

Competencia

Guía de la CNMC sobre los criterios que regirán la prohibición de contratar de las empresas con el sector público cuando falsean la competencia

Análisis de la guía de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre los criterios que utilizará al aplicar la prohibición de contratar con el sector público a las empresas condenadas por infracciones graves de las normas de competencia.

RICARDO ALONSO SOTO

Catedrático de Derecho Mercantil

Consejero académico de Gómez Acebo & Pombo

El artículo 71.1b de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) establece que no podrán contratar con las entidades del sector público las personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia. Dicha ley establece además, en su artículo 72, que la efectividad de esta prohibición podrá apreciarse directamente por parte de los órganos de contratación cuando la sentencia o resolución administrativa sancionadora se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración; en caso contrario, se procederá a determinarlos mediante un procedimiento cuya competencia corresponde al Ministerio de Hacienda y Función Pública, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación

Pública del Estado. Así pues, la norma prevé dos formas de determinación del alcance y duración de la prohibición: en la propia resolución administrativa sancionadora de la autoridad de competencia, o bien mediante el procedimiento administrativo anteriormente citado.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, también, CNMC o Comisión), por su práctica sancionadora desde que existe la prohibición, considera que es la autoridad mejor situada para fijar las prohibiciones teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción cometida y la situación competitiva del mercado en el que se aplicaría. Por esta razón comenzará a incluir la duración y el alcance de las prohibiciones de contratar en la resolución de los expe-

dientes sancionadores que se inicien a partir de este momento.

A estos efectos, la Comisión ha aprobado la Comunicación 1/2023, de 13 de junio, que contiene una guía que permitirá a los interesados conocer los criterios generales que tal institución tendrá en cuenta para determinar, en cada caso, a qué mercados y con qué duración se aplicará cada prohibición de contratar con el sector público.

En las resoluciones de la Comisión anteriores a esta comunicación consta que la infracción de la normativa de competencia conlleva la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas, pero las empresas y los órganos de contratación nacionales e internacionales desconocen cuál será su contenido exacto. La incertidumbre se prolonga debido a los recursos judiciales contra la resolución administrativa cuando el tribunal competente establece la suspensión cautelar de la resolución recurrida. El nuevo sistema permitirá fijar desde el comienzo el alcance geográfico y del producto o servicio concernido por la prohibición y su duración, aunque su eficacia después se suspenda judicialmente; además, potenciará los programas de cumplimiento y la cultura de la competencia de modo que las empresas podrán, desde el principio, activar las medidas para evitar o revocar la eficacia de la prohibición y someterlas a su validación por la Comisión.

Criterios para determinar la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia

Estos criterios conjugan las previsiones generales contenidas en la legislación de contratación pública junto con las previsiones específicas sancionadoras existentes en la normativa de defensa de la competencia. La aplicación práctica de los criterios que aquí se enuncian habrá de

garantizar el necesario equilibrio entre los principios de disuasión, eficacia y proporcionalidad, atendiendo también al adecuado examen del impacto de las medidas adoptadas en los mercados afectados por las conductas. El citado principio de proporcionalidad aconseja que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no conciba la prohibición de contratar de una manera indiscriminada. No hay que olvidar que la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia puede reducir, o incluso eliminar en los casos más extremos, la competencia en el mercado. La enunciación de estos criterios no tiene carácter exhaustivo y su aplicación atenderá a las circunstancias particulares concurrentes en cada caso.

1. Cuestiones generales sobre el ámbito de aplicación de la prohibición de contratar

1.1. Ámbito de aplicación objetivo: infracciones comprendidas

La prohibición de contratar se aplicará a las infracciones graves en materia de falseamiento de la competencia. No obstante, las infracciones catalogadas como muy graves en el artículo 62 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) deben llevar también aparejada la prohibición de contratar. Así lo ha entendido la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia desde un primer momento al considerar aplicable la prohibición de contratar a conductas calificadas de muy graves en la mencionada ley (Resolución de 14 de marzo del 2019, as. Electromecánicas ferroviarias). Una interpretación literal del principio de legalidad llevaría al absurdo de que infracciones menos graves desde el punto de vista de la normativa de defensa de la competencia se expusieran a unas medidas restrictivas de derechos más gravosas,

mientras que los ilícitos anticompetitivos más perjudiciales quedarían al margen de la prohibición de contratar.

Desde esta perspectiva quedarían comprendidas en el ámbito de aplicación tanto las infracciones muy graves indicadas en el artículo 62.4 de la Ley de Defensa de la Competencia como las infracciones graves indicadas en el artículo 62.3 de la misma ley. Sin perjuicio de lo anterior, cabe indicar que las infracciones meramente procedimentales carentes de aptitud para falsear la competencia deberían quedar fuera del ámbito de aplicación objetivo de la prohibición.

Otra cuestión que puede suscitarse es la relativa a si las infracciones en materia de defensa de la competencia han de estar necesariamente relacionadas o ligadas con la contratación pública para que proceda aplicar la prohibición de contratar. A este respecto procede indicar que la Ley de Contratos del Sector Público no se refiere en ningún momento a que la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia exija que la conducta anticompetitiva tenga que estar relacionada con la contratación pública. Tampoco es relevante a estos efectos que el sujeto infractor no participe con habitualidad en licitaciones públicas.

1.2. *Ámbito de aplicación subjetivo: personas físicas y jurídicas*

El artículo 71.1, apartado b, señala que no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la Ley de Contratos del Sector Público las *personas*, sin distinguir si son personas físicas o jurídicas,

que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave de falseamiento de la competencia. Atendido lo anterior y tomando en consideración que, de acuerdo con el artículo 63.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, los representantes legales de las empresas o personas que integren sus órganos directivos pueden ser sancionados, no procede excluir a las personas físicas del ámbito de aplicación subjetivo de la prohibición de contratar.

1.3. *Ámbito temporal*

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha reconocido la aplicación de algunos principios propios del régimen sancionador a la prohibición de contratar. Por ello, ha considerado que la prohibición de contratar por incurrir en falseamiento de la competencia no era aplicable para aquellas infracciones que habían finalizado con anterioridad al 22 de octubre del 2015, fecha de entrada en vigor de la citada prohibición. A este respecto, cabe preguntarse qué ocurre con las conductas que han dado comienzo con anterioridad al 22 de octubre del 2015 y han finalizado con posterioridad. La calificación como infracciones continuadas de las conductas anticompetitivas en los expedientes sancionadores en materia de defensa de la competencia es bastante frecuente, extendiéndose la duración de la infracción durante un periodo de tiempo determinado. Pues bien, cabe indicar a este respecto que esta circunstancia podrá ser tenida en cuenta al fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar, formando parte de la evaluación de la proporcionalidad a la que posteriormente se hará referencia.

2. Alcance y duración de la prohibición de contratar

2.1. Principios generales

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que las prohibiciones de contratar, como toda limitación, no pueden ser ni indefinidas ni ilimitadas, sino que deben respetar los principios «de seguridad jurídica y proporcionalidad, en cuanto exigen que tanto el sancionado como terceros conozcan hasta dónde alcanza la prohibición y, a su vez, se pueda cuestionar y revisar si la limitación establecida es adecuada y ajustada a la sanción impuesta y a los hechos en los que se funda». A estos principios se une en este caso el de protección de las Administraciones Públicas, que exige la determinación de con qué Administraciones, en qué ámbitos y territorios y durante cuánto tiempo no podrá contratar la empresa sancionada con la prohibición de contratar.

En relación con esta cuestión, surge como elemento clave la estructura del mercado afectado en el que se proyectará la eventual prohibición; destacan, entre otros aspectos que considerar: el número de operadores activos que determinará la viabilidad de su aplicación y el efecto sobre la competencia en el corto y medio plazo; la homogeneidad del producto; la transparencia y la existencia de barreras de entrada —entre otras, las regulatorias— que impidan el acceso de operadores alternativos a los afectados por la prohibición de contratar. Asimismo, se consideran supuestos especiales, por una parte, aquellos casos de colusión en los que hubieran participado la totalidad o la mayoría de los

operadores presentes en el mercado relevante o una empresa necesaria por su especial relevancia por razones estratégicas de tecnología, experiencia o por estar en posesión de activos esenciales y, por otra, los casos de abuso de posición dominante por parte de una empresa monopolística en el mercado de referencia. También podrán tomarse en consideración las particularidades que presentan determinados sectores, como por ejemplo el sector farmacéutico en el caso de los medicamentos exclusivos. Todos estos casos presentan la característica común de privar a la Administración de alternativas para contratar bienes o servicios en el mercado relevante.

Por otro lado, hay que señalar que, de acuerdo con el artículo 19.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, para determinar el alcance y la duración de la prohibición de contratar se deberá considerar la existencia de dolo o manifiesta mala fe del empresario y la entidad del daño causado a los intereses públicos.

2.2. Parámetros para determinar el «alcance» y la «duración» de la prohibición

Estos parámetros orientativos se enuncian de forma conjunta para el «alcance» y la «duración», sin perjuicio de que, atendida su naturaleza, puedan proyectar su aplicabilidad de forma más específica en un extremo u otro:

a) Alcance geográfico:

El mercado geográfico donde se ha producido la infracción se tomará como principal referencia a la hora

de definir el perímetro territorial al que habrá de contraerse la prohibición. No obstante, habrá de atenderse a las circunstancias concretas que presente cada expediente, que podrán justificar la definición de un alcance menor o mayor. En efecto, no cabe descartar que el alcance pudiera exceder tal mercado tomando en cuenta el grado de implicación y vinculación activa de otras entidades del mismo grupo empresarial en las prácticas sancionadas, incluidas las matrices responsables de la infracción, lo que podría determinar que el alcance geográfico fuera superior al de la práctica concreta, por afectar a las citadas entidades o por tener el origen de la conducta en órganos de decisión de esas otras entidades.

b) Alcance en relación con el producto:

El mercado del producto (bien o servicio) afectado por la infracción se tomará como principal referencia a la hora de definir el perímetro al que habrá de circunscribirse la prohibición. No obstante, éste podrá ser mayor o menor si concurren circunstancias en el expediente que permitan acreditar la necesidad de un perímetro diferente. Si bien los productos afectados por la infracción deberían estar en principio comprendidos en la prohibición de contratar, no cabría descartar en determinados casos también otros que puedan ser contratados por la Administración con las entidades jurídicas del mismo grupo implicadas activamente en la conducta, incluidas las matrices.

c) La duración de la infracción:

Constituye una circunstancia objetiva que debe orientar la determinación de la duración de la prohibición. Es posible establecer una regla de proporcionalidad entre la duración de la infracción cometida y la duración de la prohibición de contratar. No obstante, inevitablemente, a partir de un periodo muy extenso de infracción, la duración de la prohibición de contratar sería máxima y por lo tanto, a partir de ahí, quebraría este criterio de proporcionalidad. Debe, sin embargo, recordarse a este respecto que, de acuerdo con el artículo 72.6 de la Ley de Contratos del Sector Público, la duración máxima de la prohibición de contratar para infracciones administrativas firmes es de tres años. Por tanto, no podrá nunca superarse el citado periodo de tres años.

d) La gravedad de la infracción:

En este punto cabe considerar si la infracción de la Ley de Defensa de la Competencia ha sido grave o muy grave. A mayor gravedad, mayor duración. Igualmente, a mayor impacto económico de la infracción en términos del volumen del mercado afectado por ella, mayor duración. Un factor relevante aquí será también la naturaleza de la infracción. Así, por ejemplo, en el ámbito de una infracción de colusión en procedimientos periódicamente licitados por la Administración será importante considerar la frecuencia de las licitaciones, de forma que, a menor frecuencia de licitaciones, mayor

duración de la prohibición para que ésta sea disuasoria. También podrá tomarse como referencia, en el caso de que la infracción se instrumente a través de uniones temporales de empresas que concurran a los procedimientos, la participación de cada sujeto infractor en el ilícito.

- e) Grado de participación del sujeto infractor en la infracción:

Es decir, la posición de responsable, instigador, participante activo, residual, cooperador necesario u otras equivalentes. También habrá que considerar la existencia de circunstancias agravantes y atenuantes en el desarrollo de la conducta del infractor de conformidad con lo previsto en el artículo 64 de la Ley de Defensa de la Competencia. Atendiendo a las circunstancias de cada caso se podrá establecer la individualización que, en su caso, corresponda.

3. Procedimiento

La Propuesta de Resolución de la Dirección de Competencia que formule, de acuerdo con el artículo 50 de la Ley de Defensa de la Competencia, podrá incluir en su propuesta de sanción la duración y alcance de la prohibición de contratar conforme a los criterios expuestos anteriormente, para permitir las alegaciones de las partes. Con carácter general, la propuesta podrá contener para cada sujeto infractor: a) la delimitación de las entidades comprendidas y el alcance geográfico; b) la tipología de los contratos afectados; c) la duración. Dicha propuesta, junto con las alegaciones formuladas frente a ella, será elevada al Consejo para su resolución.

Las prohibiciones de contratar, una vez adoptada la resolución correspondiente, se comunicarán sin dilación, para su inscripción, al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o al equivalente en el ámbito de las comunidades autónomas, en función del ámbito de la prohibición de contratar y del órgano que la haya declarado.

4. Exención de la prohibición de contratar

De acuerdo con el artículo 72.5 de la Ley de Contratos del Sector Público, no procederá declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia, la persona incurso en la causa de prohibición acredite las siguientes circunstancias de forma cumulativa:

- El pago o compromiso de pago de la multa fijada en la resolución administrativa de la que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de ésta en la resolución mencionada.
- La adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia.

A la vista de lo indicado en el citado precepto legal, cabe concluir la existencia de los siguientes tipos de exenciones:

- a) De apreciación previa: 1) en los casos en los que la propuesta de resolución ya indicara la no procedencia de la prohibición de contratar, sin necesidad de esperar

al trámite de audiencia. Esta apreciación previa podrá ser, o automática —para el beneficiario de exención por clemencia de acuerdo con lo previsto en los apartados 1 y 4 del artículo 65 de la Ley de Defensa de la Competencia—, o potestativa —para el beneficiario de la reducción de la multa por clemencia de acuerdo con lo previsto en el apartado 5 del artículo 66 de la misma ley—; 2) en el caso de la acreditación por el infractor en sede del trámite de audiencia de las medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas (programas de *compliance*).

- b) De apreciación posterior: los programas de cumplimiento sobre los que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ha publicado la «Guía sobre los programas de cumplimiento normativo en relación con las normas de defensa de la competencia» (2020) como mecanismo para impulsar estas políticas en las empresas y coadyuvar a este objetivo dando transparencia a los criterios básicos que la Comisión considera relevantes para que un programa de cumplimiento se considere eficaz.

A estos efectos, la guía contiene unas directrices claras y completas para la evaluación de los programas y la consideración de su eficacia. Desde esta perspectiva, la Comisión procederá a valo-

rar los programas de cumplimiento a los efectos de apreciar la concurrencia de la exención en este ámbito.

- c) Finalmente, deberán considerarse los efectos que pudiera tener en este ámbito la regulación futura de los procedimientos de transacción.

5. Revisión de la prohibición de contratar

La revisión de la prohibición de contratar es una facultad y posibilidad prevista tanto en el ordenamiento jurídico general como en el sectorial aplicables (art. 72.5 LCSP) siempre que la persona que haya sido declarada en situación de prohibición de contratar acredite el cumplimiento de los extremos que han sido referidos en el apartado 4 anterior.

La prohibición de contratar podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia y el procedimiento podrá ser iniciado de oficio o a instancia de parte.

6. Eficacia de la prohibición de contratar declarada

La resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la que se fijen la duración y el alcance de la prohibición de contratar es firme desde su aprobación, momento en que se desplegarán sus correspondientes efectos, sin perjuicio de su eventual impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa y su suspensión cautelar por la citada jurisdicción.