

**El principio de culpabilidad y las eximentes por amparo legal, confianza legítima o interpretación razonable de la norma: un análisis de la sentencia de la Audiencia Nacional en el cartel del Mosto de Jerez a la luz de la jurisprudencia comunitaria**

**Publicado en Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia**

José M. Baño Fos<sup>1</sup>

I.	INTRODUCCIÓN .....	2
II.	LA DECISIÓN DE LA CNC .....	3
A.	La incertidumbre jurídica existente con antelación a abril de 2000 .....	4
B.	La situación posterior a abril del año 2000.....	7
C.	Conclusión de la CNC .....	8
III.	LA REVOCACIÓN DE LA DECISIÓN Y EL RAZONAMIENTO PROPUESTO POR LA AUDIENCIA NACIONAL .....	9
A.	El razonamiento de la Audiencia Nacional respecto del principio de confianza legítima .....	10
B.	Amparo legal .....	10
C.	Incertidumbre jurídica y el elemento intencional de la conducta.....	12
1.	Sobre el elemento subjetivo en la infracción del Derecho de la competencia (confianza legítima y amparo legal).....	12
2.	Presupuestos necesarios para que la actuación de un órgano administrativo sea capaz de generar una confianza legítima en un operador diligente .....	19
3.	El análisis de la Audiencia Nacional (la eximente por interpretación razonable de la norma)..	23
4.	Una valoración crítica.....	26
IV.	CONCLUSIONES .....	31
	Trabajos citados.....	32

---

<sup>1</sup> LL.M. Fordham University School of Law. Profesor Asociado del Instituto de Empresa. Abogado en José María Baño León Abogados. Las opiniones aquí expresadas reflejan únicamente el punto de vista del autor.

## I. INTRODUCCIÓN

En una reciente y sorprendente sentencia dictada el pasado 15 de octubre de 2012,<sup>2</sup> la Audiencia Nacional ha concluido, en el contexto de una infracción del Derecho de la competencia, que aun cuando la intervención de una Administración pública no creaba una expectativa legítima de legalidad en el administrado, dicha intervención sí resulta suficiente para considerar que no había quedado probado el comportamiento doloso del administrado, razón por la cual decide admitir el recurso y revocar la sanción impuesta a dicha empresa.

Desde un punto de vista conceptual, dicha conclusión plantea preliminarmente una contradicción cuanto menos aparente. En efecto, resulta difícil concebir cómo es posible que una actuación de una Administración pública no cree una confianza legítima en el administrado y, sin embargo, sí afecte a su voluntad o negligencia en la comisión de una infracción del Derecho de la competencia. Dicho en otras palabras ¿acaso no se refieren ambos conceptos en última instancia a la misma cuestión: el elemento subjetivo/volitivo en la realización de una conducta determinada (i.e. el “*mens rea*” del comportamiento del administrado)?

Las importantes repercusiones prácticas que se derivan de la decisión de la Audiencia Nacional resultan más que evidentes. Por ello, el presente artículo pretende analizar la solidez y consistencia de las afirmaciones realizadas por la Audiencia Nacional, a los efectos de valorar si las dudas preliminares de tipo conceptual que esta plantea se encuentran fundadas.

---

<sup>2</sup> Sentencia de 15 de octubre de 2011, Recurso 608/2011, ROJ (SAN 4008/2012) disponible en <http://www.poderjudicial.es>.

Comenzaremos con una exposición somera de los hechos que dieron lugar al recurso interpuesto por la asociación AECOVI-JEREZ SCA, tal y como se describen en la decisión de la Comisión Nacional de la Competencia (“CNC”) de 6 de octubre de 2011, por la que se le interpuso una multa de 60.000 euros, por infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia (“LDC”) y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”).<sup>3</sup>

Posteriormente, realizaremos un análisis crítico del razonamiento de la Audiencia Nacional en su sentencia mediante un estudio de las cuestiones jurídicas que se suscitan la luz de los principios rectores del Derecho administrativo sancionador español y la jurisprudencia comunitaria.

Finalmente, expondremos nuestras conclusiones, sobre las que se puede adelantarse lo siguiente: el razonamiento de la Audiencia Nacional carece de apoyo en la jurisprudencia comunitaria y resulta incongruente con la interpretación que ésta ha dado al requisito de que la infracción se produzca de manera dolosa o negligente.

## **II. LA DECISIÓN DE LA CNC**

En su decisión de 6 de octubre de 2011, el Consejo de la CNC consideró que había quedado probado que la asociación AECOVI-JEREZ SCA había participado en un práctica concertada para fijar los precios de la uva y del mosto contraria a los artículos 1 LDC y 101 TFUE en el período que transcurrió entre abril de 1991 y marzo de 2009.

No obstante, por lo que correspondía al tiempo transcurrido entre 1991 y el abril del año 2000, el Consejo argumentó que no iba a “*tener en cuenta*” este período para el

---

<sup>3</sup> Expediente: S/0167/09 disponible en [www.cncompetencia.es](http://www.cncompetencia.es)

cálculo de la duración de la infracción dada la incertidumbre creada por el marco legal existente en dicha época.<sup>4</sup>

### **A. La incertidumbre jurídica existente con antelación a abril de 2000**

El Consejo justificaba su decisión señalando que el marco legislativo vigente en dicho período podría haber generado un grado considerable de incertidumbre sobre los límites de la negociación colectiva de los agentes implicados.<sup>5</sup> Según el Consejo si bien el marco normativo hasta el año 2000 no imponía una conducta determinada si mitigaba en gran medida la responsabilidad, por ello concluía que *“en consecuencia el Consejo no tendrá en cuenta, a los efectos de la fijación de la multa la infracción realizada bajo el período de vigencia de la Ley 19/1992.”*<sup>6</sup>

Desafortunadamente, el Consejo no aclara la calificación jurídica que, desde un punto de vista conceptual, merece dicha incertidumbre. Ésta debe inferirse de elementos indirectos tales como el lenguaje utilizado y la metodología aplicada para el cálculo de la multa finalmente impuesta.

---

<sup>4</sup> Fundamento Décimotercero de la decisión.

<sup>5</sup> *“de esta posible confusión en la normativa no se deduce la obligación para los agentes de pactar precios, pero mitiga en gran medida la responsabilidad”* Fundamento séptimo de la decisión de la CNC.

<sup>6</sup> En su decisión, la CNC señaló que las normas de desarrollo de la Ley 19/1982 contenían expresiones que podían dar lugar a equívocos como era el caso del reglamento RD 2556/1985 que en su artículo 1 señalaba que *“en ausencia de un acuerdo, sea este colectivo o interprofesional, para un producto incluido entre los susceptibles de acogerse a los estímulos de la Ley 19/1982, definidos por el Real Decreto 2348/1984, de 26 de diciembre, o cuando el producto objeto de contrato no esté incluido, entre ellos, la empresa o empresas adquirentes, bien colectivamente o bien a título individual podrán solicitar la homologación de un contrato-tipo.”* Redacción dada por el RD 1468/1990 *“las empresas industriales y comerciales...y por otra las Organizaciones agrarias y cooperativas de producción, podrán elevar conjunta o unilateralmente propuestas de homologación etc.”* No así a partir de abril del año 2000, fecha de entrada en vigor de la Ley 2/2000 que prohibía de forma taxativa los acuerdos de precios y que según la CNC disipaba cualquier incertidumbre jurídica.

Por lo que concierne al lenguaje utilizado, llama la atención que el Consejo hable de que la responsabilidad resulte mitigada. El Consejo no considera que no exista responsabilidad, o que el sujeto infractor se encuentre exento o eximido de dicha responsabilidad, sino que ésta debe ser atenuada. Esta distinción entre lo que jurídicamente constituye una eximente (ausencia de responsabilidad) o una atenuante (mitigación de la responsabilidad) es muy relevante e incidiremos de nuevo sobre ella con posterioridad.

El cálculo de la sanción parece confirmar la interpretación anteriormente expuesta. En efecto, dado que los acuerdos colusorios afectaron prácticamente a toda la materia prima vitivinícola utilizada en la producción del vino de Jérez, el Consejo parte del importe de las transacciones de uva y mosto afectadas que cifra en 40 millones anuales. No obstante, dado que se trataba de una parte menor del mercado vitivinícola español el Consejo decidió fijar el montante inicial de base en 600.000 euros para todas las empresas involucradas a excepción del “Consejo Regulador” al que se le impone una multa de 300.000 euros.

Esta multa se divide entre los distintos participantes en función de su cuota de mercado y se señala que la cuota de mercado de AECOVI representaría un 20% del mismo. De este modo, la multa de AECOVI quedaría fijada inicialmente en 120.000 euros (el veinte por ciento de 600.000 euros).

Sin embargo, el Consejo reduce a posteriori dicha multa en un 50% dado que considera que durante la mitad de la duración de los acuerdos colusorios (i.e. hasta el año 2000) existía un marco normativo incierto.

Dicha fórmula resulta sorprendente cuando se compara con el método de cálculo de las multas de la CNC en su Comunicación sobre Cuantificación de las Sanciones (la “Comunicación”) o de la Comisión Europea (la “Comisión”) en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n o 1/2003 (las “Directrices”). En efecto, en ambas normas se

señala que el importe base se multiplicará por un porcentaje que represente la duración de la infracción y no a la inversa.

La explicación podría encontrarse, por un lado, en el hecho de que la CNC en su fundamento de Derecho tercero consideraba que la norma aplicable al presente caso debía ser la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989 y, por otro, que la Comunicación no se emitiese hasta febrero de 2009, apenas un mes antes del fin de la duración de la infracción.<sup>7</sup>

En nuestra opinión de la lectura de la decisión se desprende que el Consejo mediante este método de cálculo calificó la incertidumbre existente como una atenuante de la responsabilidad. La infracción (y la responsabilidad que esta acarrea) surgían según el Consejo ya en 1991.

No obstante, hubiera sido deseable que el Consejo hubiese sido más explícito en su conceptualización y congruente con la Comunicación, aplicando el factor incremental que representaba la duración de la infracción y, posteriormente, reduciendo ésta en función de las atenuantes existentes.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> No obstante, si estos hubiesen sido los motivos, el Consejo podría haber alegado: (i) puesto que la Comunicación sobre sanciones se redactó con anterioridad a la terminación de la infracción y que no se excede de los límites establecidos por la Ley 16/1989, esta no infringiría el principio de irretroactividad de la norma penal más favorable de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Dansk Rørindustri* (C-189/02 P, *Dansk Rørindustri y otros c. Comisión*, [2005] Rec. I-05425, apartados 198 a 232 (en adelante *Dansk Rørindustri*); y, (ii) dado que la decisión del Consejo aplica el artículo 101 TFUE - y, en virtud del principio de cooperación del artículo 4, apartado 3 del TUE - el Consejo podría haber tenido en cuenta los principios de política de competencia contenidos en las Directrices para el cálculo de multas de la Comisión. Mediante un análisis similar al efectuado por la Abogado General Kokott en la cuestión prejudicial C-226/11, *Expedia Inc.* en sus conclusiones de 6 de septiembre de 2011, apartado 38 “*del deber de cooperación leal (artículo 10 CE; actualmente, artículo 4, apartado 3, del TUE), que incumbe a todos los órganos de los Estados miembros, se deduce que los tribunales y las autoridades de los Estados miembros deben considerar debidamente las comunicaciones de la Comisión en materia de política de competencia, como la Comunicación de minimis, a la hora de ejercer las facultades que les corresponden con arreglo al Reglamento n° 1/2003.*”

<sup>8</sup> Ello plantea el problema del porcentaje de atenuación que podría aplicar el Consejo. La Comunicación habla únicamente de entre un 5 y un 15% del montante. En nuestra opinión ello no

## **B. La situación posterior a abril del año 2000**

Por lo que se refiere a la conducta realizada con posterioridad a abril del año 2000, las partes investigadas alegaron ante la CNC la existencia de una confianza legítima en la actuación de la Administración como eximente de responsabilidad. Las organizaciones de productores y transformadores del Marco de Jerez basaban su petición en el conocimiento e incluso participación de las autoridades sectoriales, tanto del Ministerio de Agricultura como de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía (la “CAP”) en las distintas negociaciones.

El Consejo considera que en el presente caso no resultaba de aplicación el principio de confianza legítima argumentando: (i) que el principio de confianza legítima debe ser interpretado en sentido estricto; (ii) que se encuentra sujeto al principio de legalidad; y (iii) que para que resulte de aplicación la Administración debe tener competencias sobre la materia en cuestión de que se trate.<sup>9</sup>

A este respecto, el Consejo subraya que la CAP aunque intervino en los acuerdos colusorios - de hecho, se le imputa y considera responsable de una infracción del Derecho de la competencia (aunque no se le sanciona)<sup>10</sup> – no resulta de aplicación el

---

parece un obstáculo insalvable dado que, por un lado, la Comunicación constituye una norma de soft law por lo que la CNC podría justificar el motivo por el que se apartaba de dichos porcentajes y, por otro, la interpretación resultaba favorable al sancionado lo que resultaría conforme con el principio in dubio pro reo. De hecho, el Consejo aplicó un porcentaje del 50% por lo que, en principio, este podría haber sido mayor siempre que no alcanzase el 100% lo que supondría que la atenuante deviene una eximente.

<sup>9</sup> Véase el Fundamento noveno de la decisión de la CNC. En particular afirmaciones tales como “*En todo caso el silencio e incluso la acquiescencia de una autoridad no competente para aplicar las normas de competencia no puede generar confianza legítima sobre la legalidad de acuerdos sobre precios*”.

<sup>10</sup> “*Por lo tanto, concurriendo en el presente caso los elementos objetivo y subjetivo del elemento infractor, procede declarar la responsabilidad de la CAP (Junta de Andalucía). No obstante, 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*

principio de confianza legítima dado que ésta: (i) carece de competencias en Derecho de la competencia, (ii) intervino con un papel mediador y (iii) no impuso una actuación concreta a las empresas afectadas.<sup>11</sup>

El Consejo apoya su decisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español y, en particular, en la decisión de la Comisión Europea en el asunto de las carnes de vacuno francesas (confirmada por el Tribunal de Justicia).<sup>12</sup>

No obstante, el Consejo obvia que en el caso de las carnes de vacuno la Comisión aplicó una atenuante del 30% (la atenuante que aplica el Consejo de la CNC afecta únicamente al período previo al año 2000) y no se aplicó un coeficiente multiplicador por duración dado que la conducta duró menos de un año.

Sí es cierto, sin embargo, tal y como como señalamos anteriormente, que el Consejo no aplicó ningún factor multiplicador por la duración temporal del acuerdo lo que podría sugerir que *de facto* sí se aplicó una “atenuante” impropia.

### C. Conclusión de la CNC

En conclusión, de la decisión del Consejo se desprende que conceptualmente este considera que la conducta típica se produjo desde 1991 y que la responsabilidad que esta acarrea surge también en dicho momento, aunque la misma se encuentra sujeta a una atenuante del 50% que representa la responsabilidad “leve” de la empresa en

---

*procedencia de imponer una sanción a la CAP*”. Fundamento decimosegundo de la decisión de la CNC. Sobre esta cuestión véase el tratamiento dado por (Marcos, El Ámbito de Aplicación Subjetivo de la LDC y la Condena a la Junta de Andalucía en el cártel de la uva y del mosto de Jerez, 2012)

<sup>11</sup> Fundamento noveno de la decisión de la CNC, en particular “*si bien la CAP estampó su firma sin objeciones al contenido relativo a los precios, no se aprecia realizase presión alguna en relación con la legalidad de los acuerdos sobre fijación de los mismos*”.

<sup>12</sup> C-101/07 P, *Coop de France bétail et viande c. Comisión*, [2008] Rec. I-10193.



la comisión de la infracción entre 1991 y el año 2000 dada la incertidumbre generada por el marco jurídico existente.

Por lo que concierne a la conducta con posterioridad al año 2000, ésta no se encontraría amparada en una supuesta confianza legítima en la participación de una Administración pública en los acuerdos que llevaron a la fijación de precios. No obstante, no cabe concluir sin más que el Consejo no considere que la actuación de la CAP no tuvo efecto alguno en la conducta en tanto que no incrementa en modo alguno la sanción en función del número de años que transcurrieron desde el año 2000 hasta el término de la infracción.

Sin embargo, estas no dejan de ser suposiciones extraídas de una interpretación de conjunto de la decisión producida por una criticable ambigüedad tanto en la calificación jurídica como el cálculo concreto de las consecuencias que se desprenden del marco legal existente entre 1991 y abril del año 2000 y de la intervención de la CAP con posterioridad. Lo cual, como veremos a continuación, puede haber tenido repercusiones significativas en el razonamiento y conclusiones expuestas por la Audiencia Nacional.

### **III. LA REVOCACIÓN DE LA DECISIÓN Y EL RAZONAMIENTO PROPUESTO POR LA AUDIENCIA NACIONAL**

Las empresas afectadas por la decisión de la CNC recurrieron en la vía contenciosa ante la Audiencia Nacional planteando, en esencia, los mismos argumentos esgrimidos ante la CNC, esto es: amparo legal y confianza legítima.<sup>13</sup>

En su decisión la Audiencia Nacional comparte a grandes líneas el razonamiento del Consejo de la CNC respecto a la eximente por confianza legítima. No obstante, por lo que se refiere al amparo legal, la Audiencia Nacional realiza una distinción

---

<sup>13</sup> Los recurrentes alegaron otros motivos como la crisis del sector que no valoraremos en este artículo.

conceptual más marcada que la CNC entre el concepto de amparo legal y el de incertidumbre jurídica.

#### **A. El razonamiento de la Audiencia Nacional respecto del principio de confianza legítima**

La Audiencia Nacional señala que el principio de confianza legítima constituye un principio general del Derecho comunitario que tiene sus raíces en los principios de seguridad jurídica y buena fe y considera, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1999, que no puede entenderse que el hecho de que la conducta se desarrollase durante años y/o que la Administración autonómica tolerase los acuerdos, generase la confianza legítima de que el pacto de precios no era contrario a la Ley de Defensa de la Competencia ni al Tratado de la Unión Europea.

El razonamiento de la Audiencia Nacional resulta bastante parco a este respecto. No obstante, la inaplicación del principio de confianza legítima sería, en nuestra opinión, resultado por un lado, del hecho de que la Audiencia Nacional califique la acción de la Administración de “*tolerancia*”, es decir, en lugar de una acción expresa y, por otro, de que se trataba de la “*Administración autonómica*”, es decir, no de la Administración Estatal.

Estos dos motivos justificarían suficientemente, en principio, la inaplicación del principio de confianza legítima tal y como ha sido interpretado por los Tribunales Comunitarios y los españoles al presente caso.<sup>14</sup>

#### **B. Amparo legal**

En lo que respecta al amparo legal, comienza la Audiencia Nacional señalando que dicha eximente no resulta de aplicación en el presente supuesto. En efecto, en su fundamento jurídico tercero, la Audiencia Nacional señala que ni la ley ni la práctica

---

<sup>14</sup> (Marcos, 2012), (Costas Comesaña, 2011)

administrativa establecían una obligación de acordar el precio del producto o repartirse las cantidades del mismo por lo que no resulta de aplicación dicha eximente.

La Audiencia Nacional adopta una interpretación del principio del amparo legal que, aunque fundamentándola únicamente en la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto del tabaco crudo,<sup>15</sup> resulta plenamente coherente con la jurisprudencia comunitaria posterior emitida en los asuntos *Deutsche Telekom* y *Telefónica*.<sup>16</sup>

De este modo la Audiencia Nacional equipara la eximente de amparo legal reconocida en el artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia con la eximente de responsabilidad desarrollada por los Tribunales Comunitarios.<sup>17</sup> Esta

---

<sup>15</sup> Case C-198/01, *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, [2003] Rec. I-08055

<sup>16</sup> Cuestión distinta y que excede los límites de este trabajo es si el planteamiento de los Tribunales comunitarios resulta demasiado exigente, una problemática que el Tribunal de Justicia podrá valorar en el recurso interpuesto por Telefónica contra la sentencia del Tribunal General en el asunto C-295/12 P.

<sup>17</sup> Véase C-280/08, *Deutsche Telekom c. Comisión*, [2010] Rec. I-09555 en particular apartados 80 a 84 (“*Deutsche Telekom*”) “*En efecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, únicamente si una legislación nacional impone a las empresas un comportamiento contrario a la competencia o si crea un marco jurídico que limita por sí mismo cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por parte de las empresas, no se aplican los artículos 81 CE y 82 CE. En tal situación, la restricción de la competencia no se debe, como requieren estas disposiciones, a comportamientos autónomos de las empresas. Por el contrario, cabe aplicar los artículos 81 CE y 82 CE si la legislación nacional deja subsistir la posibilidad de una competencia que puede ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas (sentencia de 11 de noviembre de 1997, Comisión y Francia/Ladbroke Racing, C-359/95 P y C-379/95 P, Rec. p. I-6265, apartados 33 y 34 así como jurisprudencia citada). Por tanto, el Tribunal de Justicia sólo ha admitido con carácter restrictivo la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE, un determinado comportamiento contrario a la competencia porque la normativa nacional vigente lo exigía a las empresas implicadas o porque dicha normativa eliminaba cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por su parte (véanse las sentencias de 20 de marzo de 1985, Italia/Comisión, 41/83, Rec. p. 873, apartado 19; 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, apartados 27 a 29, así como de 9 de septiembre de 2003, CIF, C-198/01, Rec. p. I-8055, apartado 67). (...) De ello se deduce que el mero hecho de que se hubiese incitado a la recurrente, mediante las intervenciones de una autoridad reguladora nacional como la RegTP, a seguir aplicando sus prácticas tarifarias que conducen a la compresión de márgenes de sus*

interpretación resulta en nuestra opinión una interpretación coherente con el Derecho comunitario y así se venía entendiendo por la doctrina española.<sup>18</sup>

### C. Incertidumbre jurídica y el elemento intencional de la conducta

Ahora bien, dado que no resulta aplicable la eximente de amparo legal, la Audiencia Nacional se ve obligada a formular conceptualmente las consecuencias que se derivan de la incertidumbre en el marco jurídico existente con anterioridad al año 2000 y de la participación de la Administración Autonómica con posterioridad a dicha fecha que reconoce la CNC en su decisión.

Antes de abordar el análisis que realiza la Audiencia Nacional de estas cuestiones creemos necesarias realizar algunas matizaciones conceptuales que, aunque conocidas, no deben ser obviadas.

#### 1. Sobre el elemento subjetivo en la infracción del Derecho de la competencia (confianza legítima y amparo legal)

Las infracciones del Derecho de la competencia son acciones u omisiones típicas, antijurídicas y culpables para las que el ordenamiento impone - mediante una norma de rango legal (*i.e.* la LDC o el TFUE) - una sanción que será impuesta por un órgano administrativo (*i.e.* la CNC o la Comisión).<sup>19</sup>

Como es bien sabido, la imposición de una sanción administrativa requiere, por tanto, del cumplimiento de una serie de principios (legalidad, tipicidad, antijuridicidad, responsabilidad y proporcionalidad)<sup>20</sup> extraídos en gran medida del

---

*competidores al menos igual de eficientes **no puede, como tal, eliminar en absoluto su responsabilidad con arreglo al artículo 82 CE***

<sup>18</sup> (Marcos, 2012), (Baño León, 2011) (Rebollo Puig, 2010)

<sup>19</sup> (Rebollo Puig, Derecho de la Regulación Económica Tomo II, 2013) página 1456.

<sup>20</sup> Rebollo et al. Derecho Administrativo Sancionador, pags. 51 y 52. En este sentido véase, la STS de 23 de febrero de 200 (rec. 2436/1991) “*Para que una determinada acción u omisión pueda ser*

Derecho penal, aunque con matices. De ello se deriva que el incumplimiento de uno de estos principios podrá acarrear la no imposición de la sanción.

Si bien estos principios se encuentran recogidos en los artículos 127 a 131 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), creemos oportuno traer a colación la dogmática penal para vislumbrar más claramente las fronteras y repercusiones de estos principios.

Así, señalaba Roxin que la diferencia entre la falta de antijuridicidad y falta de culpabilidad - en otras palabras, entre justificación y exculpación - consiste en que una conducta justificada es reconocida como legal por el legislador, está permitida y ha de ser soportada por todos, mientras que una conducta exculpada no es aprobada y por ello sigue estando no permitida y prohibida. Únicamente no se castiga, pero por regla general no tiene por qué ser tolerada por quien es víctima de una conducta antijurídica.<sup>21</sup>

En el presente supuesto de hecho que aquí se comenta, la Audiencia Nacional se enfrenta frente a dos excepciones (amparo legal y confianza legítima) que afectan a principios distintos. En efecto, mientras la excepción de amparo legal del artículo 4 LDC se refiere a la antijuridicidad de la conducta, la excepción por confianza legítima se refiere a la culpabilidad en la comisión de la conducta.

Es por ello que el artículo 4 LDC lógicamente habla de que “*las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley*”. Es decir, sólo en estos supuestos la conducta dejará de ser antijurídica, es

---

*objeto de sanción es necesario que sea típica, antijurídica y culpable, presupuestos que quedan eliminados por la concurrencia de causas de justificación o excluyentes de la culpabilidad o antijuridicidad”.*

<sup>21</sup> (Roxin, 2008)

decir, contraria al ordenamiento jurídico. En este sentido, es importante distinguir la infracción del tipo, por un lado, de la imposición de una sanción, por otro.

En efecto, puede haber supuestos, como sucede en los casos de confianza legítima, donde la conducta sea antijurídica pero no se den los elementos necesarios para poder imponer una sanción.

De conformidad con dicho razonamiento, la confianza legítima constituiría desde un punto de vista conceptual una eximente de responsabilidad pero no un supuesto de inaplicación del precepto.

La confianza legítima afecta, por tanto, a la culpabilidad del sujeto y, en consecuencia, a la posibilidad de que le sea impuesto un reproche económico por su comportamiento. Resulta por ello necesario analizar, siquiera someramente, el principio de culpabilidad.

Según el artículo 130.1 de la LRJ-PAC “*sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.*” Si bien, la fórmula “*aun a título de simple observancia*” planteó ciertas dudas iniciales respecto de la existencia de una responsabilidad objetiva,<sup>22</sup> la jurisprudencia de los Tribunales españoles ha entendido de forma pacífica que es necesario demostrar que la infracción se ha cometido por dolo o negligencia, equiparándose la inobservancia a un supuesto de negligencia.<sup>23</sup> Obviamente, al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados su significado queda al amparo de una interpretación casuística de los mismos, resultando la frontera entre el concepto de negligencia y el de responsabilidad objetiva un terreno, sin duda, borroso.

---

<sup>22</sup> (Bajo Fernández)

<sup>23</sup> (Bajo Fernández)

La necesidad de que la infracción se haya cometido por dolo o negligencia se encuentra igualmente recogida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien dicha jurisprudencia ha sido muy criticada desde algunos sectores por su imprecisión.

En efecto, tal y como ha consagrado el Tribunal de Justicia en repetidas ocasiones, aunque el dolo o negligencia constituyen un elemento necesario para la existencia de responsabilidad, la Comisión (o la autoridad competente de competencia) no tienen porqué delimitar expresamente si la conducta se cometió de un modo u otro.<sup>24</sup>

Esta construcción conlleva necesariamente que el concepto de negligencia cobre mayor importancia, pues frente a cualquier recurso, la Administración siempre podrá defender que la actuación se cometió de forma negligente. La gran pregunta es obviamente si el mero incumplimiento de la norma es un supuesto de negligencia.

Pues bien, aunque la respuesta sea en principio negativa, la realidad es que el concepto de negligencia que ha dibujado el Tribunal de Justicia es considerablemente amplio “*resulta que esta condición se cumple cuando la empresa de que se trata no podía ignorar que su comportamiento era contrario a la competencia, tuviera o no conciencia de infringir las reglas de competencia del Tratado.*”

Así, según el Tribunal de Justicia, en un supuesto de cártel como el presente “*es suficiente que no pudiera ignorar que el objeto de la conducta que se le imputa era*

---

<sup>24</sup> Véase más recientemente, C-89/11 P, *E.ON Energie c. Comisión* [2012] (pendiente de publicación). (Wish, 2012)

*restringir la competencia en el mercado común*”<sup>25</sup> algo que el Tribunal considera que se produce, sin duda, cuando se pactan precios.<sup>26</sup>

Desde un punto de vista conceptual, lo hasta ahora expuesto supone que el elemento subjetivo de la infracción, el dolo o la negligencia, dejan de constituir parte fundamental del tipo. En otras palabras, y por analogía con el Derecho penal, en vez de existir dos artículos, dos tipos, que delimitarían por ejemplo el homicidio doloso y el homicidio imprudente, con sus respectivas sanciones base, existe un solo tipo. Es decir, las infracciones del Derecho de la competencia se asemejan a delitos de peligro abstracto, como los de seguridad vial, donde el elemento subjetivo no forma parte de la descripción del tipo.<sup>27</sup>

De hecho, bajo esta lupa podrían leerse las afirmaciones realizadas por los Tribunales Comunitarios en el asunto Asia Motors, confirmada posteriormente en Carnes de Vacuno y Trefilunion “*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 del Tratado [actual 101 TFUE]*”.

---

<sup>25</sup> T-348/94, *Enso Española c. Comisión* [1998] Rec. II-01875.

<sup>26</sup> “*En el caso de autos, la Comisión ha acreditado que, por su participación en las reuniones del JMC, la demandante participó en una colusión sobre los precios y en una colusión sobre las interrupciones de la producción durante el período comprendido entre febrero de 1989 y abril de 1991. Considerada la naturaleza de las conductas comprobadas, la demandante no pudo ignorar que tenían por objetivo restringir la competencia.*” T-348/94, *Enso Española c. Comisión* [1998] Rec. II-01875, apartado 278.

<sup>27</sup> Véase por ejemplo el artículo 379 del CP “*El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.*” En contraposición con el artículo 142 CP “*El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años.*”



De lo hasta ahora expuesto se desprende que *de facto*, la existencia del elemento subjetivo de culpabilidad o negligencia se presume *iuris tantum* en todos aquellos casos que constituyen infracciones claras del Derecho de la competencia (por ejemplo en supuestos fijación de precios y/o cuotas) y en los llamados *clear-cut* abuses.<sup>28</sup>

Ahora bien, la existencia de dicha “culpabilidad” no conlleva necesariamente la existencia de “responsabilidad” o la imposibilidad de que esta se module. De conformidad, con la jurisprudencia de los Tribunales Comunitarios, esta presunción podrá desvirtuarse bien (i) cuando la conducta venga impuesta sin que el sujeto infractor disponga de margen de maniobra, bien (ii) cuando la Administración competente en Derecho de la competencia reconozca la legalidad de la actuación (reconocimiento que además necesitará ser expreso sin que baste con el mero conocimiento o aquiescencia).<sup>29</sup>

En el primer supuesto, recogido en C.I.F.,<sup>30</sup> parece evidente que dado que la conducta es impuesta por el *ius imperii* de la Administración al sujeto sin que este

---

<sup>28</sup> Véase las Directrices sobre multas de la Comisión de 1998, que equiparaba como sanciones muy graves los cárteles y los abusos característicos, en la versión en inglés “*very serious infringements: These will generally be horizontal restrictions such as price cartels and market-sharing quotas, or other practices which jeopardize the proper functioning of the single market, such as the partitioning of national markets and clear-cut abuse of a dominant position by undertakings holding a virtual monopoly*”.

<sup>29</sup> (Marcos, Artículo 4. Conductas exentas por ley, 2012)

<sup>30</sup> Asunto C-198/01 , *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, [2003] Rec. I-08055. En dicho asunto el Tribunal de Justicia señaló que si una ley nacional elimina la posibilidad de una competencia que pueda ser obstaculizada, restringida o falseada por comportamientos autónomos de las empresas, procede señalar que, so pena de vulnerar el principio general del Derecho comunitario de la seguridad jurídica, la obligación, a cargo de las autoridades nacionales de defensa de la competencia, de descartar la aplicación de dicha ley contraria a la competencia no puede suponer que las empresas implicadas se expongan a ser sancionadas, tanto si se trata de sanciones de naturaleza penal como administrativa, por un comportamiento pasado, en la medida en que la citada ley imponía dicho comportamiento (apartado 53).

disponga de margen de maniobra alguno, no puede hablarse de una voluntad de cometer la infracción ni siquiera negligentemente.

En el segundo supuesto, se produciría lo que se conoce en el Derecho sancionador como un error de prohibición, esto es, el sujeto sería consciente de que su conducta infringía la competencia (de conformidad con la jurisprudencia comunitaria), ahora bien, creería que dicha actuación se encuentra justificada, siendo la base de dicha justificación, la actuación de una Administración pública. Estaríamos ante lo que la dogmática penal conceptualiza como un error sobre la existencia o los límites de una causa de justificación.<sup>31</sup>

Esta construcción conceptual parece ser la que comparte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En nuestra opinión, de la lectura de las sentencias del Tribunal de Justicia en *Deutsche Telekom* y del Tribunal General en *Telefónica*, se desprende que las recurrentes alegaron que la existencia de dicha confianza legítima negaba el elemento subjetivo de la infracción sin que el Tribunal pusiese en duda dicha lógica. En efecto, en dichos casos, los Tribunales comunitarios concluyeron que no se producía dicha confianza legítima, pero en ningún momento negaron los efectos que ésta, de haberse producido, hubiese tenido sobre el elemento subjetivo.

Ahora bien, para que dicho error de prohibición pueda dar lugar a la exclusión de responsabilidad éste debe ser un “*error invencible*”, es decir, un error que a su vez no traiga causa de un error del administrado. Resulta de sentido común que la propia negligencia del infractor no puede ser causa de su exención de la sanción.

Se plantea entonces - para determinar si el error era vencible o no – la cuestión de qué condiciones o requisitos deberá cumplir el órgano administrativo concreto para generar en un operador diligente dicha confianza legítima.

---

<sup>31</sup> (Rebollo Puig, Derecho Administrativo Sancionador, 2010) páginas 345 a 354.

## **2. Presupuestos necesarios para que la actuación de un órgano administrativo sea capaz de generar una confianza legítima en un operador diligente**

Como consideración inicial debe recordarse, tal y como explica Rebollo Puig, que las construcciones sobre el principio de confianza no surgen en el seno del Derecho sancionador y no tiene a éste como su ámbito característico. Eso origina, en su opinión, que cuando los tribunales se refieren a la confianza legítima en el campo sancionador lo hagan en muchas ocasiones en un sentido amplio y no en los términos más restringidos en los que originalmente se perfilaron.

Según este autor, dos son las principales manifestaciones de este principio: por un lado, como límite a la retroactividad normativa; y, por otro, como elemento de estabilidad de las decisiones concretas de aplicación del Derecho adoptadas por las Administraciones Públicas. En otras palabras, como límite al ejercicio de las potestades de revisión y revocación de los actos administrativos.<sup>32</sup>

Esta interpretación del principio de confianza legítima se encuentra reconocida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (y aparece citada en la propia sentencia de la Audiencia Nacional) STS de 10 de mayo de 1999 “*La doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y de la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, y que comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad de las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones”.*

---

<sup>32</sup> Para una visión muy crítica de la aplicación de este principio especialmente en Derecho de la competencia, véase (García Luengo, 2010)

La primera pregunta que debe plantearse, por tanto, es en qué circunstancias genera una autoridad pública dicha esperanza. A este respecto, el Tribunal Supremo en su famosa sentencia de 1 de febrero de 1990 estableció que el principio de protección de la confianza legítima ha de ser aplicado “*no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego – interés individual e interés general – la revocación o dejación sin efecto del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar”*”.

La siguiente cuestión que surge es, por tanto, qué Administraciones Públicas podrán generar dicha confianza legítima, cuando la conducta sea contraria al Derecho de la competencia. Especialmente si se tienen en cuenta las afirmaciones del Tribunal Supremo, STS de 14 de febrero de 2006, de que “*...el principio de la confianza legítima comporta que es legítimo que el ciudadano pueda confiar en la Administración, delimitándose así los derechos y obligaciones de ambos en un sentido objetivo, según lo que se puede esperar de acuerdo con las reglas del “trafico jurídico”, y no en sentido subjetivo, según la creencia de las partes. Pero dicho principio debe ser interpretado restrictivamente y siempre en el ámbito de la legalidad”*”.<sup>33</sup>

En la decisión de la CNC se observa claramente que tanto el Consejo como la Dirección de Investigación consideran que sólo aquellas Administraciones con competencias en materia de derecho antitrust podrían generar dicha confianza legítima. Bastante reveladora es la siguiente afirmación “*Argumenta la DI, y*

---

<sup>33</sup> ROJ STS 814/2006, Fundamento de Derecho Primero.

*coincide el Consejo con dicha argumentación, que en el caso que nos ocupa, si bien la CAP, “es la administración competente sectorial en la materia, en ningún caso es la autoridad competente para delimitar si dichas prácticas se ajustaban o no a la defensa de la competencia, lo que únicamente podría señalar la Autoridad de Competencia”.*

No obstante, una interpretación tan restrictiva podría resultar contraria al principio de unidad de la administración y contradiría la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de febrero de 2002 sobre libros de texto donde concluyó que un recomendación de poner coto a la subida libre de los precios de los libros de texto no resultaba punible en tanto la admonición del Ministerio de Educación y Ciencias de la “*necesidad que esas subidas fueran limitadas*” generaba una confianza legítima de que se actuaba de forma correcta.<sup>34</sup>

Esta interpretación restrictiva que propone la CNC podría encontrar cierto amparo en la práctica decisoria de la Comisión Europea y *obiter dicta* en la jurisprudencia los Tribunales comunitarios. En nuestra opinión, en los asuntos *Deutsche Telekom* y *Telefónica*<sup>35</sup> detrás del debate de la función *ex ante* del regulador y la función *ex post* del Derecho de la competencia<sup>36</sup> podría defenderse que subyace, *obiter dicta*, la imposibilidad de que el regulador que carece de competencia en cuestiones de Derecho de la competencia pueda crear una confianza legítima en el administrado sobre la legalidad de su actuación con el Derecho de la competencia; especialmente cuando se dispone de la posibilidad de acudir a asesoramiento jurídico.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> ROJ 1375/2000.

<sup>35</sup> Asuntos T-336/07, *Telefónica c. Comisión*, [2012] (pendiente de publicación) y C-280/08 P, *Deutsche Telekom c. Comisión* [2010] Rec. I-09555. En adelante *Telefónica* y *Deutsche Telekom*.

<sup>36</sup> *Telefónica*, apartado 293 “*las normas en materia de competencia previstas por el Tratado CE completan, mediante el ejercicio de un control ex post, el marco regulador adoptado por el legislador de la Unión con el fin de regular ex ante los mercados de las telecomunicaciones*”

<sup>37</sup> *Telefónica*, apartado 323.

Baja esta lupa podrían leerse afirmaciones que realizaba el Tribunal General en Telefónica, tales como que “*la CMT no es una autoridad de competencia, sino una autoridad reguladora, y nunca intervino para velar por el cumplimiento del artículo 82 CE, ni adoptó resoluciones sobre las prácticas sancionadas por la Decisión impugnada*”.<sup>38</sup>

No obstante, podría alegarse, con mayor fundamento, que en estos casos, lo que se esconde tras el análisis del Tribunal de Justicia es la preeminencia del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, es decir una cuestión de jerarquía<sup>39</sup> “*aun suponiendo que la CMT estuviese obligada a examinar la compatibilidad de las prácticas de Telefónica con el artículo 82 CE, tal hecho no impediría que la Comisión pudiera declarar una infracción imputada a ésta. Efectivamente, la Comisión no puede estar vinculada por una resolución dictada por una autoridad nacional en aplicación del artículo 82 CE*”.<sup>40</sup>

No obstante, no debe olvidarse que en dichos casos tanto la CMT como el regulador alemán, actuaban como Agencias Nacionales Reguladores (“ANR”) aplicando el Derecho comunitario. Quizá por ello, el Tribunal General empleó un número considerable de páginas en clarificar el contenido de las Directivas sobre telecomunicaciones y evita de forma repetida llegar a cualquier tipo de conclusión que pudiese sugerir que la CMT actuara de forma contraria al Derecho comunitario.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> *Telefónica* (apartado 301)

<sup>39</sup> La sentencia de la Audiencia Nacional no es ajena a la relevancia del elemento jerárquico y como se verá a continuación señala en la valoración de la existencia o no de confianza legítima el hecho de que se trataba de una autoridad de carácter autonómico.

<sup>40</sup> *Telefónica*, apartado 301.

<sup>41</sup> *Telefónica*, apartado 307. “*Por último, en cuanto a la alegación de las demandantes de que la Comisión habría debido interponer un recurso por incumplimiento contra el Reino de España con arreglo al artículo 226 CE si dicha institución hubiera llegado a la conclusión de que las resoluciones de la CMT, en cuanto órgano de un Estado miembro, no permitían evitar la existencia*

De la jurisprudencia comunitaria y la nacional,<sup>42</sup> parece desprenderse que mientras que para que se produzca la eximente por amparo legal resulta necesario que la norma “imponga” una conducta en el sujeto infractor de tal modo que este no disponga de margen de maniobra para actuar de conformidad con el Derecho de la competencia en el caso de la eximente por confianza legítima, los supuestos en los que esta podría producirse son más variados.

Ello se debe a que mientras el concepto de amparo legal se refiere a la “voluntariedad” del sujeto infractor de cometer la infracción, el concepto de confianza legítima, como principio que emana de los principios más generales de seguridad jurídica y buena fe, se refiere al “conocimiento” por parte del operador de que la conducta infringía el Derecho de la competencia, a la posición de la Administración que emite la señal que genera una confianza de legalidad y a una ponderación de los diferentes intereses en juego.<sup>43</sup>

### **3. El análisis de la Audiencia Nacional (la eximente por interpretación razonable de la norma)**

Hecho este inciso procede analizar el contenido del razonamiento de la Audiencia Nacional. Como hemos visto anteriormente, la Audiencia Nacional plantea en primer lugar si se daban en este caso las excepciones de amparo legal y confianza legítima y concluye que este no era el caso.

---

*de un estrechamiento de márgenes y, por tanto, no respetaban el marco regulador de 2002, debe señalarse que, en la Decisión impugnada, la Comisión no realiza tal apreciación.”*

<sup>42</sup> (Rebollo Puig, Derecho Administrativo Sancionador, 2010)

<sup>43</sup> Estos dos últimos requisitos únicamente a nivel nacional. En nuestra opinión, de la revisión de la jurisprudencia de los Tribunales españoles parece desprenderse que estos son más benévolos con los administrados que los Tribunales comunitarios lo que junto con la primacía del Derecho comunitario podría explicar el uso recurrente del artículo 101 TFEU por parte del CNC en un caso cuya relevancia comunitaria podría discutirse.

No obstante, la Audiencia constata que existen dos circunstancias fácticas (la incertidumbre jurídica y la intromisión de la Administración) que en su opinión deberían tener acarrear consecuencias jurídicas.

El problema evidente es como conceptualizarlas para poder valorar los efectos jurídicos que estas tienen. Para ello, la Audiencia Nacional prefiere tratarlas como un todo que califica de incertidumbre, y que inserta dentro del principio de culpabilidad.

En efecto, señala la Audiencia Nacional *“el elemento subjetivo de la infracción debe concurrir para que proceda la imposición de una sanción, aun cuando, como es el caso, los hechos sean constitutivos de una infracción tipificada en la Ley de Defensa de la Competencia. Por otra parte, que concorra en grado de dolo o de culpa tiene igualmente consecuencias en cuanto a la entidad de la sanción impuesta”*.

La Audiencia Nacional se centra en el énfasis de la CNC en la incertidumbre jurídica y el razonamiento que esta señalaba de que *“de esta posible confusión en la normativa no se deduce la obligación para los agente de pactar precios, pero mitiga en gran medida la responsabilidad de las organizaciones de productores y de transformadores, y en consecuencia el Consejo no tendrá en cuenta, a los efectos de la fijación de la multa, la infracción realizada bajo el período de vigencia de la Ley”*.

En nuestra opinión, esta construcción puede achacarse parcialmente a la indefinición de la CNC en la calificación de la incertidumbre jurídica. Si uno se limita a observar las afirmaciones realizadas por la CNC que recoge la Audiencia Nacional en su sentencia; en concreto, la referencia a la *“responsabilidad”* de las organizaciones y al hecho de que el Consejo *“no tendrá en cuenta (...) la infracción realizada bajo el período de vigencia de la Ley”*, la construcción teórica que realiza la Audiencia Nacional puede llegar a parecer razonable.



No obstante, dicho razonamiento ignora, como ya explicamos, el modo en el que la CNC calculó la infracción y que sugiere su carácter de “atenuante” de la culpabilidad a efectos del cálculo de la sanción. Esta conceptualización de la incertidumbre jurídica como atenuante resulta consistente con la afirmación que realiza la CNC de que no iba a tener en cuenta el período de incertidumbre “*a los efectos de fijación de la multa*”. Si la CNC considerase que no se daba el elemento subjetivo necesario entre el año 1991 y abril de 2000, hubiera comenzado el cálculo de la multa simple y llanamente en el año 2000.<sup>44</sup>

Una vez la Audiencia Nacional concluye que esta incertidumbre se sitúa en el ámbito de la culpabilidad como presupuesto para la existencia de la infracción, ésta procede a plantearse si la actuación del CAP no contribuiría – con posterioridad a abril de 2000 – a poner en duda la existencia de este elemento subjetivo.

Ante tal pregunta - y ante la falta de valoración al menos expresa de este elemento por la CNC - la Audiencia Nacional alcanza la conclusión de que “*tal incertidumbre jurídica no desapareció en el año 2000 sino que se acrecentó con el protagonismo y la iniciativa de la Administración autonómica, según resulta de los hechos probados de la resolución recurrida*”.

Todo ello lleva a la Audiencia Nacional a concluir que en estas circunstancias no procede considerar que se da el elemento subjetivo del tipo necesario para la imputación de responsabilidad a AECOSI, lo que expone en un razonamiento que por su relevancia citamos en toda su extensión:

*“Resulta en consecuencia que no solo el contexto normativo inducía a error, sino que la activa participación de la Administración en relación con AECOSI y a la vista de los concretos hechos probados en este expediente administrativo pudo llevar a la conclusión de que su actuación era conforme a Derecho. En este sentido,*

---

<sup>44</sup> Recuérdese que la CNC “para” en el año 2000 de considerar que existió incertidumbre jurídica por el cambio normativo que supuso la Ley 2/2000, véase la nota al pie 6.

*partiendo de la base de que no existe un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones administrativas y de que la culpabilidad del sujeto infractor se vincula a la circunstancia de que su conducta no se halle amparada por una interpretación jurídica razonable de las normas aplicables, la suma de las dificultades en la interpretación descritas por la CNC y la actuación administrativa, aunque no sitúan a AECОВI dentro de los límites del principio de confianza legítima, si excluyen el elemento intencional en la comisión de la infracción, con la consecuencia de que no procede imponer sanción alguna” (subrayado añadido).<sup>45</sup>*

#### 4. Una valoración crítica

De lo expuesto anteriormente se desprende que el concepto de dolo o negligencia que promueve la Audiencia Nacional no se corresponde con el utilizado por los Tribunales Comunitarios, pues en el presente supuesto no se proporcionan datos suficientes como para afirmar que los sujetos infractores “*no podían ignorar que su comportamiento infringía el Derecho de la competencia*”. Especialmente cuando los infractores no podían confiar legítimamente en la actuación del CAP.

En efecto, como se ha explicado anteriormente el concepto de confianza legítima no es una eximente autónoma que supone la inaplicación del tipo. La existencia de confianza legítima simplemente conlleva que no se dé el elemento subjetivo, esto es, el conocimiento o el deber de conocer que la actuación infringía el Derecho de la competencia.

Por ello, resulta contradictorio con la interpretación del concepto de dolo o negligencia desarrollado por los Tribunales Comunitarios considerar que aun cuando no existe confianza legítima - es decir cuando el sujeto debía saber que la infracción infringía el Derecho de la competencia - no se produzca la infracción del Derecho de la competencia cuanto menos por negligencia.

---

<sup>45</sup> Fundamento Jurídico Sexto.

En otras palabras, la construcción que realiza la Audiencia Nacional resultaría equivalente a considerar que existe un concepto de confianza legítima menor, lo que se ha denominado confianza legítima “light” por algunos autores, que conllevaría asimismo la eliminación del elemento subjetivo de la ecuación.<sup>46</sup>

En efecto, en nuestra opinión, no puede concebirse que si el sujeto infractor no podía ignorar que su actuación infringía la competencia se considere que no se da la culpabilidad para la fundamentación de la pena.

Que las conclusiones de la Audiencia Nacional carecen de una base teórica consolidada se evidencia por el hecho de que la sentencia no contenga jurisprudencia o cita doctrinal alguna que le permita considerar que existe una exigente subjetiva por incertidumbre jurídica aun cuando la conducta típica era claramente anticompetitiva (fijación de precios), no existía amparo legal (la conducta no había sido impuesta por la Administración) y no se produjo confianza legítima (se trataba de una Administración autonómica que carecía de competencias en materia de Derecho de la competencia).

De hecho si se lee con cautela la fundamentación de la Audiencia Nacional esta parece emitir una sentencia más bien en términos de justicia material que formal. En efecto, la Audiencia Nacional se refiere a que no existe una responsabilidad objetiva en Derecho administrativo para luego señalar que no ha quedado probado el elemento “*intencional*” (i.e. doloso) de la conducta.

De una lectura entre líneas podría inferirse que la Audiencia Nacional consideró que el concepto de negligencia que debía aplicar en el presente supuesto equivalía a imponer una responsabilidad cuasi-objetiva o que resultaría injusto sancionar a una empresa por una conducta cuando existió un marco legislativo incierto y una intervención considerable de la Administración pública.

---

<sup>46</sup> (Marcos, ¿Todavía alguien duda de que los cárteles están prohibidos?, 2012)

Estos son motivos loables sin duda, pero podrían haberse logrado a través de una construcción que no contradijese la jurisprudencia comunitaria, especialmente cuando la Audiencia Nacional estaba aplicando el artículo 101 TFUE.

A nadie escapa que una infracción cometida por negligencia no debería merecer la misma sanción que una infracción cometida de forma dolosa. La cuestión - dado el marco normativo y jurisprudencial descrito anteriormente - es como insertar dichas modulaciones en el tipo. La respuesta obviamente es que más allá de las eximentes de responsabilidad cualquier otra circunstancia deberá valorarse mediante la utilización de atenuantes. Ello no resulta contrario al principio de culpabilidad pues debe distinguirse la culpabilidad para la fundamentación de la pena de la culpabilidad para la medición de la pena.<sup>47</sup>

Lo cual conecta con el principio de proporcionalidad, y así lo ha entendido la jurisprudencia de nuestros tribunales que, en supuestos de falta de claridad legislativa, ha señalado que ésta podía atenuar la responsabilidad y debió tener, por tanto, mayor incidencia en la cuantificación de la multa.<sup>48</sup> Así lo ha hecho la propia Comisión Europea, y avalado los tribunales comunitarios, en *Telefónica y Deutsche Telekom*, en cada caso el atenuante fue de un 10%. La Audiencia Nacional podría, por tanto, haber reducido la multa hasta una cuantía que considerase adecuada o quizá simbólica pero con una motivación más congruente con el Derecho comunitario y con los principios fundamentales del Derecho administrativo sancionador.

No obstante, es cierto que quizá esta problemática podría resolverse de mejor modo mediante la inclusión de una cláusula en la Ley de Defensa de la Competencia similar a la que establece el artículo 45 de la Ley Orgánica de Protección de Datos

---

<sup>47</sup> (Roxin, 2008) página 814.

<sup>48</sup> Véase la STS de 23 de marzo de 2005, Sección Tercera (Ar. 2613).

en su apartado quinto que señala: “*El órgano sancionador establecerá la cuantía de la sanción aplicando la escala relativa a la clase de infracciones que preceda inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos: Cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios enunciados en el apartado 4 de este artículo....*”

Finalmente, cabe señalar, que la Audiencia Nacional incurre además en cierta contradicción cuando en última instancia justifica la exención de la imposición de la sanción en el hecho de que “*la culpabilidad del sujeto infractor se vincula a la circunstancia de que su conducta no se halle amparada por una interpretación jurídica razonable de las normas aplicables*”.

Este principio que, según tengamos constancia, únicamente tiene reconocimiento normativo expreso en la Ley General Tributaria (artículo 179.2(d)), se refiere en mayor medida al principio de legalidad más allá del elemento de diligencia necesario. En efecto, mediante el principio de interpretación razonable de la norma lo que se valora, es realmente si el tipo legal era claro y si el supuesto de hecho podía subsumirse en dichas normas para lo que se valora subsidiariamente la diligencia del administrado en la interpretación de la norma.

La jurisprudencia comunitaria tampoco ha sido ajena a estas cuestiones.<sup>49</sup> No obstante, su aplicación es muy restrictiva y se ciñe – bajo el principio de legalidad – a aquellos supuestos en los que, aun cuando se hubiese obtenido el asesoramiento jurídico adecuado (diligencia) – no era previsible que se realizase a posteriori una interpretación de la norma que considerase dicho comportamiento como anticompetitivo.

---

<sup>49</sup> *Dansk Rørindustri y Telefónica.*

El debate se plantea entonces en términos de previsibilidad, es decir, era previsible que la conducta fuese considerada contraria al Derecho de la competencia. Entendida esta previsibilidad de modo muy restringido y únicamente desde la perspectiva de la autoridad de competencia.<sup>50</sup>

En otras palabras estos supuestos se limitarían a los casos en los que la Comisión o la autoridad de competencia presenta construcciones novedosas, “*theories of harm*”, cuya legalidad hubiese sido razonablemente discutible en el momento de comisión de la infracción. Obviamente ello no sucede en los casos “*clear-cut*” de fijación de precios, fijación de cuotas de producción, etc. como el presente.

No parecer ser esta la interpretación de la Audiencia Nacional que recientemente en una sentencia sobre el cártel de los seguros decenales de 14 de diciembre de 2012 ha concluido que el principio de interpretación razonable de la norma puede aplicarse, y así lo hizo, a la interpretación de aquellas normas que pueden dar amparo legal a una conducta en principio contraria al derecho de la competencia.<sup>51</sup>

En nuestra opinión, la Audiencia Nacional debería haber valorado en primer lugar si la conducta era típica o no. Una vez concluido que la conducta era típica debería haber valorado si existía un error de prohibición, para ello debería haber valorado si dicho error era vencible o invencible, en base a la Administración de qué se trataba, a las características de los operadores involucrados y a los distintos intereses en juego. Finalmente si la Audiencia consideraba que no se daban los elementos para concluir que existía un error de prohibición debería haber valorado si la intervención de la Administración podía tener efectos a la hora de determinar la punibilidad, esto es, lo que los penalistas definen como la penalidad, punibilidad, merecimiento o

---

<sup>50</sup> *Dansk Rørindustri y Telefónica.*

<sup>51</sup> Sentencia de 14 de diciembre de 2012, recurso 869/2009, ponente D. Concepción Mónica Montero

necesidad de pena<sup>52</sup> y haber aplicado un atenuante considerable o haber impuesto una multa simbólica.<sup>53</sup>

#### **IV. CONCLUSIONES**

En el presente comentario hemos expuesto como el razonamiento de la Audiencia Nacional le lleva a dictar una sentencia que, aunque materialmente pudiese ser correcta, formalmente incurre en una gran contradicción conceptual.

Mediante el estudio de la jurisprudencia comunitaria y española hemos demostrado la interpretación cuasi-objetiva que actualmente se otorga al principio de culpabilidad como elemento integrador del tipo y razonado que en la actualidad, la graduación subjetiva de la conducta es relevante únicamente a efectos de la modulación concreta de la sanción.

Así una interpretación sistemática de los principios de confianza legítima y culpabilidad, conlleva que en el caso de no exista confianza legítima, no podrá negarse la existencia del elemento subjetivo del tipo, al menos para el reconocimiento de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia.

Como resultado de lo anterior, hemos explicado que el único mecanismo del que disponen los tribunales para adoptar decisiones proporcionadas es acudir a atenuantes que les permitan formalmente reconocer la existencia de la infracción y, sin embargo, imponer una sanción adecuada a la luz de las circunstancias concurrentes en el caso.

En este contexto, en nuestra opinión, resulta necesaria una revisión de los conceptos de dolo y negligencia en el derecho de la competencia que se equipare más a la

---

<sup>52</sup> (Muñoz Conde, 2002) página 416.

<sup>53</sup> La posibilidad de imponer multas simbólicas se reconocía, por ejemplo, en las Directrices sobre multas de la Comisión de 1998.

distinción de estos conceptos en el derecho penal, para evitar que se produzcan casos como el aquí comentado.

Mientras tanto, nuestra propuesta *lege ferenda* sería abogar por la inclusión de un precepto estableciendo de forma clara que la sanción de inicio que debe imponerse por la infracción de una conducta de manera negligente debe ser siempre menor que para aquellos casos en que la conducta se cometió de forma dolosa. Dicho precepto podría redactarse de forma análoga a la previsión contenida en el artículo 45.5 de la LOPD, que no es sino la manifestación en derecho administrativo sancionador de las reducciones por grados reconocidas en nuestro Código Penal.

### Trabajos citados

Bajo Fernández, M. (s.f.). La Unidad del Derecho Sancionador. [www.miguelbajo.com](http://www.miguelbajo.com).

Baño León, J. (2011). La aplicación del derecho "antitrust" a la administración pública. En J. Guillén Caramés, *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*. Navarra: Thomson-Civitas.

Costas Comesaña, J. (2011). La confianza legítima en la actuación de las administraciones públicas como límite al derecho de defensa de la competencia. En J. Guillén Caramés, *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las administraciones públicas*. Madrid: Thomson-Civitas.

García Luengo, J. (2010). El principio de protección de la confianza. En J. Santamaría Pastor, *Los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo*. La Ley.

Marcos, F. (2012). ¿Todavía alguien duda de que los cárteles están prohibidos? [hayderecho.com](http://hayderecho.com).

Marcos, F. (2012). Artículo 4. Conductas exentas por ley. En J. e. Folguera, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Madrid: Thomson.

Marcos, F. (2012). El Ámbito de Aplicación Subjetivo de la LDC y la Condena a la Junta de Andalucía en el cártel de la uva y del mosto de Jerez. *RCD*.

Muñoz Conde, F. (2002). *Derecho Penal, Parte General*. Tirant Lo Blanch.

Rebollo Puig, M. (2010). *Derecho Administrativo Sancionador*. Valladolid: Lex Nova.

Rebollo Puig, M. (2013). *Derecho de la Regulación Económica Tomo II*. Iustel.

Roxin, C. (2008). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Civitas.



Wish, R. (2012). *Competition Law*. Oxford University Press.