claro si se puede imputar *subjetivamente* a las empresas afectadas su infracción de la prohibición de prácticas colusorias que establece el Derecho de la Unión. Dicho de otra manera, se trata aquí de comprobar si las empresas participantes en la SSK infringieron de forma *culpable* dicha prohibición.

37. En su resolución de remisión, el órgano jurisdiccional remitente, al igual que los intervinientes/coadyuvantes en sus observaciones, se remite al artículo 101 TFUE, que, sin embargo, no entró en vigor hasta el 1 de diciembre de 2009. En cambio, la práctica colusoria controvertida se produjo en un período en que eran de aplicación el artículo 81 CE e incluso el artículo 85 del Tratado CE(E). Por lo tanto, para poder dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente para la resolución del litigio principal, procede responder a la petición de decisión prejudicial a la vista de estas dos últimas disposiciones. Ciertamente, las siguientes reflexiones pueden trasladarse sin problemas a la prohibición europea de prácticas colusorias en su versión actualmente vigente del artículo 101 TFUE. Por eso, en aras de la simplicidad, la mayor parte de las veces haré referencia a la «prohibición europea de prácticas colusorias», que en esencia es regulada con igual contenido en los tres preceptos mencionados.

A. El error de prohibición excluyente de la culpa en el Derecho europeo de la competencia (primera parte de la primera cuestión prejudicial)

38. Con la primera parte de su primera cuestión, el Oberster Gerichtshof desea saber si se puede imponer una multa a una empresa por haber infringido la prohibición de prácticas colusorias que establece el Derecho de la Unión, si dicha empresa incurrió en un error acerca de la licitud de su conducta y no le es imputable ese error. En otras palabras, se ha de aclarar la cuestión de principio de si el Derecho europeo de la competencia reconoce el instituto del error de prohibición excluyente de la culpa, reconocido en el Derecho penal general. El Tribunal de Justicia ha podido tocar, como mucho, tangencialmente este tema en su jurisprudencia hasta el momento,¹⁷ pero nunca lo ha tratado detenidamente.

39. A diferencia de lo que opina la Comisión Europea, en modo alguno es superflua la respuesta a esta primera parte de la primera cuestión prejudicial ni puede sustituirse por la mera apreciación de las demás cuestiones. En efecto, algunas de esas otras cuestiones se plantean sólo subsidiariamente y, por lo demás, todas ellas tienen como presupuesto lógico que en el Derecho europeo de la competencia exista un error de prohibición excluyente de la culpa. Por lo tanto, necesariamente debe aclararse primero si en efecto es así.

16 — Sentencias de 17 de octubre de 1972, Vereeniging van Cementhandelaren/Comisión (8/72, Rec. p. 977), apartado 29; de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión (42/84, Rec. p. 2545), apartado 22 *in fine*; de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax (C-238/05, Rec. p. I-11125), apartado 37, y de 24 de septiembre de 2009, Erste Group Bank y otros/Comisión (C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P y C-137/07 P, Rec. p. I-8681), apartado 38; Comunicación de la Comisión «Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado» (DO L 2004, C 101, p. 81), sección 3.2.1 (especialmente el apartado 78).

17 — Véanse, en particular, las sentencias de 1 de febrero de 1978, Miller International Schallplatten/Comisión («Miller», 19/77, Rec. p. 131), apartado 18, y de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion française y otros/Comisión (100/80 a 103/80, Rec. p. 1825), apartados 111 y 112. En la sentencia de 10 de diciembre de 1985, Stichting Sigarettenindustrie y otros/Comisión (240/82 a 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 y 269/82, Rec. p. 3831), apartado 60, se menciona incidentalmente el concepto de error de prohibición. En las sentencias de 12 de julio de 1979, BMW Belgium y otros/Comisión («BMW Belgium», 32/78 y 36/78 a 82/78, Rec. p. 2435), apartados 43 y 44, y de 8 de noviembre de 1983, IAZ International Belgium y otros/Comisión (96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369), apartado 45, el Tribunal de Justicia se limita a afirmar, sin entrar a examinar en concreto un posible error de prohibición, que no es determinante si una empresa era consciente o no de una vulneración de la prohibición contenida en el artículo 85 del Tratado CEE. En las conclusiones del Abogado General Mayras presentadas el 13 de noviembre de 1975 en el asunto General Motors/Comisión (26/75, Rec. pp. 1367, 1390), se aprecia un error de prohibición y por ese motivo se rehúsa a imponer una multa por dolo.

40. Como punto de partida para las reflexiones sobre este problema podría considerarse que, si bien el Derecho de competencia no forma parte esencial del Derecho penal,¹⁸ es un hecho reconocido que tiene un carácter similar al Derecho penal.¹⁹ En consecuencia, en el Derecho de competencia deben respetarse ciertos principios procedentes del Derecho penal, que en último término se fundamentan en el Estado de Derecho y en el principio de culpabilidad. Entre ellos, además del principio de responsabilidad personal, que ha ocupado reiteradamente a los tribunales de la Unión en asuntos de competencia hasta en los últimos tiempos,²⁰ figura también el principio *nulla poena sine culpa*.

41. Aunque el Tribunal de Justicia, en su jurisprudencia, aún no ha tenido que examinar en profundidad el principio *nulla poena sine culpa*, hay indicios de que entiende como evidente su vigencia en el Derecho de la Unión.²¹ A esto se ha de añadir que se trata de un principio con carácter de derecho fundamental que procede de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros.²² Es cierto que en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en el CEDH²³ no se menciona expresamente este principio, pero es un presupuesto necesario de la presunción de inocencia. Por eso se puede afirmar que el principio *nulla poena sine culpa* está contenido implícitamente tanto en el artículo 48, apartado 1, de la Carta como también en el artículo 6, apartado 2, del CEDH, que de forma reconocida se han de considerar en los procedimientos de competencia.²⁴ En último término, ambas disposiciones de la Carta y del CEDH pueden entenderse como expresión procesal del principio *nulla poena sine culpa*.

42. En relación con las sanciones que impone la Comisión Europea por prácticas colusorias, el principio *nulla poena sine culpa* se refleja tanto en el artículo 15, apartado 2, del antiguo Reglamento n° 17 como en el actualmente vigente artículo 23, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003: Con arreglo a ambas disposiciones, en materia de competencia sólo se pueden imponer multas en caso de infracciones dolosas o culposas.

18 — En su sentencia de 23 de noviembre de 2006, Jussila/Finlandia (asunto n° 73053/01, *Recueil des arrêts et décisions* 2006-XIV), apartado 43, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no incluyó el Derecho de competencia dentro del Derecho penal clásico y consideró que las garantías penales derivadas del artículo 6, apartado 1, del CEDH, que no forman parte del «núcleo duro» del Derecho penal, no han de aplicarse necesariamente con toda su rigidez.

19 — Véanse al respecto mis conclusiones presentadas el 3 de julio de 2007 en el asunto ETI y otros (C-280/06, Rec. p. I-10893), punto 71, y el 8 de septiembre de 2011 en el asunto Toshiba Corporation y otros (C-17/10), punto 48, y jurisprudencia citada en cada caso. El Tribunal de Justicia aplica en constante jurisprudencia principios jurídico-penales en el Derecho europeo de la competencia (sobre la presunción de inocencia, véase la sentencia de 8 de julio de 1999, Hüls/Comisión, C-199/92 P, Rec. p. I-4287, apartados 149 y 150, y sobre el principio *ne bis in idem*, véase la sentencia de 14 de febrero de 2012, Toshiba Corporation y otros, C-17/10, apartado 94). Por su parte, en su sentencia de 27 de septiembre de 2011, Menarini Diagnostics/Italia (asunto n° 43509/08, apartados 38 a 45), el TEDH reconoce el carácter penal, en el sentido del artículo 6, apartado 1, del CEDH, a una multa impuesta por la autoridad italiana de competencia por prácticas colusorias.

20 — Entre otras muchas, véanse las sentencias de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Rec. p. I-4125), apartados 145 y 204; de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros (C-280/06, Rec. p. I-10893), apartado 39; de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel y otros/Comisión (C-97/08 P, Rec. p. I-8237), apartado 56, y de 19 de julio de 2012, Alliance One International y Standard Commercial Tobacco/Comisión y Comisión/Alliance One International y otros (C-628/10 P y C-14/11 P), apartado 42.

21 — En la sentencia de 18 de noviembre de 1987, Maizena y otros (137/85, Rec. p. 4587), apartado 14, el Tribunal de Justicia afirmó que el principio de *nulla poena sine culpa* es un «principio típico de Derecho penal». Asimismo, en la sentencia de 11 de julio de 2002, Käserei Champignon Hofmeister (C-210/00, Rec. p. I-6453), especialmente apartados 35 y 44, se supone su existencia en el Derecho de la Unión. Véanse también las conclusiones del Abogado General Lenz presentadas el 11 de julio de 1992 en el asunto Van der Tas (C-143/91, Rec. p. I-5045), punto 11, y (en general sobre el principio de culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador) las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 24 de enero de 2008 en el asunto Michaeler y otros (C-55/07 y C-56/07, Rec. p. I-3135), punto 56.

22 — Conclusiones del Abogado General Ven Gerven presentadas el 15 de septiembre de 1993 en el asunto Charlton y otros (C-116/92, Rec. p. I-6755), punto 18.

23 — Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»); firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950).

24 — Sentencias Hüls/Comisión, citada en la nota 19, apartados 149 y 150, en relación con el artículo 6, apartado 2, del CEDH, y de 22 de noviembre de 2012, E.ON Energie/Comisión (C-89/11 P), apartados 72 y 73, en relación con el artículo 48, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales; en idéntico sentido también la propia sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands y United Brands Continentaal/Comisión («United Brands», 27/76, Rec. p. 207), apartado 265.

43. Lo mismo ha de suceder cuando infracciones contra el Derecho de la competencia de la Unión sean objeto de procedimientos ante autoridades o tribunales nacionales de la competencia, pues en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión los órganos nacionales deben tener en cuenta los principios generales del Derecho de la Unión en el ejercicio de sus competencias.²⁵ Nada distinto se desprende del artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003, que, en definitiva, pretende asegurar la primacía de las valoraciones del Derecho de la competencia de la Unión frente al Derecho de la competencia de los Estados miembros.

44. Del principio *nulla poena sine culpa* se desprende que sólo se puede responsabilizar a una empresa de una práctica colusoria cometida desde un punto de vista estrictamente objetivo, si dicha infracción también es imputable desde el punto de vista subjetivo. En cambio, si la empresa ha incurrido en un error de prohibición excluyente de la culpa, ni se puede declarar que haya cometido una infracción ni ésta puede servir de fundamento para imponer sanciones, como pueden ser las multas.

45. Cabe destacar que no todo error de prohibición sirve para excluir totalmente la culpa de una empresa que participa en un cártel y, por tanto, la existencia de una infracción merecedora de sanción. Sólo si el error en que incurrió la empresa respecto a la licitud de su conducta en el mercado fue *inevitable* (en ocasiones se habla también de error *disculpable* o de error *no imputable*) se puede considerar que no hubo culpa por parte de la empresa y no debe ser sancionada por la infracción colusoria en cuestión.

46. En realidad, tal error de prohibición inevitable se produciría muy pocas veces. Sólo se puede apreciar que existe si la empresa afectada ha hecho todo lo razonablemente posible y exigible para evitar la infracción, que se le imputa, del Derecho de la competencia de la Unión.

47. Si la empresa afectada pudo haber evitado el error que cometió sobre la licitud de su conducta en el mercado, como a menudo sucede, mediante las prevenciones adecuadas, no podrá sustraerse a la sanción que se le imponga por la práctica colusoria cometida. Al contrario, al menos se la podrá hacer responsable de una infracción imprudente,²⁶ lo cual, en función del grado de complejidad de las cuestiones de competencia de que se trate, *puede* (pero no *debe*) dar lugar a una reducción de la multa.²⁷

48. Si un error de prohibición de una empresa implicada en un cártel fue evitable o inevitable (imputable o no imputable) es algo que debe valorarse atendiendo a criterios uniformes a efectos del Derecho de la Unión, a fin de que todas las empresas que operen en el mercado interior estén sujetas a unas mismas condiciones marco en cuanto al Derecho sustantivo de la Unión en materia de competencia («level playing field»)²⁸ Este tema deberá ser abordado con mayor profundidad al tratar la segunda parte de la primera cuestión prejudicial, a la que me dedico a continuación.

25 — Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 26 de abril de 2005, «Goed Wonen» (C-376/02, Rec. p. I-3445), apartado 32; de 11 de julio de 2006, Chacón Navas (C-13/05, Rec. p. I-6467), apartado 56, y de 27 de septiembre de 2007, Twoh International (C-184/05, Rec. p. I-7897), apartado 25.

26 — Véanse al respecto las conclusiones del Abogado General Mayras presentadas en el asunto General Motors/Comisión, citadas en la nota 17.

27 — Comisión Europea, Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n° 1/2003 (DO 2006, C 210, p. 2; en lo sucesivo, «Directrices de 2006»), apartado 29, segundo guión.

28 — Véanse al respecto también el octavo considerando del Reglamento n° 1/2003 y mis conclusiones presentadas el 6 de septiembre de 2012 en el asunto Expedia (C-226/11), punto 37 y jurisprudencia citada.

B. Imputabilidad del error de prohibición (segunda parte de la primera cuestión)

49. Si, como propongo,²⁹ en el Derecho de la competencia de la Unión se reconoce el instituto del error de prohibición excluyente de la culpa, será preciso analizar también la segunda parte de la primera cuestión prejudicial, formulada de forma subsidiaria [primera cuestión, letras a) y b)]. Con ella, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, qué deberes de diligencia debe haber satisfecho la empresa para que se pueda afirmar que incurrió en un error de prohibición inevitable (no imputable) en relación con la licitud de su conducta en el mercado y, por tanto, quede excluida su culpa, de manera que no se le pueda sancionar por una eventual práctica colusoria.

50. En particular, se trata de analizar en qué condiciones, en su caso, la confianza de la empresa afectada en el asesoramiento jurídico [primera cuestión, letra a); véase a continuación la sección 1] o en la decisión de una autoridad nacional de competencia [primera cuestión, letra b); véase más adelante la sección 2] puede justificar que se considere que no es imputable a la empresa un eventual error de prohibición y, por tanto, no proceda imponerle sanciones por prácticas colusorias.

1. Confianza de la empresa en el asesoramiento jurídico [primera cuestión, letra a)]

51. Con la primera cuestión, letra a), el órgano jurisdiccional remitente solicita orientación acerca de si se puede apreciar un error de prohibición excluyente de la culpa cuando una empresa ha confiado en el consejo de un abogado en cuanto a la práctica colusoria que se le reprocha.

52. Esta cuestión parcial se suscita en el contexto de diversas comunicaciones por escrito realizadas por un despacho de abogados elegido por la SSK, a las que se remiten ahora en el procedimiento principal las empresas afectadas para su defensa.

53. Entre las partes es objeto de encendida controversia si cabe considerar el asesoramiento jurídico a los efectos de valorar la culpa de una empresa por una infracción colusoria. Mientras que las empresas intervinientes en el procedimiento prejudicial lo afirman unánimemente,³⁰ la Comisión Europea y los Estados miembros y autoridades nacionales representados ante el Tribunal de Justicia sostienen el punto de vista contrario.

a) Sobre la relevancia del consejo jurídico en el sistema del Reglamento n° 1/2003

54. Hasta hora, que se aprecie, el Tribunal de Justicia sólo se ha ocupado una vez, y de forma relativamente tangencial, de esta problemática. En la sentencia Miller declaró que las manifestaciones de un asesor jurídico no pueden excusar a la empresa de su infracción del artículo 85 del Tratado CEE.³¹

55. Dicha apreciación del Tribunal de Justicia en la sentencia Miller debe interpretarse en el contexto de la legislación entonces vigente. Hasta el 30 de abril de 2004, con arreglo al Reglamento n° 17, las empresas estaban facultadas para presentar a la Comisión Europea, para su aprobación, los acuerdos celebrados entre ellas, o para solicitar a la Comisión una declaración negativa. De esta manera, las empresas que operaban en el mercado común podían obtener de las autoridades seguridad jurídica sobre la compatibilidad de su conducta con el Derecho europeo de la competencia. Una empresa que,

29 — Véanse mis argumentos sobre la primera parte de la primera cuestión (puntos 38 a 48 de las presentes conclusiones).

30 — Con la excepción de Schenker, que no se ha pronunciado al respecto y que sólo ha formulado observaciones por escrito y verbales sobre la segunda cuestión prejudicial.

31 — Sentencia Miller, citada en la nota 17, apartado 18. En aras de la integridad, cabe añadir que, además, en la sentencia BMW Belgium, citada en la nota 17, apartados 43 y 44, se comunicó que la empresa afectada había invocado en su defensa el informe de un abogado, pero el Tribunal de Justicia no se pronunció en concreto a este respecto.

en lugar de seguir esta vía, confiase simplemente en el consejo de un abogado no estaba haciendo todo lo posible y exigible para evitar una infracción del Derecho europeo de la competencia. Por sí sola, la confianza de una empresa en el informe de un abogado no bastaba en aquel momento para calificar un error de prohibición de inevitable y por tanto como excluyente de culpa.

56. Pero la jurisprudencia *Miller* ya no se puede trasladar al actual marco legal. Con el Reglamento n° 1/2003, en vigor desde el 1 de mayo de 2004, se produjo un cambio de modelo en la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión. El antiguo sistema de notificación y autorización del Reglamento n° 17 se sustituyó por el nuevo sistema de excepción legal.³² Desde entonces, ni la Comisión Europea ni las autoridades o tribunales de competencia de los Estados miembros expiden autorizaciones ni declaraciones negativas para casos concretos.³³

57. Por el contrario, desde el 1 de mayo de 2004 se espera que las empresas que operan en el mercado interior valoren bajo su propia responsabilidad la adecuación de su conducta en el mercado con el Derecho europeo de la competencia. Por tanto, en principio son las propias empresas afectadas quienes asumen el riesgo de una eventual valoración errónea de la legislación. Rige aquí la máxima general de que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento. Precisamente por eso, la obtención de asesoramiento jurídico especializado adquiere un significado totalmente diferente en el sistema del Reglamento n° 1/2003 del que tenía con el sistema del Reglamento n° 17. Actualmente, la consulta de un asesor jurídico es a menudo la única forma que tienen las empresas de informarse en detalle sobre la legislación en materia de competencia.

58. No sería lógico incitar a las empresas, por un lado, a recabar asesoramiento jurídico especializado y, por otro, no otorgar ninguna relevancia a ese asesoramiento a la hora de valorar su culpa en una infracción del Derecho de la competencia de la Unión. Si una empresa ha confiado de buena fe en el consejo de su asesor jurídico y luego éste resulta ser erróneo, esto no puede carecer de consecuencias en el procedimiento sancionador en materia de competencia.

59. En particular, la responsabilidad meramente civil de un abogado por el asesoramiento erróneo prestado, en contra de lo que opina la Comisión Europea, no representa por sí sola una compensación suficiente, pues la acción civil de regreso del cliente contra su abogado por lo general está expuesto a sustanciales imponderables y, además, no impediría el juicio negativo (estigma) que lleva consigo para la empresa la imposición de sanciones en materia de competencia (es decir, de carácter cuasi penal).

60. Sin duda, la obtención de asesoramiento jurídico no puede eximir a la empresa de toda responsabilidad propia por su conducta en el mercado y por eventuales infracciones del Derecho europeo de la competencia. El informe de un abogado nunca puede ser una carta blanca. Si no, se abriría la puerta a la redacción de simples informes de conveniencia, y la facultad de emitir declaraciones negativas oficiales, suprimida por el Reglamento n° 1/2003, se trasladaría de hecho a los asesores jurídicos privados, que carecen de toda legitimidad para ello.

61. El objetivo fundamental de la aplicación efectiva de las normas europeas de competencia³⁴ exige que la hipotética confianza de una empresa en el asesoramiento jurídico sólo se reconozca como fundamento de un error de prohibición excluyente de la culpa, cuando en la obtención de dicho asesoramiento jurídico se hayan observado unas mínimas exigencias que expondré brevemente a continuación.

32 — Cuarto considerando del Reglamento n° 1/2003.

33 — El Tribunal de Justicia ha subrayado recientemente la falta de potestad de las autoridades nacionales de competencia para declarar la inexistencia de infracciones del Derecho de la competencia de la Unión (sentencia de 3 de mayo de 2011, *Tele 2 Polska*, C-375/09, Rec. p. I-3055, especialmente los apartados 29 y 32).

34 — Sobre ese objetivo, véanse los considerandos octavo, décimo séptimo y vigésimo segundo del Reglamento n° 1/2003, así como las sentencias de 7 de diciembre de 2010, *VEBIC* (C-439/08, Rec. p. I-12471), apartado 56, y de 14 de junio de 2011, *Pfleiderer* (C-360/09, Rec. p. I-5161), apartado 19.

b) Exigencias mínimas relativas a la obtención de asesoramiento jurídico

62. El requisito esencial para tener en cuenta el asesoramiento jurídico recabado por una empresa es que la empresa haya confiado de buena fe en dicho asesoramiento. En efecto, la protección de la confianza legítima y la buena fe están estrechamente vinculadas.³⁵ Si hay elementos que justifiquen la presunción de que la empresa, pese a poseer conocimientos más fundados, se basó en el informe de un abogado, o que se trataba de un informe de conveniencia, el asesoramiento prestado es de antemano irrelevante a la hora de valorar la culpa por una infracción del Derecho europeo de la competencia.

63. Además, se imponen las siguientes exigencias mínimas a la obtención del asesoramiento, por cuyo cumplimiento la empresa afectada asume por su cuenta el riesgo y la responsabilidad.

64. En primer lugar, se ha de tratar siempre del consejo de un abogado externo independiente.³⁶ El consejo de los empleados del propio departamento jurídico interno de una empresa o grupo de empresas en modo alguno puede excluir la culpa en caso de error de prohibición, pues los juristas de empresa, aunque gocen de la condición de abogados internos,³⁷ al ser trabajadores de la empresa afectada dependen directamente de ella, por lo que su asesoramiento se ha de atribuir al propio empleador. Ninguna empresa puede expedirse a sí misma una carta blanca para sus eventuales prácticas colusorias.

65. En segundo lugar, se ha de tratar del asesoramiento de un abogado conocedor de la materia, lo que requiere que el abogado esté especializado en Derecho de la competencia, incluido el de la Unión, y que además reciba regularmente encargos relacionados con esta rama del Derecho.

66. En tercer lugar, el asesoramiento jurídico se debe basar en una exposición exhaustiva y correcta de los hechos por parte de la empresa afectada. Si la empresa ha informado al abogado consultado sólo de forma fragmentaria, o incluso faltando a la verdad, acerca de hechos que pertenecen al ámbito propio de responsabilidad de la empresa, el informe de dicho abogado no puede tener efectos exculpativos en un procedimiento de competencia en relación con un eventual error de prohibición.

67. En cuarto lugar, el informe del abogado consultado debe analizar exhaustivamente la práctica administrativa y decisoria de la Comisión Europea y la jurisprudencia de los tribunales de la Unión, y debe pronunciarse cumplidamente sobre todos los aspectos jurídicos relevantes del caso. Aquello de lo que no trate expresamente el informe del abogado sino que, a lo sumo, se pueda deducir implícitamente de él no puede servir como base para reconocer un error de prohibición excluyente de la culpa.

68. En quinto lugar, el asesoramiento prestado no debe ser manifiestamente erróneo. Ninguna empresa puede confiar ciegamente en el consejo de un abogado. A toda empresa que recurra a un abogado le incumbe examinar, al menos, que la información que éste le haya proporcionado sea razonable.

35 — En este sentido, véanse las sentencias de 16 de julio de 1998, *Oelmühle y Schmidt Söhne* (C-298/96, Rec. p. I-4767), apartado 29; de 19 de septiembre de 2002, *Huber* (C-336/00, Rec. p. I-7699), apartado 58, y de 22 de enero de 1997, *Opel Austria/Consejo* (T-115/94, Rec. p. II-39), apartado 93.

36 — El concepto de «abogado» utilizado aquí, y en lo sucesivo, incluye también, obviamente, a todo abogado que trabaje como empleado en un despacho independiente.

37 — Véanse la sentencia de 14 de septiembre de 2010, *Akzo Nobel Chemicals y Akros Chemicals/Comisión y otros* (C-550/07 P, Rec. p. I-8301), y mis conclusiones presentadas el 29 de abril de 2010 en ese mismo asunto.

69. Obviamente, el grado de diligencia que a una empresa se le puede exigir a este respecto va en función de su tamaño y de su experiencia en asuntos de competencia.³⁸ Cuanto mayor sea la empresa y mayor su experiencia en materia de Derecho de la competencia, mayor será la exigencia de que compruebe el contenido del asesoramiento recibido, sobre todo en caso de que disponga de un departamento jurídico propio con la suficiente pericia.

70. No obstante, al margen de lo dicho, toda empresa debe saber que ciertas prácticas restrictivas de la competencia están de por sí prohibidas por su propia naturaleza,³⁹ y especialmente que nadie debe participar en las restricciones especialmente graves,⁴⁰ como por ejemplo los pactos sobre precios o las medidas de reparto o compartimentación de los mercados. Además, a las empresas grandes y experimentadas se les puede exigir que tengan conocimiento de las correspondientes argumentaciones de la Comisión Europea en sus comunicaciones y directrices en materia de competencia.

71. En sexto lugar, las empresas afectadas actúan por su cuenta y riesgo si del informe jurídico obtenido se desprende que la normativa no está clara. En un caso así, la empresa asume de forma al menos imprudente que su conducta en el mercado pueda ser contraria al Derecho europeo de la competencia.

72. Debo admitir que, a la vista de las exigencias mínimas que acabo de proponer, queda en cierto modo desvirtuado el valor de los informes de los abogados para las empresas afectadas. Pero es algo que se debe a la naturaleza del sistema creado con el Reglamento n° 1/2003 y, por otro lado, no es distinto de lo que sucede en el Derecho penal tradicional: En último término, es cada empresa quien responde de su propia conducta en el mercado y quien asume el riesgo de las infracciones que pueda cometer. El recurso al asesoramiento de abogados no puede reportar una seguridad jurídica absoluta. Sin embargo, si se cumplen todas las exigencias mínimas expuestas se puede admitir un error de prohibición excluyente de la culpa, si la empresa afectada confió de buena fe en el consejo de su asesor jurídico.

73. A título complementario procede señalar que un abogado que, con la redacción de informes de conveniencia, facilita la comisión de prácticas colusorias por parte de empresas, no sólo se expone a consecuencias civiles y disciplinarias, sino que, además, puede llegar incluso a ser objeto de sanciones conforme al Derecho de la competencia.⁴¹

c) Consecuencias para el presente asunto

74. Si se aplican los mencionados criterios a un caso como el de autos, resulta que las empresas afectadas no incurrieron en un error de prohibición disculpable, sino que se les puede imputar un eventual error sobre la licitud de su conducta en el mercado en relación con el Derecho europeo de la competencia.

38 — Esto ya se sugería en las sentencias *United Brands*, citada en la nota 24, apartados 299 a 301, y de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión* (85/76, Rec. p. 461), apartado 134; en igual sentido, las sentencias de 1 de abril de 1993, *Hewlett Packard Frankreich* (C-250/91, Rec. p. I-1819), apartado 22, y de 14 de noviembre de 2002, *Ilumitrónica* (C-251/00, Rec. p. I-10433), apartado 54.

39 — Véanse, en este sentido, las sentencias *Miller*, citada en la nota 17, apartados 18 y 19; de 11 de julio de 1989, *Belasco y otros/Comisión* (246/86, Rec. p. 2117), apartado 41, y de 8 de febrero de 1990, *Tipp-Ex/Comisión* (C-279/87, Rec. p. I-261), punto 2 del fallo; véase también la sentencia del Tribunal General de 14 de diciembre de 2006, *Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros/Comisión* (T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, Rec. p. II-5169), apartado 205.

40 — Sobre el concepto de restricción especialmente grave, véase en particular la Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*), DO 2001, C 368, p. 13.

41 — En este sentido, véase la sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2008, *AC-Treuhand/Comisión* (T-99/04, Rec. p. II-1501), referida a la participación en un cártel de una sociedad de asesoría que no operaba ella misma en el mercado afectado por el cártel.

75. Por un lado, en efecto, el momento en que comienza la infracción, y también la mayor parte del tiempo que funcionó el cártel de la SSK, se sitúan aún en el ámbito temporal de aplicación del Reglamento nº 17. Por lo tanto, como acertadamente destaca el Bundeskartellamt austriaco, las empresas afectadas eran libres⁴² de dirigirse anticipadamente a la Comisión Europea y solicitarle una declaración negativa con arreglo al artículo 2 del Reglamento nº 17.⁴³,⁴⁴ No haberlo hecho así no puede compensarse con la obtención de asesoramiento jurídico. Incluso para aquellas empresas de la SSK que se incorporaron después del 30 de abril de 2004, es decir, ya durante la vigencia del Reglamento nº 1/2003, la cosa no puede ser muy diferente. Si se considera, de acuerdo con la Bundeswettbewerbsbehörde austriaca, que el cártel controvertido constituye una infracción única y continuada, la omisión inicial de los miembros de la SSK de obtener una declaración negativa debe tener consecuencias sobre la valoración de su culpa durante todo el período de funcionamiento del cártel.

76. Por otro lado, según la exposición del órgano jurisdiccional remitente el asesoramiento jurídico obtenido en el presente caso no parece exento de lagunas. Precisamente sobre la cuestión de la que depende decisivamente la sanción de las prácticas colusorias de los miembros de la SSK con arreglo al Derecho de la Unión, es decir, la aplicabilidad material del artículo 85 del Tratado CE(E) o del artículo 81 CE, no hubo pronunciamiento en los distintos escritos del despacho de abogados elegido (sin perjuicio del examen que al respecto vuelva a efectuar el órgano jurisdiccional nacional). En contra de lo que parecen opinar algunas de las empresas intervinientes en el procedimiento, no basta a este respecto con que los informes de los abogados puedan admitir, quizá, deducciones implícitas sobre la cuestión de la afectación del comercio entre Estados miembros. Como ya se ha dicho,⁴⁵ aquello de lo que no trate expresamente el informe del abogado sino que, a lo sumo, se pueda deducir indirectamente de él no puede servir como base para reconocer un error de prohibición excluyente de la culpa. Con mayor motivo ha de ser así si (como aquí sucede) se trata de la cuestión jurídica esencial, decisiva para el caso.

77. A esto quiero añadir que, al menos a las empresas de mayor tamaño entre las implicadas en el cártel se les puede exigir, además, el conocimiento de las correspondientes comunicaciones y directrices de la Comisión Europea.⁴⁶ De ellas se desprende sin lugar a dudas que los cárteles horizontales como la SSK, que se extienden a todo el territorio de un Estado miembro, por principio tienen la capacidad de afectar al comercio entre Estados miembros,⁴⁷ de manera que quedan comprendidos por la prohibición de prácticas colusorias del Derecho de la Unión.

78. Por último, para la cuestión de la culpa de las empresas implicadas en el cártel es irrelevante el hecho, subrayado por algunos de los intervinientes en el procedimiento, de que la SSK no fuera un cártel secreto y que sus miembros, según ellos mismos afirman, tuvieran la intención de evitar una infracción del Derecho de la competencia de la Unión. No puede apreciarse un error de prohibición excluyente de la culpa solamente porque el infractor se crea que actúa lícitamente y, por lo demás, esté «seguro de lo que hace». Lo único relevante a este respecto es si el infractor ha hecho todo lo que está en su mano y se le puede exigir razonablemente para evitar la comisión de una infracción.

42 — Sobre todo, las empresas que ya pertenecían a la SSK antes del 1 de mayo de 2004.

43 — Una disposición similar se establecía en su día en el artículo 2 del **Acuerdo entre los Estados de la AELC por el que se instituyen un órgano de vigilancia y un Tribunal de Justicia (DO 1994, L 344, p. 12)**.

44 — En ese sentido, véase la sentencia Hoffmann-La Roche/Comisión, citada en la nota 38, apartados 129, última frase, 130 y 134, penúltima frase.

45 — Véase el punto 67 de las presentes conclusiones.

46 — Véase el punto 70 de las presentes conclusiones.

47 — Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, sección 3.2.1 (especialmente el apartado 78).

2. Confianza de la empresa en la decisión de una autoridad nacional de competencia [primera cuestión, letra b)]

79. Con su primera cuestión, letra b), el órgano jurisdiccional remitente desea saber si se ha de apreciar un error de prohibición excluyente de la culpa cuando una empresa, en el marco de la conducta restrictiva de la competencia que se le imputa, ha confiado en la decisión de una autoridad nacional de competencia que, considerando únicamente el Derecho nacional de competencia, examinó dicha conducta y la calificó de lícita.

80. El trasfondo de esta cuestión es el hecho de que el Kartellgericht austriaco, como autoridad nacional competente, reconoció a la SSK como «cártel de escasa entidad» en el sentido del artículo 16 de la KartG 1988 mediante decisión firme de 2 de febrero de 1996. A dicha decisión se remiten ahora las empresas afectadas para exculparse en el procedimiento principal.

81. Al igual que sucede con la confianza en el asesoramiento jurídico, antes analizada, entre los intervinientes en el procedimiento es objeto de una intensa controversia si la decisión de una autoridad nacional de competencia debe tenerse en cuenta al valorar la culpa de una empresa por una práctica colusoria. Los frentes ante ambos problemas discurren esencialmente igual.

a) Sobre la relevancia de las decisiones de las autoridades y de los tribunales nacionales de competencia

82. Una de las principales aspiraciones del Reglamento n° 1/2003 era implicar mucho más que antes a las autoridades de los Estados miembros en la aplicación del Derecho europeo de la competencia.⁴⁸ De este modo, en el nuevo sistema descentralizado de aplicación del Derecho de la competencia se asigna a las autoridades nacionales de competencia y a los tribunales nacionales un papel nada desdeñable. Conforme a los artículos 5 y 6 del Reglamento n° 1/2003, las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros están expresamente facultados para aplicar el Derecho de la competencia de la Unión e incluso (en las circunstancias mencionadas en el artículo 3 de dicho Reglamento) están obligados a ello.⁴⁹

83. Tampoco en el período anterior al 30 de abril de 2004, cuando el Kartellgericht adoptó la decisión invocada por las empresas intervinientes, en modo alguno se privaba a las autoridades y tribunales nacionales de la competencia de aplicar el artículo 85 del Tratado CE(E) o el artículo 81 CE. Aunque, con arreglo al artículo 9, apartado 1, del Reglamento n° 17, la Comisión tenía la competencia exclusiva para reconocer exenciones con arreglo al artículo 85, apartado 3, del Tratado CE(C) o con arreglo al artículo 81 CE, apartado 3, por lo demás a las autoridades y los tribunales nacionales en principio nada les impedía aplicar dichas disposiciones, directamente aplicables, y, en particular, comprobar si una práctica colusoria de empresas estaba comprendida en el ámbito material de aplicación de las normas europeas de competencia, es decir, si podía afectar al comercio entre los Estados miembros.⁵⁰ Tal comprobación se hacía necesaria, por ejemplo, si en caso de conflicto de normas entre el Derecho comunitario de la competencia y el nacional era preciso tener en cuenta la primacía del Derecho comunitario advertida por el Tribunal de Justicia.⁵¹

84. Con estos antecedentes, las decisiones de las autoridades de competencia y de los tribunales nacionales (incluidas las adoptadas antes del 1 de mayo de 2004), junto a la práctica administrativa de la Comisión Europea y a la jurisprudencia de los tribunales de la Unión, pueden aportar a las empresas que operan en el mercado interior elementos importantes para entender la legislación vigente en materia de competencia en la Unión.

48 — Sexto, séptimo y octavo considerandos del Reglamento n° 1/2003.

49 — Sobre esta obligación, véase también la sentencia Toshiba Corporation y otros, citada en la nota 19, apartado 77.

50 — Sentencia de 30 de enero de 1974, BRT/SABAM (127/73, Rec. p. 51), apartados 15 a 22.

51 — Véase la sentencia de 13 de febrero de 1969, Walt Wilhelm y otros (14/68, Rec. p. 1), apartado 6 *in fine*.

85. Qué consecuencias ha de tener sobre su culpa por prácticas colusorias la confianza depositada por las empresas afectadas en tales decisiones es algo que se ha de determinar atendiendo al principio de confianza legítima, también reconocido en el Derecho de la Unión.⁵² En consecuencia, en modo alguno se puede excluir que las empresas confíen en las decisiones de las autoridades y los tribunales nacionales en asuntos del Derecho de la Unión.⁵³ Además, la confianza en los dictámenes de tales autoridades estatales parece merecer más protección que la depositada en los informes de asesores jurídicos privados.

86. Sin embargo, sería ir demasiado lejos atribuir a cualquier manifestación de una autoridad nacional sobre el Derecho de la competencia de la Unión, del tipo que sea, consecuencias en cuanto a la apreciación de la culpa de las empresas por las infracciones que se les imputan. También a este respecto deben cumplirse ciertos requisitos mínimos para no comprometer la aplicación efectiva de las normas europeas de la competencia.

b) Requisitos para el reconocimiento de la confianza legítima en las decisiones de las autoridades y los tribunales nacionales de competencia

87. En primer lugar, se ha de tratar de la decisión de una autoridad de competencia de un Estado miembro, con competencias para aplicar el Derecho europeo de la competencia, en el sentido de los artículos 5 y 35, o de un órgano jurisdiccional nacional en el sentido del artículo 6 del Reglamento n° 1/2003.

88. Aunque una *autoridad nacional de competencia* no puede emitir autorizaciones ni declaraciones negativas en relación con el Derecho europeo de la competencia, con arreglo al artículo 5, párrafo segundo, del Reglamento n° 1/2003 sí puede decidir que no procede su intervención si la información de que dispone no acredita que se reúnan las condiciones para una prohibición. Entonces, la empresa afectada puede confiar en que, al menos en el ámbito local de competencia de dicha autoridad, puede mantener la conducta en el mercado que aquélla examinó.

89. La decisión de un *órgano jurisdiccional* nacional puede considerarse como base para apreciar un error de prohibición excluyente de la culpa si el órgano jurisdiccional llega en ella a la conclusión de que cierta conducta en el mercado no constituye infracción del Derecho de la competencia de la Unión. Esto puede suceder, en particular, con motivo del archivo de un procedimiento judicial sancionador, la anulación por el órgano jurisdiccional nacional de una decisión administrativa sancionadora o la desestimación de una demanda civil indemnizatoria o de cesación contra la empresa afectada, por parte del órgano jurisdiccional nacional.

90. En segundo lugar, es necesario que la empresa de que se trate haya informado previa, exhaustiva y verazmente a la autoridad nacional sobre todos los hechos relevantes para la decisión, siempre que dicha empresa (como sucede con los miembros de la SSK en 1995/1996) ya haya intervenido en el procedimiento administrativo o judicial inicial. Si la decisión en cuestión adolece de algún error imputable a la propia empresa, ésta no puede invocar después dicha decisión en su descargo.

52 — Entre otras muchas, véanse las sentencias de 5 de mayo de 1981, Dürbeck (112/80, Rec. p. 1095), apartado 48, y de 20 de marzo de 1997, Alcan Deutschland (C-24/95, Rec. p. I-1591), apartado 25.

53 — En este sentido, véase la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Plantanol (C-201/08, Rec. p. I-8343), apartado 53, y véanse también mis conclusiones presentadas el 24 de enero de 2013 en el asunto Agroferm (C-568/11), puntos 43 a 50.

91. En tercer lugar, la decisión administrativa o judicial debe versar exactamente sobre las cuestiones de hecho y de Derecho por las cuales la empresa afectada invoca un error de prohibición excluyente de la culpa. A semejanza de lo que sucede con los informes de abogados, además, sólo se pueden invocar las manifestaciones de las autoridades o de los órganos jurisdiccionales contenidas expresamente en la decisión correspondiente, y no otras conclusiones que se puedan desprender de ella, a lo sumo, de forma implícita.⁵⁴

92. En cuarto lugar, el dictamen de la autoridad nacional de competencia o del órgano jurisdiccional nacional sobre el Derecho de la competencia de la Unión no debe ser manifiestamente erróneo.⁵⁵ Es cierto que, en principio, las decisiones firmes de las autoridades y las resoluciones judiciales firmes que contienen manifestaciones sobre el Derecho de la competencia de la Unión gozan de la presunción de legalidad, de manera que sus destinatarios pueden confiar en que su contenido es correcto y no les incumbe el mismo deber de comprobación de la coherencia que en el caso del asesoramiento jurídico. Sin embargo, como ya se ha mencionado,⁵⁶ toda empresa debe saber que ciertas prácticas restrictivas de la competencia están de por sí prohibidas por su propia naturaleza y, especialmente, que nadie debe participar en las restricciones especialmente graves, como los pactos sobre precios o las medidas de reparto o compartimentación de los mercados.

93. En quinto lugar, la confianza de una empresa en una decisión administrativa o judicial sólo es digna de protección si dicha empresa actúa de buena fe.⁵⁷ Tal buena fe está ausente no sólo en los (ciertamente improbables) casos de colusión entre la empresa y la autoridad nacional o el órgano jurisdiccional nacional. La confianza de la empresa en la corrección del contenido de la decisión también carece de fundamento cuando la empresa tiene conocimiento de una postura contraria por parte de las instituciones competentes de la Unión (en concreto, de la Comisión Europea y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Esto puede suceder, por ejemplo, cuando la Comisión Europea participa en un procedimiento judicial nacional con arreglo al artículo 15, apartado 3, del Reglamento nº 1/2003 y la empresa afectada llega a conocer la postura de aquélla en aquel marco.

94. En la vista ante el Tribunal de Justicia se discutió también la cuestión de si el reconocimiento de una confianza legítima de las empresas en las decisiones de los *órganos jurisdiccionales nacionales* presupone que el caso haya sido remitido previamente al Tribunal de Justicia para que se pronuncie con carácter prejudicial. En mi opinión, la respuesta debe ser negativa. No me parecería razonable limitar la protección de la confianza legítima sólo a las decisiones judiciales nacionales basadas en decisiones prejudiciales del Tribunal de Justicia.

95. En efecto la mayor parte de las veces se tratará de resoluciones de órganos jurisdiccionales en el sentido del artículo 267 TFUE, párrafo segundo, que no están obligados a la remisión. Si el legislador de la Unión declara competentes para aplicar el Derecho de la competencia de la Unión a *todos* los órganos jurisdiccionales nacionales (artículo 6 del Reglamento nº 1/2003), los justiciables también deben poder invocar las resoluciones correspondientes de *todos* los órganos jurisdiccionales nacionales, independientemente de que previamente se haya cursado o no un procedimiento prejudicial (facultativo).

54 — De forma muy similar, el Tribunal de Justicia ha declarado, acerca de la protección de la confianza legítima, que nadie puede invocar una violación de dicho principio si la Administración no le ha dado garantías concretas, y que no bastan para ello indicios vagos (sentencia de 16 de diciembre de 2008, Masdar/Comisión, C-47/07 P, Rec. p. I-9761, apartados 81 y 86).

55 — Según asentada jurisprudencia, el principio de protección de la confianza legítima no puede invocarse en contra de un precepto preciso de un texto de Derecho de la Unión; véanse las sentencias de 26 de abril de 1988, Krücken (316/86, Rec. p. 2213), apartado 24; de 1 de abril de 1993, Lageder y otros (C-31/91 a C-44/91, Rec. p. I-1761), apartado 35; de 16 de marzo de 2006, Emsland-Stärke (C-94/05, Rec. p. I-2619), apartado 31.

56 — Véase el punto 70 de las presentes conclusiones.

57 — Véanse el punto 62 de las presentes conclusiones y jurisprudencia citada en la nota 35.

96. El Reglamento nº 1/2003 dispone instrumentos específicos que aseguran una interpretación y aplicación uniformes del Derecho de la competencia de la Unión. A este respecto, la Comisión Europea desempeña un papel fundamental: Está legitimada para intervenir en los procedimientos seguidos ante los *órganos jurisdiccionales* nacionales,⁵⁸ y con las *autoridades de competencia* nacionales colabora estrechamente en el marco de la Red Europea de Competencia (REC) y, en caso de ser necesario, puede incluso arrogarse un procedimiento administrativo instruido por aquéllas.⁵⁹

c) Consecuencias para el presente caso

97. Al igual que sucede en relación con el asesoramiento jurídico, si se aplican los criterios recién descritos a un caso como el de autos, resulta que las empresas afectadas no incurrieron en un error de prohibición disculpable, sino que se les puede imputar un eventual error sobre la licitud de su conducta en el mercado en relación con el Derecho europeo de la competencia.

98. En efecto, según informa el órgano jurisdiccional remitente, la resolución del Kartellgericht de 2 de febrero de 1996 a la que se remiten los miembros de la SSK sólo examinó y calificó de lícita la conducta imputada a las empresas de expedición de mercancías a la luz del Derecho nacional de la competencia. En ella no se entró a valorar la cuestión de si los miembros de la SSK infringieron la prohibición de prácticas colusorias que establece el Derecho de la Unión. Por lo demás, antes del 1 de mayo de 2004, cuando aún no estaba en vigor el artículo 3 del Reglamento nº 1/2003, no existía ninguna obligación de aplicación paralela de las normas de competencia de la Unión junto a las nacionales.⁶⁰

99. Puede ser que el Kartellgericht, antes de adoptar su decisión de 2 de febrero de 1996, tuviese acceso a un informe provisional del Paritätischer Ausschuss für Kartellangelegenheiten redactado en 1994,⁶¹ en que se negaba la aplicabilidad del Derecho europeo de la competencia. Pero ese solo hecho no permite a los miembros de la SSK suponer que su conducta en el mercado no era contraria al Derecho europeo de la competencia. Lo determinante es que el Kartellgericht mismo no se pronunció expresamente sobre la compatibilidad de la SSK con el Derecho europeo de la competencia.⁶²

100. Es evidente que ya antes del 1 de mayo de 2004 las autoridades y los tribunales nacionales de competencia estaban obligados a respetar la primacía del Derecho comunitario entonces vigente y de no menoscabar su aplicación ilimitada y uniforme.⁶³ También del Derecho nacional se podía deducir ya entonces una obligación de respetar las normas europeas de competencia, como han señalado las empresas intervinientes en la vista.

101. Pero de ese solo hecho no se puede concluir que las normas nacionales y europeas de la competencia llevasen siempre a los mismos resultados incluso antes de la vigencia del artículo 3 del Reglamento nº 1/2003. Es conocido que los ámbitos de aplicación de las normas de competencia europeas y nacionales no son idénticos,⁶⁴ y unas y otras consideran las prácticas restrictivas desde

58 — Artículo 15, apartado 3, del Reglamento nº 1/2003.

59 — Artículo 11, apartado 6, del Reglamento nº 1/2003.

60 — Sentencia Toshiba Corporation y otros, citada en la nota 19, apartado 62.

61 — Véanse los puntos 20 y 21 de las presentes conclusiones.

62 — Véase el punto 92 de las presentes conclusiones.

63 — Sentencia Walt Wilhelm y otros, citada en la nota 51, apartados 6 y 9.

64 — Sentencias de 1 de octubre de 2009, Compañía Española de Comercialización de Aceite (C-505/07, Rec. p. I-8963), apartado 52, y Toshiba Corporation y otros, citada en la nota 19, apartado 81.

aspectos diferentes.⁶⁵ Esto era así ya antes del 1 de mayo de 2004, y no ha cambiado con el Reglamento n° 1/2003.⁶⁶ Precisamente una disposición como la austriaca acerca de los cárteles de escasa entidad pone de manifiesto qué diferencias podían existir y pueden persistir entre el Derecho de la competencia de la Unión y el Derecho nacional de la competencia.⁶⁷

102. En consecuencia, una decisión basada únicamente en el Derecho nacional de la competencia, como la del Kartellgericht de 2 de febrero de 1996, no puede fundamentar una confianza legítima de las empresas afectadas en una cuestión de Derecho de la Unión como la que se dirime en el procedimiento principal.

C. Facultad declarativa de las autoridades nacionales de competencia frente a los testigos principales (segunda cuestión prejudicial)

103. La segunda cuestión prejudicial se ajusta especialmente a aquella situación de un testigo principal en la que, en el caso de autos, se encuentra la compañía Schenker. Presupone lógicamente que la empresa afectada (como se ha expuesto al tratar de la primera cuestión prejudicial) *no* pueda invocar un error de prohibición excluyente de la culpa, ya que, en caso de existir tal error, no estaríamos ante infracción alguna que pudiera ser declarada frente a la empresa por una autoridad de competencia o por un tribunal.⁶⁸

104. El órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si el Reglamento n° 1/2003 permite a las autoridades de competencia de los Estados miembros declarar una infracción de la prohibición de cárteles que establece el Derecho de la Unión por parte de una empresa y abstenerse de la imposición de una multa.

105. Las facultades de las autoridades nacionales de competencia para la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión se derivan del artículo 5 del Reglamento n° 1/2003. Con arreglo al artículo 35, apartado 1, de dicho Reglamento, su ejercicio se puede encomendar también a órganos jurisdiccionales, tal como sucede en Austria.

106. El artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 no prevé expresamente ninguna facultad de las autoridades de los Estados miembros para declarar simplemente una infracción del Derecho de la competencia de la Unión sin imponer sanciones. En cambio, el artículo 7, apartado 1, última frase, de dicho Reglamento sí confiere a la Comisión Europea la facultad expresa de declarar una infracción una vez que ésta haya cesado, cuando exista un interés legítimo para hacerlo.

107. A diferencia de lo que opina Schenker, del silencio del artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 no se puede deducir en modo alguno que esté prohibido a las autoridades nacionales declarar simplemente la existencia de una infracción sin imponer sanciones. Y tampoco se puede extraer esta conclusión a la inversa de las facultades previstas para la Comisión en el artículo 7, apartado 1, última frase, del Reglamento n° 1/2003.

65 — Sentencias *Walt Wilhelm y otros*, citada en la nota 51, apartado 3; de 13 de julio de 2006, *Manfredi y otros* (C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619), apartado 38; *Akzo Nobel Chemicals y Akros Chemicals/Comisión y otros*, citada en la nota 37, apartado 103, y *Toshiba Corporation y otros*, citada en la nota 19, apartado 81.

66 — Sentencia *Toshiba Corporation y otros*, citada en la nota 19, apartado 82.

67 — En la sentencia de 13 de diciembre de 2012, *Expedia* (C-226/11), el Tribunal de Justicia declaró que un acuerdo que puede afectar al comercio entre Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia (apartado 37), lo que puede incluso ser el caso cuando no se alcanzan los umbrales fijados por la Comisión en la Comunicación *de minimis* (apartado 38).

68 — Véase el punto 44 de las presentes conclusiones.

108. Es cierto que el Reglamento n° 1/2003 priva conscientemente a las autoridades y los tribunales de competencia de los Estados miembros de ciertas facultades con el fin de no comprometer el liderazgo de la Comisión en la definición de la política europea en materia de competencia, tan sólidamente anclado en el sistema del Reglamento,⁶⁹ ni el nuevo sistema de excepción legal. Así, por ejemplo, la Comisión es la única autoridad de la REC que está facultada, con arreglo al artículo 10 del Reglamento n° 1/2003, para declarar excepcionalmente la inaplicabilidad de las normas de competencia de la Unión,⁷⁰ mientras que las autoridades nacionales de competencia, con arreglo al artículo 5, apartado 2, del mismo Reglamento, en todo caso pueden decidir que no procede su intervención en un caso concreto, lo que excluye la adopción de decisiones negativas sobre el fondo.⁷¹

109. No obstante, no se puede presumir que el legislador de la Unión quisiera limitar las competencias de las autoridades y los tribunales de competencia de los Estados miembros también en el caso inverso, es decir, en relación con la facultad que aquí interesa de declarar infracciones. Como ya he mencionado, una aspiración primordial del Reglamento n° 1/2003 era implicar mucho más que antes a las autoridades de los Estados miembros en la aplicación del Derecho de la competencia de la Unión.⁷² Las autoridades de competencia de los Estados miembros no deben disponer de menos, sino de más posibilidades de aplicación efectiva del Derecho de la competencia de la Unión.⁷³ En el sistema descentralizado del Reglamento n° 1/2003, la detección, declaración y, en su caso, sanción de infracciones de las normas europeas sobre competencia es parte esencial de su catálogo de funciones⁷⁴ y contribuye a la eficaz aplicación de dichas normas.

110. La posibilidad de la mera declaración de una infracción está necesariamente incluida en la competencia de imponer sanciones por las autoridades de competencia de los Estados miembros con arreglo al artículo 5, apartado 1, último guión, del Reglamento n° 1/2003 (*argumentum a maiore ad minus*). Sin una previa declaración de una práctica colusoria no sería pensable siquiera que una autoridad impusiera a las empresas implicadas ningún tipo de sanción por su conducta.

111. En ningún caso pierden las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales de competencia su facultad para declarar infracciones cuando se abstienen de imponer sanciones, por ejemplo, para recompensar a un testigo principal su cooperación en el procedimiento de competencia. Por el contrario, puede ser incluso necesario para la efectiva aplicación de las normas de competencia de la Unión que en un caso así, pese a renunciar a las sanciones, se declare la existencia de una infracción.

112. Si la autoridad nacional o el órgano jurisdiccional nacional no sólo renunciasen a la imposición de sanciones, sino también a la mera declaración de que se ha producido una infracción, y archivasen sin más el procedimiento de competencia frente a la empresa afectada, podría darse la falsa apariencia de que su conducta en el mercado fue correcta. En cambio, con la declaración de la infracción, que en realidad equivaldría a la imposición de una multa de importe cero, se deja constancia sin ningún margen para la duda y se documenta que la empresa infringió culpablemente las normas de competencia de la Unión.

69 — Véase el trigésimo cuarto considerando del Reglamento n° 1/2003, en que se destaca el protagonismo de las instituciones de la Unión en la aplicación de los principios establecidos en los artículos 81 CE y 82 CE; véanse también las sentencias *Musique Diffusion française* y otros/Comisión, citada en la nota 17, apartado 105 *in fine*, y de 14 de diciembre de 2000, *Masterfoods* (C-344/98, Rec. p. I-11369), apartado 46, primera frase, y mis conclusiones presentadas en el asunto *Expedia*, citadas en la nota 28, punto 38.

70 — Véase también el décimo cuarto considerando del Reglamento n° 1/2003.

71 — Sentencia *Tele 2 Polska*, citada en la nota 33, apartados 22 a 29 y 32.

72 — Sexto, séptimo y octavo considerandos del Reglamento n° 1/2003.

73 — Vigésimo octavo y trigésimo cuarto considerandos del Reglamento n° 1/2003.

74 — Véanse, en particular, los artículos 5, primera frase, y 6, así como los considerandos sexto, séptimo y octavo del Reglamento n° 1/2003.

113. Corresponde a la autonomía procesal de los Estados miembros si las autoridades nacionales competentes hacen uso, y cómo, de la facultad que implícitamente les confiere el artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 de declarar una infracción sin imponer ninguna sanción. Por lo tanto, no hay nada que se oponga a que el Derecho nacional deje a la discreción de la autoridad competente o del órgano jurisdiccional competente la declaración de una infracción o que, de conformidad con el artículo 7, apartado 1, última frase, del Reglamento n° 1/2003 exija un interés legítimo, siempre que se respeten los principios de equivalencia y efectividad que rigen en el Derecho de la Unión.⁷⁵

114. Con el trasfondo del mandato de efectividad, que halla su expresión en el objetivo de la efectiva aplicación del Derecho de la competencia de la Unión,⁷⁶ por lo común existirá siempre un interés legítimo en la declaración de una infracción, aun cuando se renuncie a la imposición de sanciones. En efecto, por un lado la empresa afectada podrá ser imputada en el futuro como reincidente, en virtud de tal declaración, en caso de que vuelva a incurrir en una infracción del Derecho europeo de la competencia.⁷⁷ Por otro lado, la declaración de la infracción tiene un efecto disuasorio frente a otras empresas y fortalece la confianza de los operadores del mercado en la vigencia efectiva de las normas de competencia del mercado interior europeo. Y, no menos importante, con la declaración oficial de la infracción se facilita sustancialmente a las empresas y a los consumidores perjudicados por un cártel el ejercicio de acciones civiles contra los implicados en él.⁷⁸

VI. Conclusión

115. A tenor de las consideraciones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales del Oberster Gerichtshof austriaco declarando que:

- «1) No se puede imponer una multa a una empresa por haber infringido la prohibición de prácticas colusorias que establece el Derecho de la Unión si dicha empresa estaba equivocada acerca de la licitud de su conducta (error de prohibición) y no le es imputable ese error.
- 2) El error de prohibición en que incurre una empresa le es imputable si la empresa ha confiado en el consejo de un abogado o en la decisión de una autoridad nacional de competencia en que no se trata, o al menos no expresamente, la cuestión jurídica decisiva.

Asimismo, en el caso de infracciones que comenzasen antes del 1 de mayo de 2004 el error de prohibición de una empresa le es imputable además si ésta no presentó oportunamente a la Comisión Europea una solicitud de declaración negativa con arreglo al artículo 2 del Reglamento (CEE) n° 17.

- 3) El Reglamento (CE) n° 1/2003 no prohíbe a las autoridades de competencia de los Estados miembros declarar, como tal, una infracción de la prohibición de cárteles que establece el Derecho de la Unión por parte de una empresa y abstenerse de la imposición de una multa, siempre que se respeten los principios de equivalencia y efectividad que rigen en el Derecho de la Unión.»

75 — Sobre la significación de estos principios en materia de competencia, véanse las sentencias de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan* (C-453/99, Rec. p. I-6297), y *Manfredi y otros*, citada en la nota 65.

76 — Sobre este objetivo, véase la jurisprudencia citada en la nota 34.

77 — Apartado 28, primer guión, de las Directrices de 2006.

78 — Sobre la importancia de la aplicación privada del Derecho de la competencia, además de las sentencias mencionadas en la nota 75, véase el Libro blanco «Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia» de la Comisión Europea, presentado el 2 de abril de 2008 [COM(2008) 165 final]. En su Libro blanco la Comisión propone medidas dirigidas a «crear, en la esfera privada, un sistema efectivo de aplicación [del Derecho de la competencia] mediante acciones para la reparación de daños que complementen, pero no sustituyan ni pongan en peligro, la aplicación pública» (página 4, apartado 1.2). También el Tribunal de la AELC ha tenido recientemente ocasión de referirse a la relevancia de la aplicación privada del Derecho de la competencia y de señalar que ésta es de interés general (sentencia de 21 de diciembre de 2012, *DB Schenker/Órgano de Vigilancia de la AELC*, E-14/11, apartado 132).