

Comunicación CNMC 1/2023 Prohibición de contratar Aspectos de interés CEFI 6 de octubre 2023

INTRODUCCIÓN

1. ¿Qué dice la Comunicación? En su condición de autoridad de defensa de la competencia, la CNMC sería competente para definir el alcance y duración de las prohibiciones para contratar que se deriven de sus resoluciones sancionadoras.
2. Basado en una interpretación dudosa del artículo 72 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de septiembre de 2022 que confirmaron las resoluciones sancionadoras de la Autoridad Catalana de Competencia que habían determinado el alcance y duración de las prohibiciones (hubo un voto particular de dos magistrados del TSJC; la Sala se compone de un total de cinco).
3. Este cambio de postura de la CNMC sigue la línea de autoridades regionales de la competencia, que venían determinando ellas mismas el alcance y la duración de la prohibición de contratar. Consejo de la Competencia de Andalucía, expediente S/07/2023, *Conservación de Carreteras 2*, de 21 de abril de 2023; Autoritat catalana de la Competència, expediente 108/2020, *CP Serveis Organització Esdeveniments*, del 21 de septiembre de 2022; Comisión Gallega de Competencia, expediente 5/2021, *Licitación Suministro USC*, de 30 de diciembre de 2021.
4. Nada de lo establecido en el Artículo 53 de la LDC (que detalla las Resoluciones que puede adoptar el Consejo de la CNMC); ni en los artículos 71 y 72 de la LCSP permite concluir que la CNMC esté facultada legalmente para aplicar la prohibición de contratar, al no habersele atribuido expresamente esta competencia.
5. ¿Por qué una comunicación cuando está pendiente que el TS decida sobre los recursos a las Sentencias del TSJ catalán? Recursos admitidos el 16 de marzo de 2023 para fijar doctrina casacional. En la práctica, la Comunicación no tendrá ningún efecto si el TS niega la competencia de la CNMC para determinar el alcance y la duración de la prohibición de contratar.
6. Hasta ahora: traslado a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. No habría PC hasta que culminara este procedimiento (Resoluciones de la CNMC en los expedientes S/0013/20, *Audax Renovables*; S/0012/19, *Chatarra y Acero*; o S/0021/20, *Obra Civil 2*).
7. Asimismo, el TS ha confirmado la posibilidad de obtener la suspensión cautelar de la prohibición de contratar (a través de la Sentencia del TS 1115/2021, de 14 de septiembre de 2021, lo que ha supuesto que la prohibición de contratar como resultado de una infracción del Derecho de la Competencia no haya tenido ningún efecto, en la práctica, hasta la fecha).

GENERALIDADES

Ámbito objetivo

8. Tanto infracciones graves como muy graves por falseamiento de la competencia.
9. La prohibición es aplicable también en casos que nada tengan que ver con la contratación pública (esto a diferencia de las autoridades regionales).
10. Las infracciones meramente procedimentales, carentes de aptitud para falsear la competencia, deberían quedar fuera del ámbito de aplicación objetivo de la prohibición de contratar. Entendemos que la CNMC se está refiriendo a infracciones graves como la ejecución de concentraciones sin autorización previa.

Ámbito subjetivo

11. Personas jurídicas y físicas (autónomos).

12. Podrá resultar de aplicación, a título individual, a las personas físicas que sean sancionadas, en virtud del artículo 63.2 LDC, por su condición de administradores o directivos de tales empresas infractoras
13. Pero, la Audiencia Nacional ya indicó respecto de la prohibición de contratar que la remisión a la Junta Consultiva únicamente debía de hacerse respecto de las empresas sancionadas y no respecto de las personas físicas también sancionadas bajo el art. 63.2 LDC

Ámbito temporal

14. No será posible imponer la prohibición a conductas cometidas antes del 22 de octubre de 2015, fecha de entrada en vigor de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia.
15. Cuando se aprecie la existencia de infracciones únicas y continuadas cuyo período de vigencia incluya momentos anteriores a la entrada en vigor de la norma, ello *"podrá ser tenid[o] en cuenta al fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar, formando parte de la evaluación de la proporcionalidad"* de la medida restrictiva impuesta.
16. ¿Cómo se aplica la prohibición de contratar en caso de sucesiones o reestructuraciones? Cuando el sancionado abandona el mercado afectado al vender su negocio, ¿arrastra la prohibición de contratar a aquellos otros mercados en que opere, o se deshace de ella? ¿Es el adquirente quien la absorbe, o simplemente deja de aplicarse?

CRITERIOS SOBRE ALCANCE Y DURACIÓN

17. La CNMC no se limitaría a manifestar que la PC se aplique de manera general y omnicomprensiva con todos los entes del sector público y en relación con toda su actividad empresarial.
18. Las principales referencias a la hora de delimitar el alcance de la prohibición de contratar serán el mercado geográfico y el mercado de producto o servicio (Resolución en el expediente S/0026/19, *Merck Sharp Dohme, S.A.*).
19. La Comunicación no excluye la posibilidad de extender sus efectos a otros ámbitos geográficos o de producto más amplios. Para ello, se tomará en cuenta *"el grado de implicación y vinculación activa de otras entidades del mismo grupo empresarial en las prácticas sancionadas, incluidas las matrices responsables de la infracción, lo que podría determinar que el alcance geográfico fuera superior al de la práctica concreta, por afectar o por tener su origen la conducta en órganos de decisión de esas otras entidades"*.
20. Inseguridad jurídica al considerar la posibilidad de extender la prohibición de contratar a otros mercados en los que operasen las matrices que se consideren responsables de la infracción. Independientemente de que la responsabilidad de la infracción se pueda extender a la matriz, la decisión acerca de la conducta se circunscribe a un mercado geográfico concreto, no a toda su actividad comercial.
21. Esto puede ser desproporcionado y discriminatorio hacia aquellas empresas presentes en varios mercados o empresas multiproducto. No tiene amparo en el artículo 71 LCSP.
22. La duración máxima de la prohibición de contratar es de tres años (art. 72.6 LCSP). No es automática su aplicación si la infracción ha durado más de tres años.
23. Duración condicionada a una regla de proporcionalidad determinada tanto por la calificación jurídica de la infracción (gravedad jurídica o formal) como por los efectos económicos en términos del volumen del mercado afectado por la infracción (gravedad económica o material).
24. Casos en que la Administración colabora en la creación o el mantenimiento de un acuerdo anticompetitivo.
25. La CNMC admite algunos de los parámetros propuestos por CEFI. En particular, añade que ciertos casos plantean *"grandes dificultades para su aplicación"*, v.gr., aquellos en los que hubiesen participado la mayoría de los operadores del mercado (artículo 1 de la LDC), o aquellos en los que concurra a la licitación pública un sujeto infractor según el artículo 1 de la LDC cuando fuese necesario por contar con experiencia o con activos especiales.

26. La Comunicación 1/2023 también menciona supuestos de abuso de posición de dominio por parte de un monopolista o las particularidades de algunos sectores, como puede ser el de la producción de medicamentos exclusivos. Así, la CNMC recuerda la Resolución sancionadora, de 14 de noviembre de 2022, que resolvió el Expediente S/0028/20 *Leadiant* en la que consideró que, a pesar de existir motivos para aplicar la PC en ese caso, era necesario anteponer el suministro del producto en España para no eliminar del mercado al único proveedor existente, pues ello generaría una situación de desabastecimiento.

DERECHOS DE DEFENSA

27. Será en la Propuesta de Resolución sancionadora donde la CNMC, en su caso, incluirá la propuesta de aplicación de la prohibición de contratar.
28. Las partes podrán realizar alegaciones en el plazo de 1 mes (prorrogable por la mitad del plazo inicial, esto es, un total de un mes y medio). Mismo plazo en el que las empresas debían presentar alegaciones a la PR que hasta ahora incluía los hechos probados, fundamentos jurídicos y la propuesta de sanción.
29. Plazos que, si bien han sido extendidos por el reciente cambio introducido en la LDC, siguen siendo limitados.

POSIBILIDAD DE EXENCIÓN Y REVISIÓN

30. Una exención de apreciación previa, automática para el beneficiario de exención por clemencia y con carácter potestativo para los beneficiarios de reducción de la multa por clemencia.
31. Una exención de apreciación posterior, en sede del trámite de audiencia, en el que se evaluarán las medidas y programas de cumplimiento incorporados en las empresas sancionadas. Dicho examen se llevará a cabo conforme a la Guía de la CNMC sobre los programas de cumplimiento normativo en relación con las normas de defensa de la competencia de 2020.
32. Dificultades prácticas, dado que deberán diseñarse e implementarse antes de la adopción de la propuesta de resolución. Por tanto, es posible que la CNMC utilice la capacidad de revisión de las prohibiciones para realizar la apreciación de este tipo de medidas con posterioridad a la resolución.

EFICACIA DE LA PROHIBICIÓN

33. La resolución de la CNMC en la que se fije la duración y alcance de la prohibición de contratar será ejecutiva desde su notificación desplegando sus correspondientes efectos, sin perjuicio de su eventual impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa y su eventual suspensión cautelar por la citada jurisdicción.
34. La inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público no será necesaria, por tanto, para que la prohibición devenga ejecutiva.

ENTRADA EN VIGOR

35. La CNMC solo aplicará estos nuevos criterios establecidos en la Comunicación a procedimientos incoados a partir del 23 de junio de 2023.
36. En los procedimientos sancionadores ya incoados por la CNMC, ésta seguirá remitiendo la determinación del alcance y la duración de la prohibición de contratar a la Junta Consultiva.