

Recensión al libro de José María BAÑO FOS, *The dogmatic of article 101 TFEU and information exchanges*, Iustel (Madrid), 2018, 238 páginas.

Carmen MARTÍN FERNÁNDEZ
Universidad de Córdoba

El jurista español siente cierto desasosiego ante el Derecho europeo de la competencia. Acostumbrado a la exquisitez de nuestro Derecho Administrativo sancionador, con una doctrina asentada sobre técnicas depuradas y unas aspiraciones y logros garantistas notables, observa atónito que las instituciones europeas imponen sanciones severísimas sobre bases endebles y una relajación intensa de los principios y derechos que aquí consideramos capitales e incuestionables. Sobre todo lo hace en el ámbito de la defensa de la competencia, competencia ensalzada al máximo por la Unión Europea y ante cuyo altar parece dispuesta a sacrificar hasta algunas garantías mínimas. Los ejemplos son muchos. Destacable es su rechazo, al menos formal, del principio de culpabilidad, que causa turbación. También su ampliación por vía interpretativa de los responsables de las infracciones es motivo de perplejidad. Y en la base de todo ello probablemente se esconde un concepto de sanción amplio y burdo con el que es difícil que consiga resultados más atinados. Pero probablemente sea en su flexibilización de las exigencias de tipicidad donde alcance su cénit de relativización de las garantías. Y donde, por ello mismo, la incomodidad y desazón del jurista español se hacen casi insoportables. Esto es lo que refleja fielmente la obra recensionada que elige para ello un aspecto que revela con evidencia todos estos defectos.

Baño Fos pone el dedo en la llaga cuando afirma y demuestra, de un lado, la inexistencia de normas específicas que tipifiquen como infracción la vulneración del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, de otro, la interpretación amplia y cambiante que los tribunales europeos vienen realizando de ese precepto. Todo lo contrario, en suma, a lo que en teoría exige el respeto a los principios de legalidad y tipicidad, y con un resultado lejano a la seguridad jurídica que persiguen tales principios y que debería ser máxima precisamente cuando de sancionar se trata.

Para probarlo se sirve Baño Fos de un tema testigo: el tratamiento dado a los intercambios de información. Éste es el objeto concreto y directo de la obra y en ella hay, en efecto, un estudio espléndido y muy útil de tal cuestión. Pero siempre con la perspectiva más general de las insuficiencias del art. 101 TFUE como soporte casi exclusivo de la potestad sancionadora europea en la materia.

Analiza el art. 101 TFUE y, con una interpretación literal y sistemática (en relación con los arts. 103 y 105), afirma que es sólo una cláusula general a cuyo incumplimiento se asocian consecuencias de nulidad y de restablecimiento de la legalidad, pero de ningún modo sanciones administrativas. Éstas podrían haberse establecido en otras normas europeas que tipificaran conductas y previeran sanciones de forma concreta. Pero no se ha hecho y se han perdido todas las oportunidades de hacerlo. Hoy las sanciones se basan en el Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia, que, en realidad, sólo afirma en su art. 23.2 que *«mediante decisión, la Comisión podrá imponer multas a las empresas y asociaciones de empresas cuando, de forma deliberada o por negligencia infrinjan*

las disposiciones del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado...». Con ese vago fundamento los Tribunales europeos han ido haciendo todo lo demás y delimitando a su aire las conductas que conllevan la imposición de una sanción con una jurisprudencia evolutiva que ha perdido la conexión con sus orígenes y con las más modestas pretensiones iniciales de los Tratados que casi sólo perseguían el progresivo desmantelamiento de las restricciones a la competencia instauradas por los propios Estados miembros.

Con esas premisas se enfrenta ya la obra recensionada con los intercambios de información que presentan una especial complejidad y relevancia. Explica Baño Fos que existen dos tipos, tal y como pone de manifiesto la Comunicación de la Comisión relativa a las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal: los intercambios de información que pueden facilitar la implementación de un cartel y que solo se persiguen cuando, efectivamente, dan lugar a una práctica colusoria; y los intercambios de información que, por sí mismos, constituyen una práctica concertada (intercambios de información autónomos). Son estos los que presentan especial interés.

Estos intercambios de información autónomos no dañan efectiva y realmente la libre competencia sino que sólo la ponen en riesgo y no siempre. Incluso, como demuestra Baño, hay intercambios de información que pueden ser beneficiosos para la competencia (así, la práctica del *benchmarking*, por ejemplo). Depende de diversos factores (de la situación del mercado, según sea atomizado o con pocas empresas, o que se refiera a productos idénticos o meramente similares, etc.).

Pese a esa falta de lesividad real (y a veces hasta falta de lesividad potencial) y pese a su acrobático engarce con el art. 101 TFUE, esa infracción autónoma por intercambio de información ha ido ampliando su aplicación por la Comisión sin que el TJUE haya puesto freno. Más bien al contrario, la jurisprudencia europea, aunque con vaivenes, ha acabado reforzando y facilitando la represión por la vía de considerar diversas conductas como tal intercambio de información punible.

La obra rastrea meticulosamente esa jurisprudencia europea y la expone con orden y claridad admirables. Con ese estudio se comprueba que, desde sus orígenes hasta hoy, muchos han sido los matices sobre la punibilidad de los intercambios de información que han ido cambiando: desde mero indicio de prácticas concertadas hasta ser considerada una infracción en sí misma pasando por la consideración de una presunción *iuris tantum* de aquellas prácticas; desde exigir un resultado efectivamente lesivo para la competencia a que ese requisito del resultado se diluya o desaparezca casi por completo; desde infracción por su efecto a infracción por su objeto. Incluso destaca que en alguna sentencia (*Sarrió SA v. European Commission*, de 1998) se anuló la sanción impuesta por intercambio de información por no quedar acreditados sus efectos anticompetitivos pero se mantuvo la prohibición de ese intercambio porque podía ser instrumento para la creación de un cartel. Pero desde aquellas posturas iniciales más moderadas se ha llegado a una jurisprudencia con la que la Comisión encuentra estímulos para sancionar como intercambio de información muchas conductas y así eximirse de pruebas más difíciles de prácticas anticompetitivas.

Baño Fos es partidario de volver a la concepción originaria. Pero más allá de ello ofrece un marco dogmático con el que abordar este género de infracciones.

Lo hace con dos perspectivas: la del bien jurídico protegido y la de los principios de legalidad, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Así trae las categorías de delitos de resultado y de peligro y las conecta con graduaciones de la culpabilidad y de la peligrosidad de la conducta. Todo hasta ofrecer un marco en el que quedarían mejor acotadas las acciones merecedoras de sanción.

Más concretamente, propone diferenciar tres niveles o categorías de intercambios de información:

- Intercambios de información que constituyen evidencias indirectas de la existencia de un cartel, los cuales deben ser sancionados como un cartel.
- Intercambios de información que suponen el paso previo a la existencia de un cartel y que, por tanto, podrían ser sancionados como invitación a coludir. En términos penales, se trataría de sancionar la tentativa de delito.
- Intercambios de información autónomos, que a lo sumo podrían equipararse a los actos preparatorios del delito y que sólo podrían ser sancionados si se demuestra un peligro suficiente para la competencia. Ello sin perjuicio de que, incluso cuando no fuesen punibles, sí se considerasen actos ilícitos y prohibidos frente a los que cabría adoptar medidas no sancionadoras.

Solo así -explica nuestro autor- se distinguiría entre mantener un cartel, tratar de crear un cartel e instaurar las condiciones necesarias para la creación de un cartel. Añade que como se trata de conductas que van de más graves a menos graves, también las sanciones deberían seguir esa escala. Por el mismo motivo, las exigencias de culpabilidad deberían ser mayores en las dos últimas categorías, pues suponen un adelantamiento de la barrera de la punibilidad. Todo ello permitiría sustituir el concepto de infracciones por objeto, que maneja la jurisprudencia europea, con beneficio para la seguridad jurídica.

Aunque las propuestas de la obra recensionada son valiosas en sí mismas, incluso sin reformas legislativas, Baño Fos insiste en la conveniencia de que el legislador europeo apruebe una norma en que de manera más específica tipifique las conductas anticompetitivas punibles y prevea una correcta graduación de las sanciones que sea proporcionada en función de su lesividad y grado de consumación. Seguramente esto mismo podría pedirse al legislador español que, así, sin desvirtuar un ápice el Derecho de la Unión ni poner en peligro su prevalencia, podría dar mejor cumplimiento a las exigencias que se derivan del art. 25 de nuestra Constitución.

Una conclusión más allá de lo que sostiene Baño cabe atisbar en esta obra: la desazón que produce al jurista español el estado del Derecho sancionador europeo es fértil y su doctrina más depurada es capaz de realizar aportaciones sobresalientes para su desarrollo.