

A culpabilidade nas sancións das autoridades administrativas independentes

La culpabilidad en las sanciones de las Autoridades administrativas independientes

The culpability element and the punishment power of independent administrative authorities



FEDERICO DINELLI

Investigador de Derecho Administrativo
Universidad de Roma Tre (Italia)
federico.dinelli@uniroma3.it

Recibido: 08/01/2016 | Aceptado: 21/01/2016

Regap



ESTUDIOS

Resumo: O elemento da culpabilidade pertence á estrutura da infracción, tanto administrativa como penal. Moitas das autoridades administrativas independentes están chamadas a aplicar sancións, cuxo grao de punibilidade a miúdo resulta extremadamente elevado. É interesante, polo tanto, analizar en que casos e cando existe a posibilidade de evitar a aplicación dunha sanción asumindo que o suxeito que incorreu nela debe ser considerado non culpable. Este traballo, tras unha reconstrución teórica do concepto de culpa, analiza os distintos casos en que o elemento da (non) culpabilidade foi valorado pola xurisprudencia italiana e europea como un factor que exclúe a posibilidade de sancionar unha conduta ilícita desde o punto de vista material.

Palabras clave: culpabilidade, infracción administrativa, sancións, autoridades administrativas independentes.

Resumen: El elemento de la culpabilidad pertenece a la estructura de la infracción, tanto administrativa como penal. Muchas de las autoridades administrativas independientes están llamadas a aplicar sanciones, cuyo grado de punibilidad a menudo resulta extremadamente elevado. Es, por tanto, interesante analizar en qué casos y cuándo existe la posibilidad de evitar la aplicación de una sanción asumiendo que el sujeto que ha incurrido en ella debe ser considerado no culpable. Este trabajo, tras una reconstrucción teórica del concepto de culpa, analiza los distintos casos en los que el elemento de la (no) culpabilidad ha sido valorado por la jurisprudencia italiana y europea como un factor que excluye la posibilidad de sancionar una conducta ilícita desde el punto de vista material.

Palabras clave: culpabilidad, infracción administrativa, sanciones, autoridades administrativas independientes.

Abstract: The element of guilt belongs to the structure of the administrative offense, no less than it belongs to the criminal one. Many of the agencies apply sanctions, which are often extremely severe. It is interesting, therefore, to understand if and when there is the possibility of avoiding the application of a sanction assuming that the person who committed the offense must be considered not guilty. The following work, after a theoretical reconstruction of the concept of guilt, analyzes the different situations in which the element of (not) guilty has been enhanced by the Italian and European Judge as exclusion factor of a sanction.

Key words: culpability, administrative offense, punishment, independent administrative authorities.

Sumario: 1 Introducción. 2 La culpabilidad en la ley n.º 689/1981 y en el derecho penal. 3 La personalidad de la responsabilidad y la responsabilidad solidaria de la persona jurídica. 4 La presunción de culpabilidad en la interpretación jurisprudencial. 5 La culpabilidad como mero conocimiento del carácter ofensivo de la conducta. 6 El eximente de la buena fe y la correspondiente prueba en la casuística jurisprudencial. 7 La presunción de culpabilidad y la personalidad de la responsabilidad en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la U.E., sección I, 13 de julio de 2011, n.º 39/07. 8 Conclusiones. 9 Bibliografía.

1 Introducción

El presente trabajo profundiza en una temática que, a pesar de no haber sido tratada en profundidad por la doctrina administrativa, presenta aspectos de indudable interés, tanto en el caso de Italia como en el de España y demás países en los cuales existen autoridades administrativas independientes que actúan dotadas de poder sancionador. De hecho, a efectos de la aplicación de las sanciones de dichas autoridades, el requisito de la culpabilidad adquiere la misma importancia que la comisión objetiva de una infracción contemplada en la legislación. Sin embargo, la poca costumbre de los administrativistas de enfrentarse a aspectos “psicológicos” relevantes para el derecho ha tenido como resultado la carencia hasta el momento de contribuciones dedicadas de forma específica al tema aquí abordado. Aunque el trabajo que a continuación se expone se basa principalmente en el caso italiano, como se podrá apreciar, no está falto de referencias a la jurisprudencia europea. Lo que de nuevo demuestra que se trata de un tema de teoría general, poco condicionado por la disciplina del derecho positivo existente en las normativas nacionales.

2 La culpabilidad en la ley n.º 689/1981 y en el derecho penal

La estructura de la infracción administrativa –según la doctrina más autorizada¹– es la de una infracción típica, antijurídica y culpable. Se trata de características análogas a las de la infracción penal, tanto es verdad que gran parte de las infracciones administrativas se derivan, como es sabido, de la llamada hipótesis de despenalización.

Por otra parte, la ley de referencia en materia de sanciones administrativas pecuniarias, a cuyos principios remite constantemente la jurisprudencia administrativa en materia de sanciones de las Autoridades administrativas independientes, se ocupa de la despenalización: aludimos, obviamente, a la ley n.º 689 del 1981, que, en su artículo 3, sobre el elemento subjetivo de la infracción administrativa, establece lo siguiente: «En las infracciones en las que es aplicable una sanción administrativa, cada uno es responsable de su acción u omisión, consciente y voluntaria, sea esta dolosa o culposa. [...] En caso de que una infracción se cometa por error sobre el hecho, el autor no es responsable cuando el error no ha sido cometido por su culpa».

Esta disposición recoge, casi literalmente, la contemplada en el artículo 42, apartado 4, del Código Penal, según la cual: «En las multas cada uno responde de sus propias acciones u omisiones conscientes y voluntarias, ya sean dolosas o culposas».

1 Cfr. PALIERO, C.E. y TRAVI, A., *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 1988; CASETTA, E., “Illecito amministrativo”, *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Utet, Torino, 1993, pp. 10 y ss. Importantes, en la materia, son también las obras de SANDULLI, M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie: principi sostanziali e procedurali*, Jovene, Napoli, 1983; TRAVI, A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1983; ZANOBINI, G., *Le sanzioni amministrative*, Utet, Torino, 1924.

Esta última norma se debe interpretar a su vez en base al apartado primero del artículo 42 del Código Penal, apartado 1, según el cual «Nadie puede ser sancionado por una acción u omisión que la ley contempla como delito, si no la ha cometido de forma consciente y voluntaria».

La interpretación de esta disposición ha comprometido notablemente la doctrina penalista. La afirmación según la cual la conducta debe ser consciente y voluntaria corre, de hecho, el riesgo de generar equívocos sobre la intención que el legislador realmente ha querido expresar. En la medida en que, en el lenguaje de uso común, por conducta consciente y voluntaria normalmente se entiende una conducta que el sujeto autor ha tenido de forma consciente y ha querido de forma concreta.

Sin embargo, de ser así, la conducta consciente y voluntaria acabaría por coincidir con el dolo, algo que, evidentemente, no es posible.

La doctrina penalista² más autorizada, por tanto, ha reconstruido este concepto en términos de *suitas*, es decir, en el sentido de una conducta susceptible de ser dominada por un impulso de la voluntad: de este modo se vuelven sancionables también las conductas que el sujeto ha adoptado de forma no voluntaria, y que habría podido evitar poniendo una mayor atención.

En cuanto al dolo y la culpa, contemplados en el artículo 3 de la ley n.º 689/1981, como es sabido, el primero contempla el caso del sujeto que ha previsto y querido voluntariamente como consecuencia de su acción u omisión la conducta sancionable; el segundo contempla el caso del sujeto que ha actuado con negligencia, imprudencia o incompetencia (llamada culpa genérica), o que ha incumplido leyes, reglamentos, órdenes o normativas (llamada culpa específica).

Hechas estas premisas, cabe ahora buscar respuesta a algunos interrogantes que nos llevan directamente al tema aquí afrontado, es decir, el de la culpabilidad en la comisión de las infracciones administrativas sancionables por las Autoridades administrativas independientes³.

3 La personalidad de la culpa y la responsabilidad solidaria de la persona jurídica

El primer interrogante surge de la constatación de que, normalmente, las sanciones impuestas por las Autoridades administrativas independientes tienen como destinatarias personas jurídicas, en gran parte sociedades de capital. Cabe, por tanto, preguntarse cómo es posible adscribir una conducta caracterizada por la conciencia y la voluntad, dolosa o culposa, a sujetos impersonales, desprovistos de una psiquis responsable de este tipo de conductas.

La ley n.º 689 de 1981, en su artículo 6, de alguna manera se encarga de afrontar el problema, estableciendo que «Si la infracción es cometida por el representante o por un trabajador de una persona jurídica, un ente carente de personalidad jurídica o un empresario, en el ejer-

2 Ver, por ejemplo, ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 340 y ss.; MANTOVANI, F., "Colpa", *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. II, Utet, Torino, 1988, p. 3.

3 Sobre el tema del poder sancionador de las autoridades administrativas independientes cfr. BANI, E., *Il potere sanzionatore delle Autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2000. Con especial referencia a la Autoridad defensora de la competencia, cfr. POLICE, A., *Tutela della competenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007.

cicio de sus funciones o tareas, la persona jurídica, el ente o el empresario están obligados solidariamente con el autor de la infracción al pago de la cantidad por este debida».

Esta disposición, que según la doctrina⁴ autorizada contempla una hipótesis de responsabilidad objetiva, es sin duda aplicable –al menos teóricamente– también a todas las infracciones susceptibles de ser sancionadas por las Autoridades administrativas independientes; algo que ha sido confirmado también por el Consejo de Estado⁵, según el cual «el Código de consumo, en relación a las prácticas comerciales desleales, configura para esta materia la responsabilidad directa –y no solidaria con el que materialmente ha actuado por cuenta propia: artículo 6, apartado tercero, l. n.º 689 de 1981– de la persona jurídica por la infracción administrativa. Es un supuesto excepcional, porque normalmente se asume que el sistema sancionador de este tipo de infracciones, de la misma manera que en la infracción penal, no admite una responsabilidad directa de la persona jurídica (p. ej. Casación, 30 de octubre de 1986, n.º 6369; 5 de julio de 1997, n.º 6055; 30 de mayo de 2001, n.º 7351; 6 de julio de 2004, n.º 12321; 28 de abril de 2006, n.º 9880; 13 de mayo 2010, n.º 11643)».

Dicho esto, el Consejo de Estado subraya que «para evitar diferencias de trato indebidas es necesario adaptar la referencia que dicho artículo 11 (y por consiguiente, el artículo 23, apartado once), l. n.º 689 de 1981, hace a la personalidad del autor de la infracción a efectos de la cuantificación de la sanción administrativa pecuniaria: y razonablemente esta referencia consiste ante todo en la conducta general de la empresa, especialmente en el pasado, en relación al tipo de infracción de que se trate en el caso, o en casos análogos».

A pesar de estas interpretaciones, es necesario sin embargo subrayar que, en realidad es bastante raro que la jurisprudencia distinga entre quién ha actuado en nombre y representación de la sociedad y la propia sociedad. El elemento de la culpabilidad, como se verá, se centra principalmente en la conducta de la empresa considerada en general, no en la de quien ha actuado en su interés. Por lo demás, la propia jurisprudencia constitucional, en varias ocasiones, ha reiterado que «el principio de la personalidad de la pena no tiene ningún impacto en las sanciones administrativas»⁶, y en cualquier caso el Tribunal de Casación (sección I, 6 de mayo de 1991, n.º 4995) ha subrayado que la responsabilidad solidaria del ente o empresa se mantiene, incluso en caso de que no se haya identificado al autor material de la infracción, no teniendo relevancia la imposibilidad de ejercer una acción de repetición contra este último⁷.

Además, la jurisprudencia ha afirmado también (cfr. Consejo de Estado sección VI, 21 de enero de 2013, n.º 306) que «en materia de sanciones administrativas, hay que considerar que lo establecido sobre la responsabilidad solidaria de la persona jurídica, en caso de infracción cometida por sus representantes o trabajadores (artículo 6 apartado 3, l. n.º 689 del 1981), contempla no solo el caso de los sujetos ligados a la persona jurídica o al ente por un vínculo orgánico formal o un contrato de trabajo subordinado, sino también aquellos casos en los que las relaciones se han establecido mediante adjudicación o invocando la

4 Cfr. CASSETTA, E., "Illecito amministrativo", *cit.*, pp. 10 y ss.

5 Cfr. sentencia de la Sección VI, 27 de octubre de 2011, n.º 5785.

6 Así Corte Cos., sent. n.º 159 de 1994 y sentencia n.º 363 de 1995. Críticos, sobre este punto, se muestran RIONDATO, S. y ZANCANI, S., "Le Autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative", Cavaleri, P., Dalle, Vedove G. y Duret, P. (dirs.), *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Cedam, Padova, 2003, pp. 129 y ss.

7 CERBO, P., *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 76 y ss.

capacidad de otro operador (entendiendo que el contratante se beneficia de la actividad de dicho operador), a condición de que la actividad cuyo ejercicio ha presentado la conducta sancionable se compruebe que es atribuible a la iniciativa del beneficiario en su calidad de contratante (argumento según Casación, sección II, 21 de diciembre de 2009, n.º 26927)».

En estos casos, al fin y al cabo, más que la hipótesis de responsabilidad solidaria, debería considerarse la hipótesis de concurrencia en la infracción, con la consiguiente punibilidad de todos los que han contribuido a su comisión, según el artículo 5 de la ley n.º 689/1981.

4 La presunción de culpabilidad en la interpretación de la jurisprudencia

Por lo que se refiere a la detección, durante el procedimiento judicial, de la culpa o el dolo, la jurisprudencia es firme –aunque en el pasado no ha carecido de vacilaciones⁸– al afirmar que la ley n.º 689 de 1981 contempla una presunción *iuris tantum* sobre la existencia de culpabilidad una vez que se haya producido la conducta material que incurre en el supuesto sancionado. En consecuencia, es el sujeto que impugna la sanción el que debe demostrar la ausencia del elemento subjetivo, invocando circunstancias válidas para probar la existencia de un error excusable o al menos de la buena fe⁹.

En otros términos, la mera comisión del elemento material de la infracción da lugar a una presunción de culpabilidad susceptible de prueba contraria.

En concreto, según el **Consejo de Estado**¹⁰, «en tema de sanciones administrativas es necesaria y al mismo tiempo suficiente la conciencia y voluntad de la conducta activa u omisiva, sin que sea necesaria la demostración concreta del dolo o la culpa. De ello se desprende que el eximente de la buena fe, aplicable también a la infracción administrativa contemplada en la ley n.º 689 de 1981, se convierte en causa de exclusión de la responsabilidad administrativa solo cuando existen elementos objetivos idóneos para llevar al autor de la infracción al convencimiento de que su conducta es legal y conste que el transgresor ha hecho todo lo posible para cumplir los requisitos de ley, en cuyo caso no se puede presentar acusación contra el mismo».

5 La culpabilidad como mera conciencia del carácter ofensivo de la conducta

La cuestión de la buena fe, y por tanto del desconocimiento de haber actuado en contra de lo dispuesto en una norma, es recurrente también en otras sentencias, donde se afirma que para cometer una infracción de las normas de competencia no es necesario haber actuado siendo consciente de infringir las normas, sino que es suficiente tener conocimiento de que la conducta propia es idónea para determinar una restricción del libre juego de la compe-

8 Cfr. Casación Civil, Sección I, 23 de abril de 1992, n.º 4900.

9 Bastante críticos, al respecto, se muestran PALIERO, C.E. y TRAVI, A., *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, cit.

10 Ver Secc. VI, 21 de junio de 2011, n.º 3719.

tencia¹¹. Es suficiente, en otros términos, el conocimiento del carácter ofensivo del hecho, no ya de su antijuridicidad¹². Los principios aquí expuestos encuentran confirmación en la interpretación de los órganos de justicia comunitarios.

El Tribunal de Primera Instancia de la U.E., de hecho, ha afirmado más de una vez que «para que una infracción de las normas sobre competencia pueda considerarse cometida intencionadamente, no es necesario que la empresa tuviera conciencia de haber infringido dichas normas, sino que es suficiente que no pudiera ignorar que el objeto o el efecto de la conducta que se le imputa era restringir la competencia en el mercado común»¹³.

Ahora, es evidente que, si analizamos la mayoría de las sanciones impuestas por las Autoridades administrativas independientes, y en primer lugar por la Autoridad italiana de competencia, los casos materiales de conducta ilícita están a menudo poco tipificados: la prueba es que se utilizan conceptos jurídicos indeterminados como «acuerdo restrictivo de la competencia», «abuso de posición dominante», «publicidad engañosa», o «práctica comercial desleal». Son todos ellos supuestos en los que la conducta material de la infracción puede adoptar las más diversas formas: en un contexto de este tipo, quizás el elemento subjetivo podría en efecto cobrar valor como válvula de seguridad, para recuperar las garantías que se pierden habida cuenta de la indefinición del caso.

Sin embargo, no parece que esto suceda, excepto en algunos casos, donde en efecto la empresa sancionada logra demostrar su carencia de culpa y evitar así la sanción.

6 El eximente de la buena fe y la prueba correspondiente en la casuística jurisprudencial

Es necesario subrayar que la jurisprudencia interpreta la regla de la buena fe en el sentido de que, para que pueda haber error sobre la legalidad de la conducta, no es suficiente una mera percepción en este sentido del autor, sino que es necesario un elemento objetivo, ajeno al autor de la infracción, que lo haya podido llevar al convencimiento de que su conducta era legal.

Esto ha sucedido, por ejemplo, en un caso muy importante, sobre el que dictaminó la conocida sentencia del Consejo de Estado, secc. IV, 10 de marzo de 2006, n.º 1271, que abordó varios casos de abuso de posición dominante incriminados a Telecom Italia, con la consiguiente imposición de una sanción consistente en el pago de 76 millones de euros por parte de dicha sociedad.

En esta sentencia se afrontó el problema del reparto de competencias entre la Autoridad reguladora italiana de comunicaciones (Agcom) y la Autoridad de competencia (Agcm), en relación al mercado de servicios de telefonía, el cual está sometido al poder regulador de Agcom.

11 Así CGCE, 8 de noviembre de 1983, causas reunidas de 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82 y 110/82, IAZ, así como desde el punto de vista de la jurisprudencia nacional, Consejo de Estado, secc. VI, 23 de abril de 2002, n.º 2199.

12 Cfr. GIOVAGNOLI, R. y FRATINI, M., *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa commentata con dottrina e giurisprudenza*, Giuffrè, Milán, 2009, pp. 67 y ss., y pp. 1193 y ss.

13 Cfr. sentencias del Tribunal 2 de julio de 1992, causa T-61/89, *Dansk Pelsdyravlforening/Commissione*, punto 157 y 14 de mayo de 1998, causa T-347/94, *Mayr-Melnhof/Commissione*, punto 375).

El Consejo de Estado ha afirmado que el hecho de que dicho mercado esté sometido al control y la regulación de Agcom no excluye la competencia general de Agcm, pero, en base al derecho positivo, solo implica que Agcm, cuando interviene, tiene que obtener el informe, obligatorio pero no vinculante, de Agcom.

En cualquier caso, entre los distintos abusos de los que se acusó a Telecom se encontraba el haber introducido cláusulas abusivas en las ofertas contractuales dirigidas a la clientela *business*, en cuanto que tenían como objetivo excluir a otros operadores y fidelizar a la clientela.

Estas cláusulas, cuyo carácter abusivo fue comprobado por el Consejo de Estado, confirmando la evaluación de Agcm, habían sido sin embargo autorizadas por Agcom dentro del ámbito del ejercicio de su función de control y regulación.

Pues bien, mientras que Agcm no dio ninguna importancia a esta circunstancia, el Consejo de Estado, por el contrario, le concedió una gran relevancia, reconociendo que «Agcm debía considerar la incidencia de la autorización en relación al elemento subjetivo del abuso y la gravedad del mismo. Por tanto, debería haber considerado que la autorización concedida era excluyente del carácter doloso de la conducta y la gravedad del mismo, y en consecuencia haber impuesto solo la sanción de la amonestación, y no también la pecuniaria».

Dentro del ámbito de esta sentencia se cita otra muy significativa de la Corte di Giustizia del 9 de septiembre de 2003, C-198/2001, *Consorzio Industrie Fiammiferi c. Agcm*, que no ha pasado desapercibida para la doctrina¹⁴. En ella el juez comunitario afirma que, en presencia de una normativa nacional que impone a las empresas conductas anticompetitivas –en el caso se trataba de la normativa italiana que había instituido una forma de monopolio en el sector de la producción de cerillas, con la creación de un Consorcio al que obligatoriamente tenían que inscribirse las empresas productoras, las cuales se repartían después las cuotas de producción–, que entran en contraste con los artículos 81 y siguientes del Tratado, la Autoridad de competencia nacional, aunque, por una parte, está obligada a no aplicar esta normativa por entrar en contraste con el derecho comunitario, por la otra, sin embargo, no puede imponer sanciones a las empresas implicadas por conductas realizadas; puede imponer sanciones a las empresas implicadas solo por las conductas posteriores a la decisión de excluir la aplicación de dicha normativa nacional, una vez que esta decisión se ha convertido en definitiva para estas; además, puede imponer sanciones a las empresas implicadas por conductas realizadas si estas se han visto simplemente facilitadas o impulsadas por dicha normativa nacional, teniendo debidamente en cuenta las especificidades del contexto normativo en el que las empresas han actuado.

Por tanto, en los casos en que la normativa nacional impone una conducta anticompetitiva, no se pueden aplicar sanciones a las empresas que han tenido una conducta de este tipo, dada la necesidad de garantizar la certidumbre jurídica y de evitar formas de responsabilidad objetiva de dichas empresas.

Cabe subrayar que estas afirmaciones de la Corte di Giustizia se circunscriben a un marco jurisprudencial que no parece del todo claro en relación a los conceptos de culpabilidad en

14 Prueba de ello son los comentarios de CASSESE, S., “Il diritto comunitario della competenza prevale sul diritto amministrativo nazionale”, *Giornale de Diritto Amministrativo*, n.º 11, 2003, pp. 1132 y ss.; LIBERTINI, M., “La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della competenza”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n.º 11, 2003, pp. 1135 y ss.; y NAPOLITANO, G., “Il diritto della competenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n.º 11, 2003, pp. 1138 y ss.

la aplicación de las sanciones administrativas; hay que considerar, en concreto, que en la sentencia del 11 de julio de 2002, C-210/00, la Corte ha afirmado que el principio «*Nulla poena sine culpa*» codificado en el artículo 6, párrafo 2, de la Convención europea de los derechos humanos es aplicable solo a las sanciones penales. Sin embargo, la Corte di Giustizia por sanciones penales no entiende todas aquellas contempladas como tales dentro de nuestro ordenamiento, como es sabido, en Italia se adopta un criterio formal para distinguir las sanciones penales, ya que estas se definen mediante la reclusión, la multa, el arresto y la penalización. El concepto de sanción penal adoptado por la Corte di Giustizia apunta, sin embargo, al objeto de la propia sanción: si el objeto es restringir una conducta respecto a la que se debe expresar un juicio de censura ético-social, es una sanción penal.

En cualquier caso, la Corte se ocupa de precisar que una sanción, incluso de carácter no penal, solo se puede imponer si tiene un fundamento jurídico claro e inequívoco. Por otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia, las disposiciones de derecho comunitario deben respetar el principio de proporcionalidad.

Una sentencia interesante, en la que se ha excluido la culpabilidad de la empresa sancionada, es también la del Consejo de Estado, secc. VI, 9 de mayo de 2011, n.º 2742, en la que el juez administrativo tuvo que analizar una hipótesis de retraso en la cesión de una rama de empresa prescrita por la Autoridad de competencia como condición para autorizar una concentración.

En este caso, el juez administrativo, después de recordar que, de derecho, en el tema de las sanciones administrativas pecuniarias impuestas según el artículo 19, l. del 10 de octubre de 1990, n.º 287 –por operaciones de concentración prohibidas por el artículo 18, apartado 1, o por incumplimiento de las prescripciones adoptadas por Agcm en virtud del artículo 18, apartado 3, necesarias para restaurar condiciones de competencia efectiva y eliminar los efectos distorsionantes–, la disposición normativa contemplada en el citado artículo 19, subrayando casos tipificados basados en la mera conducta según un criterio de acción u omisión necesaria, ancla el juicio de culpabilidad en parámetros normativos ajenos al dato puramente psicológico, teniendo como consecuencia que, una vez incorporado y probado por la Autoridad el caso tipificado de infracción, en virtud de la presunción de culpa presente en el sistema de la responsabilidad por infracción administrativa, recaerá sobre el transgresor la carga de la prueba para demostrar que se ha actuado sin culpabilidad, afirma que «[...] dicha regla de distribución de la carga probatoria adquiere importancia, desde el punto de vista sistemático, tanto por la aplicación de los principios relativos a la reconstrucción/ análisis de los elementos (constitutivos, impeditivos, modificativos y/o extintivos) del caso de derecho positivo reclamado en juicio (incorporando así como excusa que excluye la culpabilidad un hecho que impide la pretensión sancionadora de la Autoridad) como por la aplicación del criterio de la facilidad probatoria para la parte sobre la que recae la carga de la prueba (entrando, normalmente, los hechos en los que se basa el eximente objeto de análisis, junto con las fuentes de prueba, dentro del ámbito de la conciencia/disponibilidad del propio transgresor)».

A la luz de estos principios, en caso de retraso en el cumplimiento de las prescripciones de la Autoridad, la empresa imputada por una infracción contra las normas de defensa de la competencia deberá, en concreto, probar de forma plena y rigurosa: i) que ha adoptado todas las medidas necesarias, basadas en los criterios de profesionalidad y experiencia propios de

un operador comercial del sector, dirigidas a cumplir, dentro del plazo fijado, la prescripción de dicha Autoridad; ii) no haber podido prevenir, en base a los mismos criterios de juicio, el retraso en el cumplimiento, debido a factores imprevisibles e inevitables ajenos a su esfera de responsabilidad (por ej., tendencia imprevisible del mercado, conductas de terceros, etc.).

No obstante, el Consejo de Estado observa que «en caso de que la prescripción de la Autoridad tenga por objeto la cesión de una rama de empresa o de una empresa entera [...] dentro de un plazo establecido, en unas condiciones económicas que permitan la continuación de la actividad de la empresa (destinada a cesión) en condiciones de competencia, el eventual incumplimiento del plazo deberá evaluarse *cum grano salis* y con una cierta flexibilidad, en cuanto que el hecho de que esté pendiente puede ser de por sí un elemento distorsionador de las relaciones de fuerza contractual entre la empresa obligada a la cesión y los potenciales compradores, los cuales, acercándose la fecha de vencimiento del plazo, se verán de forma natural inclinados a aprovecharse del “estado de opresión” en el que tiene que actuar la empresa obligada a la cesión, para imponer, desde una posición tendencial de fuerza contractual, condiciones de adquisición favorables para sí».

En este caso, el Consejo de Estado en efecto ha excluido la culpabilidad de la empresa, al haber demostrado esta que el retraso de aproximadamente seis meses en el cumplimiento de las prescripciones impuestas por la Autoridad se había visto determinado por circunstancias imprevisibles y ajenas a la misma, contra las cuales no cabía ningún tipo de acusación. En este sentido, han sido consideradas, entre otras, la dificultad de encontrar compradores a causa de los problemas que caracterizan la estructura económico-financiera de la empresa; la necesidad de proceder a la refinanciación/coertura/reestructuración de la organización financiera/económica/empresarial de la propia empresa, con el desembolso de notables recursos financieros; el fracaso de las negociaciones contractuales entabladas con terceros interesados en la adquisición, ante la inminencia del vencimiento del plazo establecido por la Autoridad, con motivo de la formulación de condiciones contractuales inaceptables por parte de los potenciales compradores; la marcha imprevisible del mercado de materias primas justamente en las fases más delicadas de la negociación, caracterizado por un aumento anómalo de los precios que daban lugar a la correspondiente disminución de la rentabilidad y del margen de beneficios de las empresas activas en el sector.

Esta sentencia demuestra que las decisiones de la Autoridad de defensa de la competencia –a pesar de que están teleológicamente dirigidas a evitar o sancionar distorsiones de la competencia– pueden ser de por sí una fuente de distorsión del mercado, en la medida en que pueden incidir en las relaciones de fuerza entre las empresas que operan en el mismo. El principio de culpabilidad, en estos casos, puede ser utilizado como un factor reequilibrador de dicha distorsión, protegiendo a la empresa de las posibles presiones que de forma indebida sus competidoras puedan ejercer sobre la misma.

7 La presunción de culpabilidad y la personalidad de la responsabilidad en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la U.E., Secc. I, 13 de julio de 2011, n.º 39/07.

Muy interesante, por los principios que se afirman sobre la personalidad y la culpabilidad de la responsabilidad de las empresas responsables de conductas que van en contra de la

Regap



ESTUDIOS

competencia, es también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de la U.E. Secc. I, Sent., 13-07-2011, n.º 39/07, en la que el juez comunitario ha afrontado el problema de la aplicación de las sanciones en relación a grupos de empresas, en el caso ENI s.p.a. y de su filial al 100%. En concreto, lo más importante de la cuestión analizada es si la sociedad matriz se puede considerar responsable solidaria por las infracciones de las normas de competencia imputables a la empresa filial.

Según la defensa de ENI, no se puede presuponer que una sociedad que controla la totalidad del capital de su filial ejerza una influencia determinante sobre su conducta. El Tribunal de primera instancia, sin embargo, desmiente esta afirmación, subrayando que el derecho comunitario en materia de competencia se refiere a las actividades de las empresas y que «la noción de empresa abarca cualquier sujeto que ejerza una actividad económica, prescindiendo del estatus jurídico de dicho sujeto y de sus modalidades de financiación». En otros términos, la noción de empresa debe entenderse referida a una unidad económica incluso cuando, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas, físicas o jurídicas.

Como corolario –según el Tribunal– «la conducta de una filial puede ser imputada a la sociedad matriz concretamente en caso de que dicha filial, a pesar de tener personalidad jurídica distinta, no determine de forma autónoma su conducta en el mercado, sino que se atenga en esencia a las instrucciones que recibe de la sociedad matriz, teniendo en cuenta, en concreto, los vínculos económicos, organizativos y jurídicos existentes entre las dos entidades jurídicas. De hecho, esto se produce porque, en dicha situación, la sociedad matriz y su filial forman parte de una misma unidad económica y, por tanto, forman una sola empresa». Así, prosigue el juez europeo, «el hecho de que una sociedad matriz y su filial constituyan una sola empresa permite a la Comisión dictar una sentencia que impone multas a la sociedad matriz, sin necesidad de demostrar la implicación personal de esta última en la infracción».

Por estos motivos, en el caso concreto de que una sociedad matriz ostente el 100% del capital de una filial que haya infringido las normas comunitarias en materia de competencia, «se puede presuponer *iuris tantum* que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia determinante sobre la conducta de su filial». A la luz de estas consideraciones, el Tribunal considera suficiente que la Comisión pruebe que la sociedad matriz ostenta la totalidad del capital de una filial para poder presuponer que esta última ejerce una influencia determinante sobre la política comercial de la filial. La Comisión podrá después considerar a la sociedad matriz responsable solidaria para el pago de la multa impuesta a su filial, a menos que dicha sociedad matriz, a la que incumbe la carga de la prueba para rebatir dicha presunción, «no alegue medios de prueba suficientes que demuestren que su filial se comporta de forma autónoma en el mercado».

La conclusión del Tribunal de Primera Instancia, por tanto, es que, contrariamente a lo afirmado por ENI, se puede presuponer *iuris tantum* que una sociedad matriz que ostente el 100% del capital de su filial ejerce una influencia determinante sobre su conducta.

8 Conclusiones

El análisis expuesto demuestra que el elemento de la culpabilidad puede desarrollar un papel determinante en el ámbito del procedimiento sancionador de las autoridades administrativas

independientes. Aunque normalmente la comisión material de una infracción es suficiente para dar lugar a la aplicación de la correspondiente sanción, el operador económico puede sin embargo demostrar que no puede ser penalizado por dicha conducta, alegando en contra la existencia de “excusas”. Entre estas, puede encontrarse la existencia de un marco normativo especialmente complejo o contradictorio, la confianza depositada en indicaciones procedentes de otras administraciones, y la imposibilidad de exigir una conducta diferente, a causa de situaciones de fuerza mayor. La jurisprudencia nacional italiana ha aplicado con extrema parsimonia las causas de exclusión de la culpabilidad, mientras que la jurisprudencia europea ha aclarado que la existencia de la culpa reside en la mera conciencia del carácter ofensivo de la conducta, sin que sea necesario tampoco conocer su antijuridicidad. Fiel a su enfoque sustantivista, además, la jurisprudencia de la Corte di Giustizia ha aclarado también que la conducta ilícita de una sociedad filial controlada al cien por cien, en un principio, es imputable también al ámbito subjetivo de la matriz, sin perjuicio de prueba contraria sobre el grado real de autonomía con el que la primera actúa en el mercado.

El resultado es un marco en el cual el elemento de la culpabilidad se reduce a “válvula de seguridad” del sistema, a la que recurrir en todos aquellos casos en los que la aplicación de una sanción esté caracterizada por una injusticia sustantiva. Por tanto, no es arriesgado afirmar que el principio de la no culpabilidad, típico elemento de carácter subjetivo, acabe por traducirse en una especie de cláusula general de equidad, relevante desde el punto de vista objetivo de la relación entre acción y sanción.

9 Bibliografía

- ANTOLISEI, F., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffré, Milano, 2003.
- BANI, E., *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2000.
- CASSETTA, E., “Illecito amministrativo”, *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Utet, Torino, 1993.
- CASSESE, S., “Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n.º 11, 2003.
- CERBO, P., *Le sanzioni amministrative*, Giuffré, Milano, 1999.
- GIOVAGNOLI, R. e FRATINI, M., *Le sanzioni amministrative. Raccolta completa commentata con dottrina e giurisprudenza*, Giuffré, Milano, 2009.
- LIBERTINI, M., “La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n.º 11, 2003.
- MANTOVANI, F., “Colpa”, *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. II, Utet, Torino, 1988.
- NAPOLITANO, G., “Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa”, *Giornale di Diritto Amministrativo*, n.º 11, 2003.
- PALIERO, C. E. e TRAVI, A., *La sanzione amministrativa: profili sistematici*, Giuffré, Milano, 1988.



POLICE, A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Giappichelli, Torino, 2007.

RIONDATO, S. e ZANCANI, S., "Le autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative", Cavaleri, P., Dalle, Vedove G. e Duret, P. (dirs), *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Cedam, Padova, 2003.

SANDULLI, M. A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie: principi sostanziali e procedurali*, Jovene, Napoli, 1983.

TRAVI, A., *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1983.

ZANOBINI, G., *Le sanzioni amministrative*, Utet, Torino, 1924