

Prohibido contratar, nueva política de Competencia

José Manuel Sipos
y Pablo López

Recientemente, la CNMC ha hecho pública una resolución sancionadora en la que condena a 15 empresas al pago de multas que, en su conjunto, alcanzan los 118 millones de euros. Al parecer, las empresas participaron hasta en tres cárteles para repartirse durante años determinados concursos públicos convocados por Adif.

La resolución confirma las inicia-tivas ya adoptadas por la CNMC en sus últimos planes de actuación, y confirmadas en el de 2019, de con-centrar sus esfuerzos en perseguir los fraudes en las licitaciones públicas, e incluye, como novedad, la primera aplicación a las empresas sancionadas de la prohibición de contratar con cualquier entidad que forme parte del sector público por haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave por fal-

seamiento de la competencia. Este nuevo movimiento de la CNMC, largamente anunciado, plantea un nuevo escenario para las empresas que obtienen una parte relevante de su facturación de la contratación con las Administraciones Públicas. La CNMC ha considerado que la simple resolución sancionadora ya activa la prohibición de contratar, correspondiendo a la Administración competente (la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y el Ministro de Hacienda) únicamente fijar su alcance y duración.

Surgen muchas incertidumbres ahora sobre la aplicación práctica de esta prohibición. En primer lugar, la posibilidad de aplicarla o no con carácter retroactivo a las conductas que tuvieron lugar con anterioridad a la entrada en vigor de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia (octubre de 2015), lo que dependerá, en gran medida, de que se le considere o no como una sanción, ya que nuestra Constitución sólo prevé la irretroactividad para los supuestos de delitos, faltas o in-

fracción administrativa. Téngase en cuenta, además, que en textos legales anteriores existía una figura que pudiera ser semejante aunque con una redacción más difusa, y que nunca fue aplicada a infracciones de la normativa de competencia.

Un segundo aspecto de gran trascendencia se plantea sobre cuándo se entiende firme la resolución sancionadora, si agotada la vía administrativa (lo que se produce desde el mismo momento de dictar la resolución) o la judicial, lo que obligaría a esperar a que se agote la vía de los recursos judiciales para que pudiera aplicarse. Dicha distinción es relevante porque el sistema de recursos puede hacer que la firmeza judicial de una resolución de la CNMC no se produzca hasta transcurridos más de cinco años desde que se dictó, y que tras ésta se inicie

Junto con las sanciones a directivos, representa un elemento disuasorio de gran trascendencia

el procedimiento administrativo para determinar su alcance y duración, cuya resolución, además, podrá también ser objeto de recursos en vía judicial. Otra incertidumbre relevante consiste en conocer los elementos que van a tenerse en consideración por la Administración a la hora de determinar el alcance (¿afectará a todas las Administraciones Públicas y a todas las licitaciones o sólo a las relacionadas con las conductas ilícitas?) y duración de la prohibición (que la Ley fija en un máximo de tres años).

Circunstancias particulares

En la aplicación de dichos parámetros deberían razonablemente ponderar las circunstancias particulares que concurren en cada una de las empresas sancionadas. Además, habrá de responderse a situaciones en las que imponer dicha prohibición a la mayoría de las empresas que operan en el mercado dará lugar a una situación de monopolio u oligopolio del que, desde luego, la Administración contratante no parece que saldrá beneficiada.

Finalmente, resultará relevante conocer cómo aprecian la Administración y los tribunales la posibilidad contemplada en la Ley de Contratos del Sector Público de enervar la prohibición de contratar cuando la empresa incurso en dicha prohibición acredite el pago de la multa e indemnizaciones a la que haya sido condenada y adopte medidas apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones.

Uno de los mayores debates, y no sólo recientes, en el campo del Derecho de la Competencia lo constituye la búsqueda de medidas que disuadan de conductas contrarias a la libre competencia. La legislación y la práctica de las autoridades de Competencia inciden en esa búsqueda y, en este orden de cosas, no cabe duda que la prohibición de contratar, junto con medidas recientemente implementadas como las sanciones a directivos y facilitar el acceso a las compensaciones por daños, representan un elemento disuasorio adicional de gran trascendencia.

Socio y abogado de Broseta