



LAW GROUP-ATTORNEYS AT LAW

CULPABILIDAD Y MULTAS SANCIONADORAS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Juan Carlos Castro Loría
Consultor privado

A- Presentación:

En diversas resoluciones dictadas por la Comisión para Promover la Competencia (en adelante CPC), se advierte una distorsionada línea interpretativa que sumada a una precaria motivación, hace inexigible la “**culpa**” como elemento determinante para la imposición de multas sancionadoras administrativas fruto de la configuración de cualquiera de las denominadas “**prácticas monopolísticas relativas**” a que alude el Art. 12 de la Ley de Promoción a la Competencia (en adelante LPC), en relación con el Art. 29 de la misma ley, que refiere a los criterios de valoración, entre ellos los denominados “**indicios de intencionalidad**”. Norma ésta última que de forma categórica afirma: “Para imponer las multas a que se refiere el artículo anterior, la Comisión para promover la competencia “**debe**” tomar en cuenta como criterios de valoración: la gravedad de la infracción, la amenaza o el daño causado, “**los indicios de intencionalidad**”, la participación del infractor en el mercado, el tamaño del mercado afectado, la duración de la práctica o concentración, la reincidencia del infractor y su capacidad de pago” (*lo destacado es nuestro*).

Por lo pronto, cabe poner de relieve que la norma no “**faculta**” al órgano para recurrir a dichos criterios; por el contrario, le “**impone**” la obligación de hacerlo, con lo cual –entendemos- se articula un sistema garantista de los derechos de la persona (física o jurídica) sometida a investigación, pretendiendo garantizar por su medio la necesaria proporcionalidad en la decisión final adoptada y desde luego, la obligada demostración de culpabilidad que deriva del artículo 39 de nuestra Constitución Política, así como del artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyas garantías –como veremos- ha extendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos a todo procedimiento sancionatorio, entre los que por obvias razones se encuentran incluidos los desarrollados ante la CPC.

A nuestra manera de apreciar el sistema diseñado por las normas de referencia, cabe distinguir dos supuestos completamente diferenciados. En primer lugar, que



LAW GROUP-ATTORNEYS AT LAW

en la calificación del acto configurativo de tales prácticas monopolísticas relativas, resulta intrascendente la voluntad psicológica del infractor, configurándose una típica responsabilidad objetiva, la que una vez constatada, habilita el despliegue de una serie de potestades correctivas cargo de los órganos competentes; pero en lo que se refiere a la multa sancionadora, la ley sigue los causes habituales del dolo o la culpa (potestad sancionadora). Es decir, que mientras en el primer caso basta con que la conducta se subsuma en la norma; en el segundo debe atenderse al elemento psicológico como presupuesto de la sanción, con lo cual el sistema ha querido evitar que de su ejercicio puedan generarse arbitrariedades.

En esa misma orientación, es también claro el artículo 28 de la LPC, al señalar –en lo que interesa- que “(p)ara imponer tales sanciones deben respetarse los principios del **debido proceso**, el informalismo, la verdad real, el impulso de oficio, la imparcialidad y la publicidad, los cuales informan el procedimiento administrativo estipulado en el Libro Segundo de la Ley General de la Administración Pública”. De lo cual se sigue que dentro de las garantías integrantes del debido proceso, indiscutiblemente se encuentra la de “**presunción de inocencia**”, lo cual torna reprochable la pretensión de imposición de sanciones por el mero resultado, aunque la conducta, por sí misma, no haya tenido la intencionalidad de provocar una lesión al bien jurídico tutelado.

De ahí que consideremos que la responsabilidad objetiva o sin culpa, para efectos de multas sancionadoras, ha de entenderse proscrita en el ámbito del derecho administrativo sancionador, resultando constitucionalmente inviable pretender construir una teoría en el sentido expuesto. Como claramente lo ha apuntado la Sala Constitucional (en adelante SC), “La Culpabilidad, definida (...) como el deber de demostrarse necesariamente una relación de culpabilidad entre el hecho cometido y el resultado de la acción, para que aquel se le sea atribuido al sujeto activo; la realización del hecho injusto debe serle personalmente reprochable al sujeto, viene a sustentar más el respeto de aquellos principios, **que no son otra cosa que el respeto mismo a la esencia del debido proceso como un todo**”.¹ *(lo destacado es nuestro)*.

¹ S. 6813-1996. Al respecto, puede consultarse a **HERNÁNDEZ VALLE**, Rubén, “**Las Libertades Públicas en Costa Rica**”, Edit. Juricentro, 1990, Págs. 99-100.



LAW GROUP-ATTORNEYS AT LAW

Múltiples son las resoluciones en el sentido expuesto, como hemos tenido oportunidad de resaltar en otro lugar y oportunidad.² Posición que incluso ha confirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) (**Caso BAENA RICARDO Y OTROS VS PANAMÁ, sentencia de 2 de febrero de 2001**), al afirmar:

“106. En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención **es aplicable a la materia sancionatoria administrativa**, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. **Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas.** Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, **sea penal o administrativa**, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.”

² Véase la obra: “**Derecho Administrativo Sancionador y Garantías Constitucionales**”, Edit. Fondo de Promoción al Derecho Público, 2006, Págs. 100 y ss.



LAW GROUP-ATTORNEYS AT LAW

En esa misma sentencia, la CIDH declaró que las garantías de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos no son únicamente imperativas para los procesos penales, sino que, por el contrario, son plenamente aplicables a cualquier procedimiento, incluido el **procedimiento administrativo sancionador**. Añadió que su finalidad es permitir el ejercicio pleno del derecho de defensa de las personas *"...ante cualquier tipo de actos del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal..."*.

En ese sentido debemos destacar que con dichas sentencias se ha configurado lo que podríamos denominar el germen de un "**Derecho Común Sancionador Administrativo Latinoamericano**", cuyo punto de partida está en el Estado de Derecho y el principio de legalidad, siendo el Derecho Administrativo un efecto o resultado de tales principios que definen al Estado y donde a la CADH ha de reconocérsele, categóricamente, una determinante injerencia tanto en el proceso de concreción normativa como interpretativo, característica de un modelo en donde aquellos forman parte del sistema de fuentes y que en nuestro medio se plasma en los artículos 7 de la CP y 7 de la LGAP.

B- Extensión de los principios del derecho penal a los procedimientos sancionatorios en el derecho de la competencia: La culpa como elemento rector de la sanción económica

Sin duda la potestad asignada a la CPC forma parte del genérico *ius puniendi* del Estado, pero en el ámbito correccional administrativo, como derivación (con matizaciones) de lo dispuesto en el Art. 39 de la Constitución, al disponer que a nadie se hará sufrir pena sin previa oportunidad de defensa y **mediante la necesaria demostración de culpabilidad**. Matizaciones que, como advertía GARCIA DE ENTERRIA, sólo permiten adaptaciones funcionales, no derogaciones substanciales.

De ahí que nuestra propia Sala Constitucional haya afirmado que existen algunas garantías, como es el caso de la presunción de inocencia, la seguridad jurídica, la legalidad y el debido proceso, que han de cumplirse en la imposición de sanciones



LAW GROUP-ATTORNEYS AT LAW

administrativas, dado que son disposiciones de rango constitucional que ésta ha declarado como fundamentales (Ss. 3929-95; 6813-1996).

Por consiguiente, siendo el procedimiento sancionador que lleva a cabo la CPC de naturaleza eminentemente administrativa, queda fuera de toda discusión su vinculación a las garantías constitucionales rectoras del proceso penal. Acerca de su naturaleza, ha precisado la Sala Constitucional: "En este sentido no resultan de recibo los argumentos del accionante de estimar la resolución impugnada como de carácter general, toda vez que la misma tiene efectos muy concretos, en este caso, **la imposición de una sanción administrativa a la empresa que representa, dictada dentro de un procedimiento ordinario administrativo**" **SC S. 2006-01801**

Por otra parte, la aceptación del principio de presunción de inocencia como columna vertebral del debido proceso, conduce a que la carga de la prueba se haga recaer sobre el órgano administrativo. La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia también ha sentado esta regla, precisando que en aspectos sancionatorios administrativos, aplica el estado de presunción de inocencia, **por lo que la Administración soporta el deber de probar dentro del procedimiento, los elementos de hecho preestablecidos en la infracción, es decir, compete a la Administración, en aquella sede, demostrar y justificar la concurrencia de todos los elementos constitutivos de la falta** (S. 523-F-2005).

Esta es, sin duda, la regla que recoge el Art. 29 de la LPC, al disponer que para la imposición de las sanciones a que refiere el Art. 28, deben de tomarse en cuenta – entre otros factores- los **indicios de intencionalidad**, que no son otra cosa sino que el reconocimiento de la culpa como elemento legitimante de la multa. Esto nos lleva a afirmar que ante la ausencia de dicho elemento psicológico, no cabe –sin violentar el principio aludido- la imposición de sanciones económicas por cualesquiera de las conductas descritas en el artículo 12 de la LPC.

Propuesta de interpretación que engarza con el contenido de la sentencia de la CIDH, y que en nuestro criterio torna en irrelevante cualquier discusión interpretativa sobre los alcances de las garantías de los art. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el ámbito del derecho administrativo sancionador, ampliándose así el marco de los derechos individuales,



LAW GROUP-ATTORNEYS AT LAW

al condicionar la juridicidad de las sanciones administrativas al respeto inexcusable del derecho de defensa y del debido proceso legal.

Por ende, la intencionalidad (dolo o culpa), se erige en un elemento que expresamente introdujo el legislador en el ámbito del Derecho de la Competencia y en cuanto a **multas sancionatorias se refiere**, sin que quepan interpretaciones a favor de tipos sancionadores de carácter objetivo o por el mero resultado. Casos en los que evidentemente es admisible la prueba indiciaria, la cual sólo sería apta para destruir la presunción constitucional de inocencia cuando los indicios estén efectivamente probados y el órgano sancionador haga explícito el razonamiento en virtud del cual, partiendo de unos determinados indicios, obtiene la conclusión de la realidad del hecho infractor y de la culpabilidad. De todo lo cual emerge el deber de motivación del acto sancionador, ya sea cuando éste imponga obligaciones o limite, suprima o deniegue derechos subjetivos, como lo exige el artículo 136 de la Ley General de la Administración Pública.

Cabe destacar igualmente la declaración contenida en la Sentencia de referencia, al poner de relieve que ***"...Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso..."***.

Marco legal y jurisprudencial que en nuestro criterio enervan cualquier método interpretativo que admita la imposición automática de determinadas sanciones, sin brindar la posibilidad del ejercicio efectivo de las garantías mínimas traducidas en la audiencia o descargo previo del imputado antes de la aplicación de la sanción, y en general que socaven el derecho a un debido proceso legal, dentro de los que se encuentran encapsulados los principios de culpabilidad y presunción de inocencia.

La aplicación extensiva de los principios que informan el derecho penal al procedimiento administrativo sancionador, no significa sin embargo pretender dejar de lado la diferenciación entre el derecho penal y el derecho administrativo disciplinario o sancionador. Sin embargo, como acertadamente afirmaría **MERKL**: "... es una idea quimérica la de pretender diferenciar por su contenido la sanción



LAW GROUP-ATTORNEYS AT LAW

penal de la administrativa. A veces (por ejemplo, cuando se habla del deshonor que la sanción penal apareja, o de la naturaleza inmoral del hecho que castigan) se echa mano a criterios extrajurídicos que no importan a la ciencia del Derecho. **Sólo el criterio de la competencia es admisible para realizar la distinción. Y en cuanto a la cuestión de cuándo la Ley debe atribuir la competencia para sancionar una determinada transgresión a unos u otros órganos, pertenece a la política legislativa y no al Derecho**".³

En igual sentido lo regula la legislación argentina, al exigir la culpabilidad, como mínimo, para la punición de toda infracción administrativa. Tema sobre el cual expresa **CABANELLAS DE LAS CUEVAS** que disiente de quienes entienden que la culpa es irrelevante respecto de la infracción, puesto que la violación del modelo de conducta en esa legislación, "...no puede surgir en forma no intencionada, y quienes participan de tal violación sin dolo ni culpa no pueden ser punibles sin trastocar totalmente el funcionamiento del sistema jurídico".⁴

Una norma similar a la comentada, la encontramos en el artículo 23.1 del Reglamento de la Comunidad Europea N° 1-2003 del 16 de diciembre del 2002, al disponer que procederá la sanción a las empresas o asociaciones de empresas, sólo cuando éstas hubieran actuado "**de forma deliberada o por negligencia**".⁵ Es decir, debe la resolución que impone la sanción motivar, con apoyo en los elementos de prueba recabados, el elemento psicológico que determina la imposición de la multa, pues de lo contrario el ejercicio discrecional de la potestad habría conducido a una clara vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad.⁶ Tema sobre el cual comenta **VELASCO SAN PEDRO**:

³ Citado por **GARRIDO FALLA**, Fernando, **Tratado de Derecho Administrativo**, Volumen II, Edit. Tecnos, 1989, Págs. 140-141.

⁴ **CABANELLAS DE LAS CUEVAS**, Guillermo. "**Derecho Antimonopólico y de defensa de la competencia**", Tomo I, Edit. Heliasta, 2005, Págs. 242 y ss.

⁵ "**BENEYTO PÉREZ J.M. Y GONZÁLEZ ORÚS J. MAILLO**, "**Tratado de Derecho de la Competencia**", Edit Bosch, 2005, Tomo IV, Pág. 2290. En el mismo sentido: **MARTÍN-LABORDA**, Antonio Robles. "**Libre competencia y competencia desleal**", Edit. La Ley, 2001, págs. 213 y ss.

⁶ Ya en múltiples ocasiones, la Sala Constitucional ha reconocido dicho principio como elemento legitimante del actuar de las Administraciones Públicas, puntualizando: "La doctrina



LAW GROUP-ATTORNEYS AT LAW

“No obstante, la intencionalidad de las partes, lo que en términos más técnicos podemos denominar como su culpabilidad, sí tendrá relevancia a los efectos de la posible imposición de multas sancionadoras...”⁷

Consideramos que la situación descrita exige de la CPC una mayores reflexión de la posición que ha venido manteniendo, lo cual bien podría alcanzar mediante una exhaustiva y razonable motivación de los denominados **“indicios de intencionalidad”**, antesala de la **“multa sancionadora”**, a los fines de no trastocar los derechos subjetivos de parte y potenciando un régimen de mayor reforzamiento hacia sus derechos, lo que a su vez reduciría una ventana de discrecionalidad que más bien se confunde con lo arbitrario.

constitucional reconocida define como principios constitucionales las ideas fundamentales acerca de la organización jurídica de una comunidad, emanadas de la conciencia social, que cumplen funciones fundamentadoras y a la vez interpretativas respecto del total del ordenamiento jurídico. **De esta manera, los principios constitucionales forman parte del bloque de constitucionalidad y todas las instituciones estatales están obligados a obedecerlos y a respetarlos...** Podemos hablar apropiadamente, como ejemplos relevantes para esta decisión judicial, del principio democrático, **de interdicción de la arbitrariedad**, del principio de sujeción de los poderes públicos a la Constitución, de igualdad de los individuos, del principio de **seguridad jurídica** y el de jerarquía de las normas.” S. 2003-02771.

⁷ **VELASCO SAN PEDRO, “Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas”**, Edit. Lex Nova, 2005, Pág. 69.