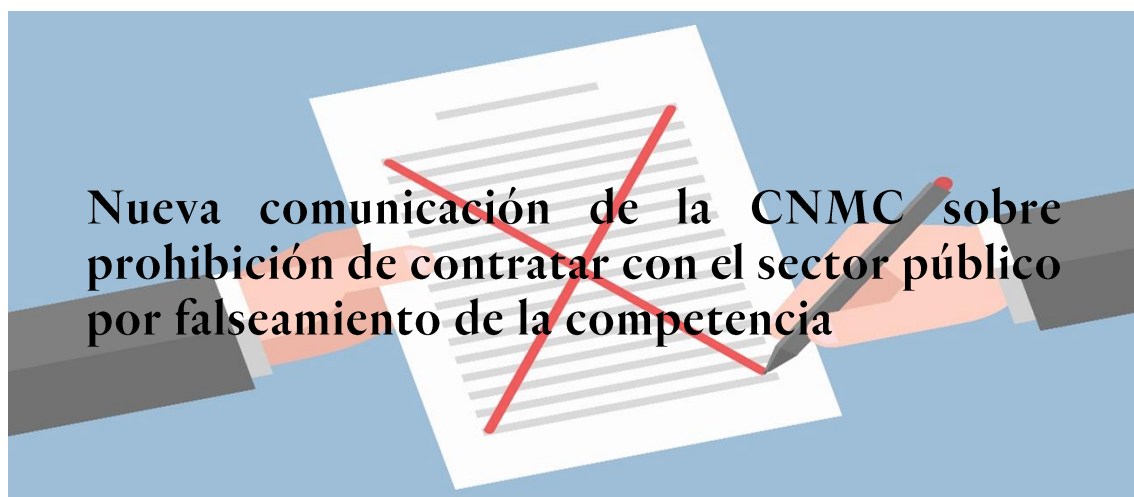


RocaJunyent Informa

Departamento Derecho de la Competencia

11 de julio de 2023



Con fecha **30 de junio de 2023**, se publicó en el **BOE** la **Comunicación de la CNMC 1/2023, de 13 de junio**, que permite a los interesados conocer los criterios generales que esta autoridad tendrá en cuenta para determinar, en cada caso, con qué alcance y duración concretas se aplicará la prohibición de contratar con el sector público derivada de infracciones de la normativa de defensa de la competencia (“la Comunicación”).

La **Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (“LCSP”)**, establece en su **artículo 71.1.b)** que aquellas personas sancionadas por infracciones graves (o muy graves, debe entenderse) en materia de falseamiento de la competencia no podrán contratar con las entidades del sector público.

Hasta ahora, la CNMC se limitaba a dar traslado de sus resoluciones sancionadoras a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para que esta determinase, en su caso, el alcance y duración concretas de dicha prohibición en un procedimiento

rocajunyent.com

RocaJunyent

Esta Alerta tiene un objetivo meramente informativo y no supone asesoramiento jurídico de ningún tipo

separado. El citado organismo no ha concretado, hasta la fecha, las condiciones de la citada prohibición de contratar, a la espera de la firmeza judicial de varias resoluciones sancionadoras que le han sido trasladadas por parte de la CNMC en los últimos años.

Sin embargo, la CNMC ha decidido dar un paso hacia delante con su última Comunicación y anuncia que empezará a pronunciarse expresamente, en sus propias decisiones, sobre el alcance y duración concretas de la prohibición de contratar derivada de infracciones de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (“LDC”), por considerarse la autoridad mejor posicionada al respecto. De este modo, las medidas adoptadas en las resoluciones de la CNMC al respecto surtirán efectos desde su firmeza y no tendrán que esperar a que se determine el alcance y duración concreta de dicha prohibición de contratar mediante un procedimiento instruido a efecto por ningún otro organismo público.

Concretamente, las resoluciones sancionadoras de la CNMC – y previamente, las propuestas de resolución - detallarán el alcance de la prohibición en términos de delimitación de las entidades afectadas y alcance geográfico, tipología de contratos afectados y su duración. A este respecto, la Comunicación ofrece orientaciones iniciales, pero también advierte que en cada caso concreto se atenderá a las circunstancias particulares del mismo (como la gravedad del caso, las actividades del infractor y del grupo de empresas al que pertenezca, el número de licitantes que pueden existir en cada mercado, etc.).

Más allá de los diversos puntos de la Comunicación que pueden merecer un análisis crítico, resulta sorprendente que no se excluya a las personas físicas del ámbito de aplicación subjetivo de la prohibición de contratar. Es decir, la CNMC no descarta que esta medida pueda afectar también a los “representantes legales o personas que integren los órganos directivos de las empresas sancionadas” por infringir la normativa de competencia de forma grave. Habrá que ver en qué se traduce esta posibilidad, en la práctica.

Por lo demás, la CNMC señala que los criterios publicados sobre la aplicación de la citada medida están principalmente enfocados a aumentar la seguridad jurídica de los administrados y a potenciar la implementación de programas de cumplimiento y cultura de la libre competencia en las empresas. Es más, en la Comunicación se recuerda que la implantación de un programa de *compliance* podrá servir para evitar que una empresa sancionada por la CNMC sea asimismo excluida de la contratación con la Administración. Dicho programa de *compliance* tendrá que ajustarse a los requisitos expuestos en la Guía de la CNMC sobre programas de cumplimiento, publicada en 2020.

En todo caso, cabe destacar que la CNMC no pretende aplicar este importante cambio de forma inmediata, pues anuncia expresamente que la Comunicación solamente se aplicará a los procedimientos sancionadores incoados con posterioridad a su publicación. Es decir, sólo cabe esperar la modificación de las resoluciones y propuestas de resolución en el sentido indicado en la Comunicación en aquellos

expedientes que se inicien formalmente con fecha posterior al 30 de junio de 2023 (fecha de publicación oficial de la Comunicación).

Teniendo en cuenta lo anterior, y tras la última reforma de la LDC, que amplía a 24 meses el plazo máximo de resolución de los expedientes sancionadores, tal vez debamos esperar más de uno o dos años hasta empezar a comprobar cómo la CNMC aplica los criterios anunciados en esta Comunicación.

Finalmente, y en relación con el objeto de esta Comunicación, merece la pena destacar que la Autoridad Catalana de Competencia (ACCO) ya asumió la facultad de determinar en sus propias resoluciones el alcance y la duración de la prohibición de contratar con la Administración, algo que hizo por primera vez en su expediente 94/2018 - *Licitaciones Servei Meteorològic de Catalunya*.

Frente a la resolución sancionadora dictada en este expediente, de 23 de diciembre de 2019, se interpuso por las entidades afectadas un recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de Cataluña por posible falta de competencia de la ACCO para imponer y detallar la prohibición de contratar en su propia resolución. El citado recurso ante el TSJ fue desestimado, lo que motivó el consiguiente recurso de casación ante el Tribunal Supremo, el cual está aún pendiente de resolver.

Por tanto, el debate jurídico sobre la facultad de las autoridades de competencia españolas para imponer una prohibición de contratar concreta con el sector público en sus propias resoluciones no se resolverá definitivamente hasta que el Tribunal Supremo se pronuncie de forma definitiva sobre esta cuestión. Otra opción es que eventualmente se modifique la LDC en el sentido de incluir una habilitación expresa en favor de las autoridades de defensa de la competencia a este respecto, algo que de momento no se ha hecho.

En el caso de que el Tribunal Supremo declarase que una autoridad española de competencia - estatal o autonómica - no es competente para pronunciarse sobre la determinación del alcance y duración de la prohibición de contratar prevista por la LCSP, la CNMC se vería obviamente obligada a modificar la Comunicación recién publicada para ajustarse a lo resuelto por el Tribunal Supremo.

Para más detalles puede consultarse [aquí](#) la comunicación publicada por la CNMC.