

LA NUEVA REGULACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO POR FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA

La nueva regulación de la prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia

El régimen de prohibiciones para contratar con el sector público ha sido recientemente modificado. Entre las novedades, se da nueva redacción a las infracciones administrativas que generan una prohibición; ahora se incluyen expresamente las infracciones graves en materia de falseamiento de la competencia. Además de esta mención expresa (anteriormente se hablaba de disciplina de mercado), se reconoce la competencia del órgano sancionador para determinar el alcance y la duración de la prohibición. La duración de esta prohibición no podrá exceder los tres años, y podrá apreciarse directamente por el órgano de contratación siempre que la resolución sancionadora contenga el alcance y duración. Esta modificación tiene una importante trascendencia para las empresas que puedan ser sancionadas por infracciones de las normas de defensa de la competencia.

PALABRAS CLAVE

Contratos sector público, competencia, prohibición de contratar, alcance y efectos, sanción.

New rules on prohibitions on bidding for public contracts for infringements giving rise to competition distortions

The rules on prohibitions on bidding for public contracts have recently been amended. Under the new wording, serious infringements that «distort competition» are expressly included among the administrative infringements that give rise to these prohibitions. In addition to this express reference (before, the law referred to «market discipline»), the new rules also empower the sanctioning authority to determine the scope and duration of a prohibition up to a maximum of three years. The contracting authority itself may prohibit a party from bidding provided the decision imposing a penalty includes the scope and duration of the prohibition. This amendment has serious implications for companies that are sanctioned for infringing competition rules.

KEY WORDS

Public sector contracts, competition, prohibition on bidding, impact and scope, sanction.

Fecha de recepción: 3-5-2016

Fecha de aceptación: 30-5-2016

1 · ORIGEN, VIGENCIA Y ALCANCE DE LA REFORMA

Además de los requisitos de capacidad y solvencia, tradicionalmente la legislación de contratos ha regulado también algunos motivos que, de concurrir en el empresario, impiden su acceso a la licitación. Se trata de las denominadas *prohibiciones de contratar* con las que se persigue impedir que participen en la contratación pública sujetos en quienes concurren determinadas circunstancias que generen dudas sobre la imparcialidad de los órganos contratantes con esas personas, o sobre la honorabilidad o fiabilidad de los licitadores a la vista de comportamientos previos.

Las prohibiciones para contratar con el sector público están actualmente reguladas en los artículos 60 y siguientes del Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público («TRLCSPP»). Estos artículos han sido modificados por la disposición final novena, apartados uno a tres, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público («Ley 40/2015»). La Ley 40/2015 da una nueva redacción a los artículos 60 y 61 del TRLCSPP, y

añade el artículo 61.bis) sobre efectos de la declaración de la prohibición de contratar.

El nuevo régimen entró en vigor el pasado 22 de octubre de 2015 (disposición final decimotercera de la Ley 40/2015). Y este mismo régimen, con alguna puntualización, es el previsto en los artículos 71 a 73 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, preparado por el Gobierno para la transposición de las nuevas Directivas sobre contratación pública (Directiva 2014/24/CE del Parlamento y del Consejo de 26 de febrero, sobre contratación pública, y Directiva 2014/23/CE del Parlamento y del Consejo de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión). Por tanto, el análisis que aquí se hace puede extenderse al Anteproyecto.

En síntesis, las novedades más relevantes serían las siguientes:

- (i) Desaparece la distinción entre prohibiciones de contratar aplicables a la contratación de todo el sector público, y prohibiciones aplicables solo a la contratación con las Administraciones públicas en sentido estricto. Tras la reforma, todas las prohibiciones podrán apreciarse respecto de cualquier contrato incluido en el ámbito de aplicación del TRLCSPP, se celebre o

no con una Administración pública en sentido estricto.

(ii) Se modifican los casos en los que la concurrencia de prohibición de contratar requiere de un procedimiento previo, así como el procedimiento en sí para la determinación del alcance y duración.

(iii) La duración máxima de las prohibiciones de contratar se reduce de ocho a cinco años para el caso de condenas por sentencia penal firme, y de cinco a tres años para el resto de supuestos.

(iv) Se actualiza el listado de causas de prohibiciones para añadir algunas, eliminar otras y matizar las restantes.

Entre las nuevas infracciones administrativas que pueden generar una prohibición de contratar, el artículo 60.1.b) del TRLCSP incluye ahora el haber sido sancionado con carácter *firme* por una infracción *grave* en materia de *falseamiento de la competencia*. Esta nueva dicción sustituye la anterior referencia a infracciones en materia de *disciplina de mercado*, que no había tenido prácticamente ninguna aplicación.

En los siguientes apartados se describen los principales aspectos del régimen aplicable a esta nueva prohibición de contratar por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia.

2 · CAUSA DE PROHIBICIÓN DE CONTRATAR: HABER SIDO SANCIONADA CON CARÁCTER FIRME POR INFRACCIÓN GRAVE EN MATERIA DE FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA

A diferencia de lo previsto para otras infracciones administrativas, el TRLCSP no remite al régimen sancionador regulado en una determinada ley. Por tanto, la primera cuestión que debe abordarse es *cuáles son las infracciones que pueden originar la prohibición para contratar*.

En todo caso, se trataría tanto de las infracciones *graves* como *muy graves* previstas en estas normas. A diferencia de la actual redacción del Anteproyecto de ley de contratos del sector público —que se refiere a infracciones graves y muy graves (artículo 71.1.b)—, la redacción vigente del TRLCSP solo hace referencia a las infracciones graves. No obstante, parece razonable considerar que la apreciación de la prohibición de contratar cuando se imponga una infracción muy grave no supone una interpre-

tación extensiva de una norma restrictiva de derechos, como lo son las prohibiciones para contratar. Las infracciones muy graves tienen un desvalor superior al de las graves, y no parece conciliar con la finalidad de la norma el hecho de que entidades sancionadas por supuestos más graves sí puedan contratar con el sector público, frente a entidades sancionadas por infracciones menos graves.

Por infracciones en materia de falseamiento de la competencia sería razonable entender las infracciones de las normas de defensa de la competencia establecidas tanto a nivel nacional, en la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia («LDC»), como a nivel de la Unión Europea, en virtud de la aplicación concurrente de ambos ordenamientos que opera en este ámbito. Así, la aplicación de una u otra normativa dependerá de si la conducta tiene o no aptitud para afectar al comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea.

Los apartados 3 y 4 del artículo 62 de la LDC establecen la relación de infracciones que tienen la consideración de graves o muy graves. En concreto, las siguientes:

- (i) conductas colusorias (artículo 1 LDC);
- (ii) abusos de posición de dominio (artículo 2 LDC);
- (iii) actos desleales, conforme a la normativa de competencia desleal, que falseen la competencia y afecten al interés público (artículo 3 LDC). Esta prohibición ha sido aplicada en muy contadas ocasiones por la autoridad de competencia española;
- (iv) incumplimiento de lo previsto en una resolución de la autoridad de competencia; y
- (v) ejecución de una operación de concentración sin haber obtenido la preceptiva autorización.

En este catálogo, se incluyen tanto infracciones sustantivas de las normas de competencia como infracciones meramente procedimentales (*i.e.*, ejecución de una operación de concentración sin haber obtenido la preceptiva autorización y el incumplimiento de lo previsto en una resolución de la autoridad de competencia).

Es relevante recordar que, al tratarse de una norma restrictiva de derechos individuales, el contenido de las prohibiciones de contratar debe interpretarse de forma restrictiva. En este sentido, podría defenderse que únicamente las infracciones sustantivas

de la LDC, esto es, las recogidas en los apartados (i) a (iii) anteriores, serían susceptibles de producir un «falseamiento de la competencia» y, por tanto, solo la comisión de estas infracciones, debería dar lugar a la imposición de una prohibición de contratar.

Más dudas suscita la aplicación de la prohibición de contratar en el caso de infracciones de naturaleza procedimental. En estos supuestos, existirían argumentos para sostener que solo podría aplicarse la prohibición de contratar si, atendiendo a las circunstancias concretas del caso, se pudiera acreditar que la conducta sancionada podría haber producido un falseamiento de la competencia apreciable. No obstante, esta es una cuestión que deberá resolver la CNMC en el futuro.

Las infracciones de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE») reproducen lo previsto en los artículos 1 y 2 LDC y resultan directamente aplicables por la autoridad de competencia en España. Por tanto, también estarían incluidas en esta prohibición.

Es relevante tomar en consideración que las conductas incluidas en la prohibición pueden presentar una gravedad relativa muy diversa; no es lo mismo un cártel de larga duración que una obligación de exclusiva de larga duración en el marco de un acuerdo vertical, aunque ambas conductas se consideraren una infracción del artículo 1 LDC. A este respecto, se ha cuestionado si la aplicación de la prohibición de contratar en todos estos casos podría resultar desproporcionada y si no resultaría más adecuado limitar su aplicación a aquellos casos que revistieran una especial gravedad, como los cárteles. En todo caso, el desvalor de la conducta debe tenerse en cuenta por la autoridad de competencia para decidir sobre el alcance y duración de la prohibición.

Cabría plantearse si la causa de prohibición de contratar surge también en el caso de que la sanción en materia de falseamiento de la competencia se imponga por la autoridad de otro Estado miembro, o por la Comisión Europea. En puridad, este supuesto no puede descartarse. El artículo 57 de la Directiva 2014/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, prevé la posibilidad de que los poderes adjudicadores puedan apreciar los motivos de exclusión previstos en el apartado 4 del precepto (entre ellos, que el operador económico haya llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia), tanto por decisión propia como «a petición de los Estados miembros». La Directiva no ha

sido aún transpuesta a nuestro ordenamiento, lo que plantea dudas sobre su aplicación directa, pero su redacción parece guardar cierta sintonía con la posibilidad de que las sanciones en materia de competencia puedan impedir la contratación pública en cualquier Estado miembro.

En todo caso, es previsible que la posibilidad de apreciar una prohibición de contratar por sanciones impuestas por otras autoridades no españolas, de confirmarse, se encuentre con algunas dificultades prácticas. Para que la prohibición de contratar pueda apreciarse directamente por el órgano de contratación, la resolución sancionadora firme tiene que determinar el alcance y la duración de la prohibición. Es cuestionable que las autoridades nacionales de otros países tengan potestad para declarar una prohibición con efectos ante las entidades contratantes del sector público español. Además, la tipificación de las infracciones en materia de falseamiento de la competencia puede variar de un Estado a otro, y lo que en España se considera una infracción por falseamiento de la competencia puede no serlo en otro país, y al revés. En ese caso, lo primero que habría que plantearse es si la infracción sancionada en otro país encaja en el supuesto del artículo 60.1.b) del TRLCSP.

Más factible sería, sin embargo, que la Comisión determinara esos efectos en una eventual resolución sancionadora, pero, a la fecha, la normativa europea en materia de competencia no prevé la prohibición para contratar como una consecuencia de la infracción. Estas dificultades podrían relativizarse si, a la vista de una infracción grave, es el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas quien inicia el procedimiento para determinar el alcance y duración de la prohibición por este motivo. Esta declaración está prevista en el artículo 61 del TRLCSP para los casos en que la resolución sancionadora no determine el alcance y duración de la prohibición de contratar.

3 · APRECIACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR POR INFRACCIÓN EN MATERIA DE FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA

La competencia y procedimiento para apreciar la prohibición de contratar se regula en el artículo 61 del TRLCSP.

A diferencia de la norma anterior, con la nueva redacción del TRLCSP, la prohibición de contratar por infracciones administrativas es una *causa de*

apreciación directa por el órgano de contratación, siempre que la resolución sancionadora se pronuncie expresamente sobre el alcance y duración de la prohibición. Esta apreciación directa por el órgano de contratación estaba ya prevista anteriormente para los casos de condena por los delitos recogidos en el artículo 60.1.a) y se hace ahora extensiva también a las infracciones administrativas del apartado b) del mismo artículo.

Como consecuencia de esta modificación, las autoridades con competencia para sancionar por infracciones graves en materia de competencia pueden incluir en la resolución sancionadora la prohibición de contratar indicando su alcance y duración, en los términos a los que haremos referencia más adelante. El respeto a los derechos de defensa de las empresas sancionadas determina que, si la autoridad de competencia tiene intención de imponer esta prohibición en su resolución, debería incluirlo en su propuesta de resolución, de tal forma que las empresas tengan la ocasión de formular alegaciones al respecto. Si la resolución sancionadora indica el alcance y la duración de la prohibición, el órgano de contratación la apreciará de forma directa y automática. Esta apreciación conlleva la exclusión del licitador incurso en causa de prohibición de contratar del procedimiento de licitación.

En España, la declaración de una infracción de las normas de defensa de la competencia puede realizarse por la *Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia* («CNMC») y por las *autoridades autonómicas* de defensa de la competencia que han sido creadas en algunas comunidades autónomas (en relación con aquellas conductas que agotasen sus efectos en el ámbito territorial de la comunidad autónoma correspondiente). Por tanto, estas entidades son también competentes para declarar la existencia de una prohibición de contratar en sus resoluciones y delimitar su alcance y duración.

Para el caso de que la resolución sancionadora no contenga pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar, estos habrán de determinarse mediante procedimiento instruido al efecto que finalizará con resolución del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas. Mientras no exista esta resolución sobre el alcance y la duración de la prohibición, la prohibición no surtirá efectos y no podrá apreciarse directamente por el órgano de contratación. En el caso de que la entidad contratante no tenga el carácter de Administración pública en sentido estricto, la competencia para declarar el alcance y duración de la prohibición

corresponde al titular del departamento, presidente o director del organismo al que esté adscrito o del que dependa la entidad contratante al que corresponda su tutela o control. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que tenga el control o participación mayoritaria (artículo 61.4 del TRLCSP).

A la vista de estas previsiones, puede surgir la duda de si la prohibición de contratar concurre por el mero hecho de existir una sanción por infracción grave en materia de defensa de la competencia, o si, en todo caso, es necesario un pronunciamiento del órgano sancionador sobre la concurrencia de esta prohibición, aunque se posponga la determinación de su alcance y duración. La literalidad del artículo 60 del TRLCSP parece respaldar la primera interpretación: «no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley [...] las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: [...] b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional, de falseamiento de la competencia [...]». El tratamiento es ahora el mismo que el previsto para las condenas firmes por los delitos del apartado a) de ese artículo, lo que invita a hacer extensiva la interpretación generalizada existente para esos supuestos: aunque nada se diga en la sentencia correspondiente, y ahora en la resolución sancionadora, la *comisión y constatación en firme de la infracción administrativa grave conlleva la prohibición de contratar*, pero el órgano de contratación no podrá aplicarla mientras no se determine su alcance y duración.

Por tanto, exista o no en la resolución sancionadora un pronunciamiento expreso sobre la prohibición de contratar, la resolución sancionadora deberá remitir copia a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado para que inicie el procedimiento dirigido a determinar el alcance y duración de la prohibición. En todo caso, si el órgano sancionador no lo hiciera, el artículo 60.3 del TRLCSP prevé que si la Junta Consultiva tiene conocimiento de la existencia de la sanción, pueda solicitar copia al órgano sancionador para iniciar el procedimiento. Nada impediría que un eventual competidor pudiera poner en conocimiento de la Junta consultiva la existencia de la sanción administrativa para activar el procedimiento que termine con una prohibición de contratar eficaz. El procedimiento para determinar el alcance y duración de la prohibición no podrá iniciarse si hubieran transcurrido más de tres años desde la firmeza de la resolución sancionadora (debe entenderse la firmeza en vía jurisdiccional).

En cuanto al procedimiento en sí, el actual artículo 61 del TRLCSP se limita a señalar que la resolución corresponde al Ministro previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. El resto de aspectos del procedimiento se dejan al desarrollo reglamentario (artículo 61.5 del TRLCSP).

En la redacción vigente desaparecen las referencias al dolo o mala fe del empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos, que la anterior legislación establecía como parámetros para determinar el alcance y la duración de la prohibición. No obstante, mientras no se apruebe el reglamento que desarrolle el procedimiento para determinar el alcance y duración de la prohibición por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia en los nuevos términos del artículo 61 del TRLCSP, sigue siendo aplicable el artículo 19 del Real Decreto 1098/2011, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas («RGLCAP») en lo que no se oponga al TRLCSP. La conciliación del texto reglamentario y el nuevo artículo 61 del TRLCSP descarta que ahora resulte ya exigible un procedimiento *ad hoc*, diferenciado del sancionador, para que la autoridad de competencia declare la prohibición de contratar. No obstante, puede sostenerse la vigencia del artículo 19.3 del RGLCAP —que prevé la audiencia al empresario antes de remitir al Ministro la propuesta de resolución— y del artículo 19.4 del RGLCAP, que establece que el alcance y duración de la prohibición se determinará atendiendo, en su caso, a la existencia de dolo o manifiesto mala fe del empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos. Aun cuando el TRLCSP ya no contenga la referencia a estos parámetros moduladores del alcance de la prohibición, tampoco los contiene a otros, y nada obsta a que, en ausencia de desarrollo reglamentario específico, esos parámetros puedan seguir utilizándose por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

4 · EFICACIA Y EFECTOS DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR POR INFRACCIÓN EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La prohibición de contratar por infracción administrativa solo surge cuando la resolución sancionadora sea firme. Esta previsión no se ha modificado y, por tanto, sigue vigente el criterio de que la *firmeza ha de ser también en vía jurisdiccional*. En este senti-

do se pronunciaba ya el Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 18 de abril de 2002 sobre criterios interpretativos en la aplicación de la prohibición de contratar por infracción administrativa. Por tanto, mientras quepa algún recurso administrativo o judicial frente a la resolución de la autoridad de competencia que impone la sanción por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia, el órgano de contratación no podrá apreciar la prohibición, ni podrá iniciarse el procedimiento ante el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para determinar su duración y alcance.

En cuanto a sus efectos, solo surgen desde la fecha en que la resolución administrativa devino firme, siempre que el órgano sancionador hubiera determinado el alcance y duración, o bien desde su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, si la duración y alcance ha sido determinada por resolución del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas. Ahora bien, en caso de que sea necesario el procedimiento previo para la determinación del alcance y duración de la prohibición y, en consecuencia, la eficacia de la prohibición se posponga a la inscripción en el Registro, el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera adoptarse.

La duración de la prohibición será determinada caso por caso, pero no podrá exceder de *tres años* (artículo 60.6 del TRLCSP).

El alcance territorial de la prohibición vendrá determinado por la Administración sancionadora para el caso en que la resolución determine el alcance de la prohibición. En caso contrario, esto es, cuando el alcance y duración se determinen por el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, los efectos se extenderán a todo el sector público.

Sobre si la prohibición afecta únicamente a la empresa sancionada o puede extenderse a otras entidades relacionadas con ella, el criterio aplicable será el previsto en el artículo 60.3 del TRLCSP, que no ha sido modificado. De conformidad con este precepto, las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas.

En materia de efectos, debe hacerse una última mención a qué ocurre en el caso de las personas acogidas a un programa de clemencia de la CNMC. De acuerdo con la actual redacción del TRLCSP, de resultar sancionadas, una vez firme la sanción, estas entidades también estarán automáticamente incurso en prohibición de contratar, pudiendo iniciarse el procedimiento para la determinación del alcance y duración de la prohibición, aun cuando la resolución sancionadora no se hubiera pronunciado sobre ello. En su Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, de 16 de julio de 2015, la CNMC advirtió del riesgo para la efectividad del programa de clemencia que podría suponer la apreciación automática de la prohibición y pro-

ponía que se previese la posibilidad de que la CNMC pudiera modular esos efectos en el marco del programa de clemencia.

Hasta el momento, la autoridad de competencia aún no ha aplicado esta previsión en ninguna resolución. La prohibición solo podrá imponerse en procedimientos sancionadores iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma, el 22 de octubre de 2015. Será necesario esperar, por tanto, para confirmar la forma en la que la autoridad de competencia decide aplicar esta prohibición y poder valorar sus efectos prácticos.

RAQUEL LAPRESTA BIENZ Y ANA MARÍA SABIOTE ORTIZ*

* Abogadas del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).