

La CNMC determinará en sus resoluciones sancionadoras por falseamiento de la competencia el alcance y duración de la prohibición de contratar con el sector público

Con fecha 23 de junio, la CNMC ha publicado la Comunicación 1/2023, de 13 de junio, sobre criterios para la determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia (la “Comunicación”). La CNMC marca así un cambio de paradigma. Hasta ahora, la CNMC daba traslado a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para que fuera esta quien determinara, en procedimiento separado, el alcance y la duración de la prohibición, de manera que la prohibición no podía surtir efectos hasta que culminara este segundo procedimiento. A partir de la publicación de la Comunicación, la CNMC pretende determinar directamente el alcance y la duración en sus resoluciones sancionadoras por falseamiento de la competencia para que la prohibición pueda surtir efectos desde la firmeza de la resolución sancionadora, sin necesidad de un procedimiento declarativo ulterior. En las siguientes líneas se comentan los principales aspectos de la Comunicación.

1. SOBRE LA COMPETENCIA DE LA CNMC PARA FIJAR EL ALCANCE Y DURACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

La Comunicación parte de la premisa de que, en su condición de autoridad de defensa de la competencia, la CNMC sería competente para definir el alcance y duración de las prohibiciones para contratar que se deriven de sus resoluciones sancionadoras. La Comunicación se basa para ello en una determinada interpretación del artículo 72 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (“LCSP”) y en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de septiembre de 2022 (recurso n.º 464/2020 y n.º 75/2020) que confirmaron las resoluciones sancionadoras de la Autoridad Catalana de Competencia que habían determinado el alcance y duración de las prohibiciones.

Debe señalarse que el Tribunal Supremo ha admitido a trámite dos recursos de casación contra estas sentencias mediante autos de 16 de marzo de 2023 (recurso n.º 20/2023 y 9091/2022). En ambos casos, el Alto Tribunal admite las casaciones para **fixar doctrina casacional** precisamente sobre cuál es la autoridad competente para pronunciarse sobre el alcance y duración de la prohibición para contratar. En función de cuál sea el pronunciamiento del Tribunal Supremo, subsistirá o no la premisa de la que arranca la Comunicación. Si el Tribunal Supremo llegara a declarar que la CNMC no es competente para la determinación del alcance y duración de una prohibición de contratar, la Comunicación quedaría desprovista de base legal.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Antes de adentrarse en los criterios de determinación de la prohibición de contratar con el sector público, la Comunicación aclara cuál es el **ámbito objetivo, subjetivo y temporal** para la determinación de la prohibición de contratar.

En cuanto al **ámbito objetivo**, la Comunicación reitera el criterio —ya acuñado en los precedentes de la CNMC— en virtud del cual es posible apreciar la concurrencia de la prohibición de contratar por la comisión tanto de infracciones graves como muy graves por falseamiento de la competencia. Se excluyen, en consecuencia, aquellas infracciones tipificadas en la Ley de Defensa de la Competencia (“LDC”) consideradas como puramente procedimentales, no susceptibles de falsear la competencia (por ejemplo, la obstrucción a la labor inspectora de la CNMC [art. 62.3.c) LDC]).

Asimismo, en la Comunicación se aborda la cuestión sobre si las infracciones de las que resulte la prohibición han de estar o no relacionadas con la contratación pública, y concluye que tal condición no es necesaria. Por tanto, cualquier infracción grave o muy grave que falsee la competencia podrá comportar la prohibición para contratar, a pesar de no haber afectado a licitaciones públicas.

En relación con el **ámbito subjetivo**, la Comunicación aclara que la prohibición solamente afectará a las empresas sancionadas por las resoluciones de la CNMC. Adicionalmente, podrá resultar de aplicación, a título individual, a las personas físicas que sean sancionadas, en virtud del artículo 63.2 LDC, por su condición de administradores o directivos de tales empresas infractoras.

Finalmente, en cuanto al **ámbito temporal**, la Comunicación se hace eco del principio de irretroactividad desfavorable, de manera que no será posible imponer la prohibición a conductas cometidas antes del 22 de octubre de 2015, fecha de entrada en vigor de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia. Cuando se aprecie la existencia de **infracciones únicas y continuadas** cuyo período de vigencia incluya momentos anteriores a la entrada en vigor de la norma, ello “*podrá ser tenid[o] en cuenta al fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar, formando parte de la evaluación de la proporcionalidad*” de la medida restrictiva impuesta.

3. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE Y DURACIÓN

En lo que se refiere al alcance de la prohibición, la Comunicación parte del art. 73.1 de la LCSP, cuando estima que este tipo de prohibiciones de contratar se aplicarán en relación con todos los entes del sector público. No obstante, la Comunicación considera que la **estructura de mercado** afectado en el que se proyectará la prohibición jugará como **elemento clave**. Quiere ello decir que, a la hora de concretar el alcance de la prohibición, la CNMC no se limitaría a manifestar que esta se aplique de manera general y omnicompreensiva para la contratación de la empresa concernida con todos los entes del sector público y en relación con toda su actividad empresarial, sino que habrá que considerar, entre otros aspectos, el número de operadores activos en el mercado afectado, el efecto sobre la competencia en el corto y medio plazo de la prohibición de contratar, las barreras a la entrada que impidan el acceso de operadores alternativos a las empresas afectadas por la prohibición de contratar, etc.

En este sentido, las principales referencias a la hora de delimitar el alcance de la prohibición de contratar serán el **mercado geográfico y el mercado de producto o servicio** afectados por la infracción de falseamiento de la competencia. Si bien la prohibición de contratar, en principio, solamente afectaría a tales mercados, la Comunicación no excluye la posibilidad de extender sus efectos a otros ámbitos geográficos o de producto más amplios. Para ello, se tomará 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 o por tener su origen la conducta en órganos de decisión de esas otras entidades”*.

En cuanto a la **duración de la prohibición**, la CNMC establece una **regla de proporcionalidad** entre la duración de la infracción y la duración de la prohibición de contratar, teniendo en cuenta el máximo legal de tres años. Esta gravedad podrá ser determinada tanto por la calificación jurídica de la infracción (gravedad jurídica o formal) como por los efectos económicos en términos del volumen del mercado afectado por la infracción (gravedad económica o material). El principal problema radicaría en que la asimilación de la duración de la prohibición de contratar a la duración de la conducta restrictiva generaría que todas aquellas conductas restrictivas con duración superior a los tres años recibieran la imposición de una prohibición de contratar de la misma duración. Señala la Comunicación que ello quebraría automáticamente el criterio de proporcionalidad. De este modo, a conductas de mayor gravedad, corresponderá una mayor duración dentro de ese límite temporal, pero sin que sea adecuada una asimilación exacta entre la duración de la infracción y la duración de la prohibición de contratar.

4. POSIBILIDAD DE EXENCIÓN Y REVISIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

La Comunicación se refiere a la exención y revisión de la prohibición de contratar, en los términos previstos por el art. 72.5 de la LCSP. La CNMC sigue la tendencia favorable a aplicar medidas de exoneración o revisión de la prohibición, siempre que se cumplan los requisitos del pago de la multa o la adopción de las denominadas medidas de *self-cleaning* en ejecución de programas de *compliance*. De este modo, según la Comunicación, cabría distinguir los siguientes tipos de exención en relación con la prohibición de contratar:

- i. Una **exención de apreciación previa**, que se indicará en la propuesta de resolución, sin necesidad de esperar al trámite de audiencia. Esta exención será **automática** para el beneficiario de **exención por clemencia** (ex apartados 1 y 4 del artículo 65 LDC), o bien podrá tener carácter **potestativo** para los beneficiarios de **reducción de la multa por clemencia** (ex artículo 66.5 LDC).
- ii. Una **exención de apreciación posterior**, en sede del trámite de audiencia, en el que se evaluarán las medidas y programas de cumplimiento incorporados en las empresas sancionadas. Dicho examen se llevará a cabo conforme a la Guía de la CNMC sobre los programas de cumplimiento normativo en relación con las normas de defensa de la competencia de 2020.

De lo anterior se extrae que los solicitantes de clemencia que no opten a la exención plena y solamente puedan obtener una reducción de la multa tendrán que negociar durante la tramitación del expediente el beneficio adicional de la exoneración de la prohibición de contratar. Por otro lado, la apreciación posterior de las medidas técnicas, organizativas y de personal plantea dificultades prácticas, dado que deberán diseñarse e implementarse antes de la adopción de la propuesta de resolución. Por tanto, es posible que la CNMC utilice la capacidad de revisión de las prohibiciones para realizar la apreciación de este tipo de medidas con posterioridad a la resolución, teniendo en cuenta también que podrán ser objeto de suspensión en sede de recurso contencioso-administrativo. En todo caso, esta posibilidad de exoneración, sin duda, potenciará aún más los programas de cumplimiento específicos en materia de competencia.

5. EFICACIA DE LA PROHIBICIÓN

El borrador de comunicación sometido a consulta pública había seguido una interpretación incluso más garantista que la que se derivaría de la aplicación estricta del tenor literal de la LCSP. Según el borrador, la eficacia de la prohibición de contratar quedaba supeditada en todo caso a su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (“**ROLECE**”), incluso aunque la prohibición hubiera sido declarada en una resolución sancionadora de la CNMC. La Comunicación corrige esta redacción inicial y termina señalando que la resolución de la CNMC en la que se fije la duración y alcance de la prohibición de contratar **será ejecutiva desde su notificación** desplegando sus correspondientes efectos, sin perjuicio de su eventual impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa y su eventual suspensión cautelar por la citada jurisdicción. La inscripción en el ROLECE no será necesaria, por tanto, para que la prohibición devenga ejecutiva.

6. UN NUEVO ENFOQUE EN LA APRECIACIÓN Y APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO

En definitiva, la Comunicación pretende convertir la prohibición de contratar en una herramienta disuasoria efectiva en manos de la propia autoridad de la competencia, que es —de acuerdo con la propia CNMC— la autoridad mejor situada para evaluar los beneficios y los inconvenientes de imponer la prohibición. Se trata de un **cambio de paradigma** en la aplicación de la prohibición de contratar asociada a las infracciones por falseamiento de la competencia, en la que los programas específicos de cumplimiento pueden jugar, además, un papel esencial.