

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aplica por primera vez la prohibición de contratar con el sector público por infracciones de la competencia

Blanca Lozano Cutanda

Catedrática de Derecho Administrativo

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

En una reciente resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), las sanciones impuestas a varias empresas por conductas contrarias a la competencia se acompañan, por vez primera, de la medida de prohibición de contratar con el sector público prevista en la Ley de Contratos del Sector Público.

En su Resolución de 14 de marzo del 2019, la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sanciona a diversas empresas por tres infracciones del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC), como consecuencia de acuerdos de reparto del mercado en licitaciones públicas, y algunas privadas, convocadas para la construcción, suministro, instalación y mantenimiento de sistemas de electrificación y de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias (expediente sancionador S/DC/0598/16, «Electrificación y electromecánica ferroviarias»).

La resolución tipifica los hechos como infracciones muy graves —según lo prescrito en el artículo 62.4a de la Ley de Defensa de la Competencia— y determina las sanciones pecuniarias correspondientes a cada una de las empresas responsables, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en las conductas infractoras; se imponen, asimismo, sanciones pecuniarias a los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que intervinieron en el acuerdo objeto de sanción.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Pero, además, y aquí radica la novedad de la resolución, se aplica por primera vez la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1b de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), que dispone que quedan sujetas a prohibición de contratar con las entidades que forman parte del sector público las personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materias que pongan en entredicho su integridad, como, entre otras, las de falseamiento de la competencia.

La resolución se adhiere a la doctrina jurisprudencial que considera que la prohibición de contratar no reviste naturaleza sancionadora. Se trata de una doctrina que, si bien no es pacífica, puede considerarse mayoritaria (*vide*, entre otras, las SSTS de 31 de mayo y de 1 de junio del 2007, recs. 9762/2004 y 11052/2004, citadas por abundante jurisprudencia de la Audiencia Nacional). Ahora bien, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia matiza, siguiendo también esta línea jurisprudencial, que, aunque no se trate de una sanción, la prohibición de contratar ha de reputarse, en todo caso, como un acto limitativo de derechos, por lo que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, deben aplicársele ciertos principios y garantías propios del procedimiento sancionador.

El carácter no sancionador de la prohibición de contratar parece justificar su imposición incluso a conductas colusorias de la competencia anteriores a la introducción de esta medida en nuestro ordenamiento, que tuvo lugar por medio de la disposición final novena de la Ley 40/2015 (que modificó los artículos 60 y 61 del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), cuya entrada en vigor se produjo el 22 de octubre del 2015. Pues bien, varias de las conductas anticompetitivas sancionadas comenzaron bastantes años antes de tal entrada en vigor de la prohibición de contratar, pero la resolución no se plantea acotar la retroactividad de la medida, limitándose a constatar que «la duración de la conducta ilícita se ha extendido más allá del 22 de octubre del 2015, sin perjuicio de la diferente participación de cada una de las empresas en dicha infracción».

La resolución declara excluidas de la prohibición de contratar a las empresas que se acogieron al programa de clemencia, de conformidad con la previsión contenida en el artículo 72.5 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Resulta destacable el que la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no determine la duración y el alcance de la prohibición de contratar; dicha determinación —dice— deberá llevarse a cabo «mediante procedimiento tramitado de acuerdo con el artículo 72.2 de la LCSP, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado». A tal efecto, acuerda remitir una certificación de la resolución a dicha junta y afirma que la Comisión podrá ser consultada o emitir informe «sobre las circunstancias concurrentes en el marco de dicho procedimiento que permitan graduar la duración y el alcance de la prohibición para cada uno de los sujetos afectados de acuerdo con su concreta participación».

Ha de tenerse en cuenta que, en todo caso, la prohibición de contratar no podrá exceder de tres años (art. 72.6 LCSP) y que el procedimiento para su determinación no podrá iniciarse

si hubieren transcurrido más de tres años desde la firmeza de la resolución sancionadora (art. 72.7 LCSP).

La decisión de remitir la determinación de la duración y el alcance de la prohibición de contratar a un procedimiento ulterior es objeto de crítica en el voto particular emitido por la consejera María Pilar Canedo, que considera que dicha prohibición es una más de las consecuencias sancionatorias de la conducta infractora, con un carácter disuasorio en muchas ocasiones incluso superior al de las multas. Por ello, afirma que debería ser la autoridad de la competencia quien determinara la duración y el alcance de la medida, por ser quien está en condiciones de garantizar el respeto a los derechos de defensa durante el procedimiento, atendiendo a la culpabilidad de los sujetos infractores y considerando la gravedad y el resto de las circunstancias de los hechos que justifican la medida.

Lo cierto es que el artículo 72.2 de la Ley de Contratos del Sector Público prevé tanto la posibilidad de que la resolución administrativa contenga un pronunciamiento expreso sobre la duración y el alcance de la prohibición de contratar como que remita su fijación a un procedimiento instruido al efecto (cuya competencia corresponde al Ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación del Estado). En el caso que nos ocupa, la opción por esta segunda alternativa podría venir reforzada por el hecho de que —como se reconoce en el voto discrepante— la Ley de Defensa de la Competencia, posiblemente por ser una norma previa a la Ley de Contratos del Sector Público, no contiene en el artículo 53 una referencia expresa a las prohibiciones de contratar, artículo que recoge el contenido que pueden incluir las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Interesa por último señalar que, conforme a la Ley de Contratos del Sector Público, para que la prohibición de contratar resulte aplicable es necesario que la resolución sancionadora sea firme, lo que incentivará sin duda a las empresas sancionadas a agotar los recursos contencioso-administrativos contra la resolución, primero ante la Audiencia Nacional y, en caso de ser desestimados, en vía de casación ante el Tribunal Supremo.