

Junio 2023
Departamento de Derecho Público

NOTA SOBRE LA COMUNICACIÓN CNMC Y LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR

Con la Comunicación 1/2023, de 13 de junio, sobre criterios para la determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, "**Comunicación CNMC**"), la Autoridad da un giro de timón a su práctica habitual hasta el momento.

Desde que, en el año 2015, se incorporara a nuestro sistema la prohibición de contratar derivada de la imposición de una sanción administrativa de carácter firme por "*falseamiento de la competencia*", la Ley siempre ha contemplado¹ la posibilidad de que fuera la propia resolución administrativa la que no sólo determinara o impusiera la declaración de prohibición de contratar, sino que delimitara sus contornos, fijando su duración y el alcance.

La CNMC siempre declinó ejercerla², optando por una *sui generis* fórmula consistente en que sus resoluciones sancionadoras incluía, una cláusula acordando "*remitir*" tales resoluciones a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado "*a los efectos oportunos*". La eficacia jurídica de esta "remisión" fue cuestionada ante los Tribunales que, en contra de las tesis defendidas por la propia CNMC, que llegó a negar su eficacia, reconocieron su naturaleza declarativa y ejecutiva, y han concedido medidas cautelares de suspensión.

La incertidumbre sobre los contornos materialmente sancionadores de una prohibición de contratar parece tocar a su fin, ahora que la CNMC ha decidido ejercer la competencia legalmente conferida y pasar a fijar el alcance y la duración, directamente, de la prohibición de contratar en sus resoluciones sancionadoras.

Se percibe que CNMC siente que ya hay un *corpus iuris* que propicia su intervención inmediata, aunque algunas cuestiones que califica como "pacíficas" disten de estarlo por pender de pronunciamientos jurisdiccionales (es el caso del problema de falta de tipicidad en materia sancionadora por referirse la Ley solo a infracciones graves).

Los criterios que, a modo de parámetro, se autoimpone en la Comunicación CNMC nos dan pistas y coordenadas sobre lo que cabe esperar, de ahora en adelante, en

¹ Art. 61.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, según redacción operada por la Disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, posteriormente derogada por la regulación más omnicompreensiva de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ("LCSP") reafirmó esta potestad (art 72.2).

² Resolución CNMC de 14 de marzo de 2019.- S/DC/0598/16 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÁNICA FERROVIARIAS

materia de la prohibición de contratar anudada a un falseamiento de la competencia reconocido y sancionado.

Con el mantra de la disuasión como razón de ser, muchos criterios son claramente deducibles de sus Resoluciones previas, como el papel agravante que se asigna a las colusiones en licitaciones públicas. Otras pautas albergan necesidades puestas de manifiesto por la experiencia sancionadora en casos de cárteles de sector o en mercados especiales (radiofármacos³); y, en general, reúnen el denominador común de ser pautas muy genéricamente definidas, necesitadas de una ardua tarea de concreción pretoriana por CNMC.

La experiencia en la motivación del cálculo de sanciones económicas nos enseña la imperiosa necesidad de que CNMC redoble sus esfuerzos argumentativos y explicativos para que los sancionados puedan cabalmente comprender los términos de las sanciones (antes multas, y ahora, también, materialmente, prohibiciones de contratar) que se les imponen, y en su caso defenderse, pero sobre todo, para que los operadores sujetos a regulación puedan ajustar su comportamiento a un escenario de predecibilidad, sin niveles tan elevados de anulaciones por los Tribunales como los que hasta ahora padecen las multas impuestas por CNMC.

Precisamente, en el capítulo de la futura concreción motivada y proporcionada a la que la Comunicación CNMC se remite en todo momento, resulta llamativo el papel que juega el mercado afectado en la delimitación del contorno de la prohibición de contratar: alcance de producto, alcance geográfico, etc. Ello obliga, en nuestra opinión, a que la CNMC deje de eludir la definición exacta del mercado relevante de producto en los procedimientos sancionadores y alcance niveles tan detallados de precisión como los que ahora aplica para definir los mercados relevantes en los análisis de concentraciones empresariales.

Resulta muy bienvenido, en nuestra opinión, que se fije un procedimiento de alegaciones en materia de prohibición de contratar, de carácter general, coincidente con las alegaciones a la Propuesta de Resolución que ahora *“podrá”* incluir propuesta de duración y alcance de la prohibición de contratar. Así como que se refuerce el mismo con una fase de alegaciones especial, sustanciada *ad hoc*, con una previsión expresa para que se puedan hacer valer en su seno los conocidos como programas de Compliance en Competencia, si es que las empresas no lo esgrimieron antes, todo con la finalidad siempre deseable de que la exoneración sea directa y originariamente contemplada por la propia resolución sancionadora, tal como ha sucedido, por ejemplo, con la primera -y hasta donde conocemos, única- vez en la Resolución CNMC de 11 de mayo de 2021, S/DC/0627/18. CONSULTORAS.

Además, en coherencia con lo previsto en la Ley⁴, se admite la virtualidad de programas de cumplimiento normativo adoptados en cualquier momento, e incluso después de impuesta la prohibición de contratar en la resolución sancionadora, a

³ Resolución CNMC de 24 de febrero de 2021, S/0644/18.- RADIOFÁRMACOS

⁴ Art. 72. 5 LCSP

través de un procedimiento ulterior que la Comunicación CNMC sólo menciona, refiriéndose a él como de revisión.

Se confirma, una vez más, el valor crucial que adquieren los programas específicos de cumplimiento normativo en materia de Derecho de Competencia como auténtico dique de contención y cortafuego de las prohibiciones de contratar derivadas, automáticamente, *ex lege*, de las resoluciones sancionadoras en materia de competencia, que se puedan imponer a las Compañías como consecuencia de conductas impropias de sus empleados y directivos.