

EL PAPEL DE LA CNMC EN LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR POR FALSEAMIENTO DE COMPETENCIA

The role of the CNMC in applying the ground for exclusion of public procurement of infringers of competition law

Arturo Carrillo Parra

Técnico de la Asesoría Jurídica de la CNMC (). Universidad de Valladolid*

RESUMEN

Este trabajo reflexiona sobre el régimen jurídico de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia a propósito de que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha acordado por primera vez en 2019 remitir sus resoluciones sancionadoras a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE) para que esta fije su duración y alcance. Se defiende que, a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE, es importante primar su naturaleza preventiva sobre la sancionadora. Asimismo, se argumenta sobre la necesaria intervención de la CNMC en el procedimiento *ad hoc* frente a la JCCPE mediante la emisión de un informe que permita valorar la proporcionalidad de la prohibición de contratar con otros intereses públicos en juego y la concurrencia de los requisitos de exención de la prohibición de contratar previstos legalmente, en particular, la colaboración con la autoridad investigadora y las medidas correctoras de la infracción cometida.

ABSTRACT

This work reflects on the legal regime of the ground for exclusion of public procurement of infringers of competition law, since the Spanish Competition Authority (CNMC) has agreed to refer its resolutions to the Public Procurement Advisory Board (JCCPE) for the first time in 2019. It argues that, in light of the recent case law of the CJEU, the preventive nature prevails over its punitive nature. Likewise, the *ad hoc* procedure before the JCCPE requires the intervention of the CNMC by issuing a report that allows assessing the proportionality of the measure with other public interests at stake and the evaluation of the self-cleaning measures.

Palabras clave: Contratación pública, Política de competencia, Administraciones Públicas, Principio de proporcionalidad, Programas de cumplimiento.

Keywords: Public Procurement, exclusion grounds, competition policy, public administration, proportionality principle, self-cleaning.

* Las interpretaciones y conclusiones expresadas en este trabajo corresponden a su autor y no representan necesariamente la posición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

El artículo 71.1, apartado b), de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (**LCSP**) establece que no podrán contratar con el sector público quienes hayan sido sancionados con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia. El texto vigente entró en vigor el 22 de octubre de 2015, cuando la disposición final novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (**LRJSP**) modificó los artículos 60 y 61 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (**TRLCSP**).

Sin embargo, no ha sido hasta marzo de 2019 cuando la Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (**CNMC**) ha resuelto sobre la procedencia de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia en el expediente S/DC/0598/16 *Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias* (en adelante, expediente Electrificación) en el que se sancionaban tres infracciones constitutivas de cárteles con el objetivo de repartirse las licitaciones de infraestructura ferroviaria de ADIF¹.

La CNMC acordó remitir la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (**JCCPE**) para que esta fijara duración y alcance de la prohibición de contratar. Desde entonces, la misma remisión se ha acordado en tres expedientes más². No obstante, como consecuencia de los habituales recursos judiciales a las resoluciones de la CNMC, la apreciación por el organismo de su procedencia no ha implicado por el momento que las empresas dejen de contratar con las administraciones públicas, lo cual ha generado cierta sorpresa en la opinión pública³.

Conviene señalar desde el principio que se parte de que, con esta reciente práctica, la CNMC ha decidido no ser el órgano que fije la duración y alcance de la prohibición de contratar, sin perjuicio de que futuras reformas legales aclaren esta posibilidad.

Este punto de partida implica que se deba iniciar un procedimiento *ad hoc* al margen del expediente sancionador de la CNMC, previsto en los artículos 72.2, 72.3 y 72.5 de la LCSP, para que, mediante resolución de la Ministra de Hacienda, previa propuesta de la JCCPE, se fije la duración y alcance de la prohibición de contratar. Sería a partir de ese momento cuando los órganos de contratación podrían excluir a la empresa infractora de la normativa de competencia de una determinada licitación pública.

El objetivo perseguido es contribuir a interpretar el ambiguo régimen jurídico de la prohibición de contratar. Este trabajo elabora sobre las aportaciones realizadas por la doctrina española⁴ a la luz de las primeras resoluciones de la CNMC y la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (**TJUE**), con la pretensión de contribuir a aclarar algunos problemas ya clásicos que ha planteado la incardinación de esta figura en el Derecho de la competencia.

¹ Resolución de la CNMC, de 14 de marzo de 2019, en el expediente [S/DC/0598/16](#) *Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias*.

² Además del ya citado expediente Electrificación son: las Resoluciones de la CNMC, de 20 de junio de 2019, en el expediente [SAMUR/02/18](#) *Transporte Escolar Murcia*; de 1 de octubre de 2019, en el expediente [S/DC/0612/17](#) *Montaje y Mantenimiento Industrial* y de 13 de febrero de 2020, en el expediente [S/0626/18](#) *Radars Meteorológicos*.

³ Sirva como ejemplo el siguiente artículo del periódico eldiario.es: «*Las sanciones no impiden a la multinacional Indra llevarse otro contrato millonario con la Hacienda canaria*» disponible [aquí](#).

⁴ La más reciente: Alejandro Huergo Lora «La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia» *Revista española de derecho administrativo*, Nº 182, 2017, págs. 223-259; Sergio Baches Opi, «La prohibición de contratar con las administraciones públicas por infracciones del derecho de la competencia» *Revista de derecho mercantil*, Nº 309, 2018; Teresa Medina Arnáiz «*Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público*» *Revista de Estudios Locales*, nº 205, 2017, págs 156-173; Humberto Gosálbez Pequeño «Las prohibiciones para contratar» en Isabel Gallego Córcoles y Eduardo Gamer Casado (coord) «*Tratado de contratos del sector público*», 2018; Carlos Aymerich Cano «Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017» *Revista aragonesa de administración pública*, nº53, 2019, págs 306 a 343.

Los preceptos 71 a 73 de la LCSP ofrecen múltiples dudas interpretativas a la luz de la jurisprudencia tanto nacional como del TJUE. Además, dicha interpretación se complica por la lógica falta de previsión normativa de esta medida en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**) y se dificulta por la ausencia de desarrollo reglamentario de la LCSP.

Los artículos 71 a 73 de la LCSP son una transposición del artículo 57 de la vigente Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, **la Directiva de contratación pública**). Por consiguiente, este trabajo analiza las cuestiones más polémicas fijándose en el marco legal y jurisprudencial de la UE. Con ello, se argumentará sobre la naturaleza de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, su ámbito de aplicación material y subjetivo, los problemas derivados del principio de irretroactividad y la firmeza exigible a la resolución de la CNMC. Por último, se argumenta sobre cuál puede ser el rol de la autoridad de competencia en el procedimiento *ad hoc* ante la JCCPE.

I. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

La doctrina española se ha referido a la naturaleza de la prohibición de contratar destacando los dos efectos fundamentales de su imposición⁵.

Las prohibiciones de contratar en la LCSP se conciben, en primer lugar, como una medida que garantice la fiabilidad del operador económico que proteja el interés público en la contratación pública de las administraciones. En este sentido, la prohibición de contratar tendría una naturaleza preventiva para evitar que la administración pública contrate con quien ha visto mermada su integridad.

Por otra parte, la prohibición de contratar tiene una naturaleza ablativa o restrictiva de derechos, cuasisancionadora para el operador económico, que se ve incapacitado para participar en los procedimientos de contratación pública.

También ha destacado la doctrina que la jurisprudencia española no es concluyente sobre la naturaleza de las prohibiciones de contratar, si bien parece decantarse por su naturaleza preventiva⁶.

Se ha planteado que la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia se trate, por tanto, de una sanción administrativa que se impone además de la sanción pecuniaria a las empresas. Independientemente de ello, como medida restrictiva de derechos posee un carácter notoriamente disuasorio. Basado en su carácter disuasorio y sancionador, se ha llegado a interpretar que los artículos 71 a 73 de la LCSP permiten que la CNMC pueda declarar la prohibición de contratar y fijar su alcance y duración, sin necesidad de recurrir al procedimiento *ad hoc* ante la JCCPE⁷.

El Consejo de la CNMC, sin embargo, aunque reconoce la doble vertiente de la prohibición de contratar, se ha inclinado por destacar su condición como medida

⁵ *Idem*.

⁶ Huergo Lora y Aymerich Cano en nota al pie 4.

⁷ *Vid.* el voto particular de la Consejera de la CNMC, María Pilar Canedo Arrillaga, en el Expte. Electrificación, págs. 366 a 370. Al respecto, la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) ha fijado su duración y alcance en el expediente 94/2018 *Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña* amparada en el artículo 53.2.b) de la LDC por 18 meses y respecto a las licitaciones que tengan el mismo objeto que aquellas que constituyen la infracción sancionada y que sean convocadas por el Servicio Meteorológico de Cataluña.

preventiva para una correcta contratación con el sector público, sin que ello conlleve negar la observancia de determinados aspectos o principios propios del régimen sancionador⁸.

Esta perspectiva se considera adecuada teniendo en cuenta la jurisprudencia de la UE sobre los motivos de exclusión de las directivas de contratación pública, incidiendo todavía más en este hecho en la reciente jurisprudencia sobre el artículo 57.6 de la Directiva de contratación, traspuesto en España mediante el artículo 72.5 de la LCSP, que prevén un mecanismo de exención de la prohibición de contratar para los operadores económicos.

El artículo 57.6 de la Directiva de contratación introduce precisamente un mecanismo de medidas correctoras (medidas de *self-cleaning*) que permite al operador económico evitar la exclusión del procedimiento de contratación. El TJUE ha destacado que dicho artículo “pone de relieve la importancia conferida a la fiabilidad del operador económico”⁹. Con ello, el TJUE ha fallado que el Derecho de la UE se oponía a la normativa italiana en virtud de la cual la entidad adjudicadora debía automáticamente excluir al operador económico que había presentado una oferta cuando se constataba que concurría un motivo de exclusión en alguno de los subcontratistas.

La introducción de este artículo en la Directiva de contratación pública es fundamental para que el TJUE incline la balanza del lado de la naturaleza preventiva de la medida, pues en la interpretación del artículo 45 de la derogada Directiva 2004/18 a veces reconocía la naturaleza sancionadora del motivo de exclusión¹⁰.

Desde entonces, su posición es clara. En el asunto *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, en el que se ponía en cuestión si la subcontratación por un operador económico de una parte de las obras en el marco de un contrato público anterior, decidida sin la autorización del poder adjudicador y que dio lugar a la resolución de dicho contrato, constituiría una *deficiencia significativa o persistente* que justificara la exclusión del operador en un procedimiento de contratación pública posterior, el TJUE señala que “el establecimiento de una relación de confianza entre un poder adjudicador y el adjudicatario supone que el poder adjudicador de que se trate no está automáticamente vinculado por la apreciación formulada por otro poder adjudicador en el marco de un contrato público anterior a fin de que, en particular, pueda prestar especial atención al principio de proporcionalidad al aplicar las causas facultativas de exclusión”¹¹.

Una de las declaraciones más evidentes de la importancia que el TJUE da a la evaluación de la fiabilidad del operador económico y, con ello, a la naturaleza preventiva de la prohibición de contratar, se observa en los asuntos *Meca Srl* e *Idi Srl*. En ellos, el TJUE señala expresamente que “fue voluntad del legislador de la Unión encomendar al poder adjudicador —y solamente a él— la tarea de apreciar, en la fase de selección de los licitadores, si un candidato o un licitador debe quedar excluido de un procedimiento de licitación.”¹²

EL TJUE concluye que el Derecho de la UE se opone a que la facultad de apreciación de esta fiabilidad por parte del poder adjudicador quede en suspenso por el mero hecho de que una resolución de un contrato público anterior se impugne judicialmente y no se encuentre, por tanto, confirmada. Señala además que si el poder adjudicador debiera

⁸ Vid el fundamento de derecho séptimo del expediente Electrificación, apoyándose en la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2015.

⁹ STJUE, de 30 de enero de 2020, en el asunto C-395/18 *Tim*, par 49.

¹⁰ STJUE, de 14 de diciembre de 2016, en el asunto C-171/15 *Connexion Taxi Services BV*. No obstante, téngase en cuenta que en este caso el TJUE considera compatible con el Derecho de la UE la normativa neerlandesa que permite al poder adjudicador valorar la proporcionalidad de la sanción en su concreto procedimiento de adjudicación.

¹¹ STJUE, de 3 de octubre de 2019, en el asunto C-267/18 *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, par 27.

¹² STJUE, de 19 de junio de 2019, en el asunto C-41/18 *Meca*, par 34 y STJUE, de 20 de noviembre de 2019, en el asunto C-552/18 *Indaco Service*.

quedar vinculado automáticamente por la apreciación formulada por un tercero, probablemente le resultaría difícil prestar especial atención al principio de proporcionalidad al aplicar las causas facultativas de exclusión de un licitador¹³.

Por último, en una también reciente cuestión prejudicial planteada por una cámara de contratos alemana en el asunto *Vossloh Laeis*, el TJUE, además de exponer su perspectiva de la protección de los intereses de la administración pública a través de la valoración de la fiabilidad por el poder adjudicador, distingue las funciones de la autoridad investigadora de la práctica de la que emana el motivo de exclusión (la autoridad de competencia) y las de los poderes adjudicadores¹⁴:

“en situaciones [...] en las que existe un procedimiento específico regulado por el Derecho de la Unión o por el Derecho nacional para perseguir determinadas infracciones y en las que organismos particulares están encargados de efectuar investigaciones al respecto, el poder adjudicador debe basarse, en principio, en el marco de la apreciación de las pruebas presentadas, en el resultado de tal procedimiento.

En este contexto, procede tener en cuenta las funciones respectivas, por una parte, de los poderes adjudicadores y, por otra, de las autoridades investigadoras. Mientras que estas últimas están encargadas de determinar la responsabilidad de determinados actores por la comisión de una infracción de una norma, constatando con imparcialidad la realidad de los hechos que pueden constituir tal infracción, y de sancionar el comportamiento contrario a Derecho adoptado por esos actores, los poderes adjudicadores deben apreciar los riesgos a los que podrían verse expuestos al atribuir un contrato a un licitador de dudosa integridad o fiabilidad.

[...] el esclarecimiento de los hechos y de las circunstancias por las autoridades investigadoras, en el sentido del artículo 57, apartado 6, de la Directiva 2014/24, no tiene la misma finalidad que la que se persigue con el examen de la fiabilidad del operador económico que ha adoptado medidas de las previstas en esa disposición y que debe facilitar al poder adjudicador los elementos de prueba que permitan demostrar que dichas medidas son suficientes para ser admitido en el procedimiento de contratación”

Aunque los motivos de exclusión elevados en algunos de los casos mencionados no están relacionados con la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, resulta indudable la posición del TJUE sobre la naturaleza de la prohibición de contratar desde la entrada en vigor del artículo 57.6 de la Directiva de contratación pública. Aunque resulta difícil adaptar esta jurisprudencia a la regulación contenida en los artículos 71 a 73 de la LCSP, por estar prevista normalmente para un sistema descentralizado de apreciación del motivo de exclusión, hacer prevalecer la naturaleza preventiva o de medida de la fiabilidad del operador económico, de tal manera que un órgano especializado en contratación pública como la JCCPE sea quien la valore, parece un primer paso acertado.

Por otra parte, no se debe olvidar que la CNMC habitúa a aplicar directamente en sus expedientes sancionadores los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (**TFUE**), por lo que alinearse, en la medida de posible, con la concepción de esta institución sostenida en la jurisprudencia de la UE y de otros Estados miembros contribuye a una mayor homogeneidad de la política de competencia de la UE en su conjunto.

¹³ Ídem, par 32.

¹⁴ STJUE, de 24 de octubre de 2018, en el asunto C-124/17 *Vossloh Laeis*, par 25 a 27.

Esta concepción también resulta prudente teniendo en cuenta el principio *ne bis in idem*, ya que la prohibición de contratar se fijaría junto con una elevada sanción pecuniaria como las que se habitan a imponer por una infracción de la normativa de defensa de competencia.

La posibilidad de imponer una prohibición de contratar no se encuentra recogida en el régimen sancionador de la LDC y tampoco se incluye referencia alguna en el artículo 53 LDC que establece el contenido de las resoluciones de la CNMC, sin perjuicio de posibles reformas para su inclusión¹⁵. Es cierto que la LDC es una norma anterior a la LCSP y ese puede ser el motivo de la inexistencia de referencias a la prohibición de contratar, pero ello ofrece dudas sobre su aplicación simultánea junto a la sanción pecuniaria¹⁶.

Por tanto, se juzga prudente la postura de la CNMC, que permite a la Ministra de Hacienda a propuesta de la JCCPE, fijar duración y alcance de la prohibición de contratar, como órgano centralizado¹⁷ y representante de los intereses de los poderes adjudicadores en el sistema previsto en los artículos 71 a 73 de la LCSP, evaluando la proporcionalidad en relación con la fiabilidad de los operadores económicos infractores.

Sin embargo, la Audiencia Nacional en revisión de las resoluciones de la CNMC en las que se incluye la procedencia de la prohibición de contratar ha considerado suspender en trámite de medidas cautelares la remisión de la resolución sancionadora por la CNMC a la JCCPE al objeto de dar inicio al procedimiento *ad hoc*.

Con ello, la Audiencia Nacional ha reconocido ciertos efectos declarativos a la constatación de la procedencia de la prohibición de contratar por parte de la CNMC, sujetando el acto administrativo de remisión a otra autoridad administrativa, junto con el resto de la resolución sancionadora, a la revisión judicial, pese a que, de acuerdo con el artículo 73 de la LCSP, esta todavía no genera efectos. A la espera de una sentencia definitiva, más allá de los autos sobre las medidas cautelares, con ello, la Audiencia Nacional parece inclinarse por dar una mayor relevancia al elemento sancionador que al elemento preventivo.

Asimismo, teniendo en cuenta la ejecutividad de los actos administrativos derivada del artículo 103.1 de la Constitución y de la presunción de validez de los actos de la administración, cabe volver a mencionar que el TJUE en el reciente asunto *Meca*, antes citado, consideró contrario al Derecho de la UE que el poder adjudicador, es decir, una autoridad administrativa, tuviera que esperar a la confirmación de la resolución en tribunales para apreciar la fiabilidad del operador económico.

Cabe mencionar también que el TJUE, en el asunto *Impresa di Costruzioni Ing*, permite al poder adjudicador tomar en consideración sentencias que no han adquirido firmeza a los efectos de apreciar el motivo de exclusión¹⁸, algo que resulta sorprendente si no se concibe la prohibición de contratar como un mecanismo de protección del poder adjudicador frente a la merma en la integridad del operador económico.

¹⁵ En opinión del autor, el voto particular de la Consejera de la CNMC María Pilar Canedo Arrillaga en el expediente Electrificación, posteriormente tenido en cuenta por la ACCO para fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar, erróneamente atribuye al artículo 53.2, apartado b), concebido para los compromisos a imponer en los procedimientos de concentraciones (también sancionadores), una interpretación muy extensiva, teniendo en cuenta la naturaleza ablativa de derechos de la prohibición de contratar.

¹⁶ En este sentido, *vid*, Huergo Lora nota al pie 4.

¹⁷ Al respecto el considerando 102 de la Directiva de contratación pública permite a los Estados miembros decidir «si desean dejar que sean los poderes adjudicadores particulares los que realicen las evaluaciones pertinentes o si prefieren confiar dicho cometido a otras autoridades a un nivel centralizado o descentralizado». Ver también STJUE, de 15 de julio de 2010, en el asunto C-74/09 *Bâtiments et Ponts Construction SA*, par 55 a 57.

¹⁸ STJUE, de 20 de diciembre de 2017, en el asunto C-178/16 *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani and RTI Mantovani e Guerrato*.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR POR FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA

El artículo 71.1, apartado b), señala que no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la LCSP las “*personas*”, sin distinguir si son físicas o jurídicas, que hayan sido sancionadas con “*carácter firme*” por infracción “*grave*” de falseamiento de la competencia.

La prohibición de contratar por falseamiento de la competencia se encuentra en el apartado b) del artículo 71.1 junto con otras prohibiciones. Algunas tienen relación con la regulación económica como la infracción grave de “*disciplina de mercado*” o la de “*materia profesional que ponga en riesgo la integridad*”. Sin embargo, también se incluyen otras que nada tienen que ver con la regulación económica, como las infracciones por incumplimiento de la normativa de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad o las infracciones de extranjería, que obedecen a una finalidad de carácter público-social.

Por tanto, en el apartado b) del artículo 71.1 se incluyen una serie de infracciones cuyo nexo común es su naturaleza administrativa, que se contraponen a los delitos, merecedores de reproche penal, contenidos en el apartado a) del mismo artículo.

El artículo 71.1, apartado b), de la LCSP, se refiere a las infracciones graves. Es una cuestión pacífica que las infracciones catalogadas como muy graves en el artículo 62 de la LDC, entre las que se incluyen los cárteles, también puedan originar la prohibición de contratar. Así lo ha entendido la CNMC desde el primer momento al entender aplicable la prohibición de contratar en el expediente Electrificación para una conducta calificada como muy grave en la LDC. Una interpretación estricta del principio de legalidad llevaría al sinsentido de que infracciones menos gravosas desde el punto de vista de la normativa de competencia se expusieran a una de las medidas restrictivas de derechos más gravosas, mientras que los ilícitos anticompetitivos más perjudiciales escaparan a la prohibición de contratar¹⁹.

Para justificar dicha interpretación cabe recurrir a la jurisprudencia del TJUE sobre los motivos de exclusión²⁰. Asimismo, cabe recurrir a las prohibiciones de contratar que comparten apartado b) con la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia. Por ejemplo, para el caso de una prohibición de contratar por una infracción de extranjería, el artículo 71.1, apartado b), también prevé que sean graves. Sin embargo, entre las infracciones previstas en la ley de extranjería, se observa que algunas infracciones calificadas de muy graves son un tipo agravado de una infracción prevista a su vez como grave²¹.

Por deducción al absurdo, no resulta coherente plantearse que el legislador de la LCSP prefiera lo contrario al legislador de la normativa de extranjería. No hay, por analogía con el ámbito penal o con el ámbito administrativo sancionador, ninguna norma en el ordenamiento jurídico español que incentive la comisión de las infracciones más

¹⁹ Huergo Lora, *vid*, nota al pie 4, llega a la misma conclusión apoyándose en una interpretación histórica de la norma, pues las diferentes leyes reguladoras de la contratación pública en España hasta la LCAP de 1995 preveían las prohibiciones de contratar exclusivamente para las infracciones muy graves. De una interpretación histórica se puede considerar, por tanto, que la referencia expresa a las infracciones graves contenida en la actual LCSP pretende destacar como hizo la norma en 1995 que, a diferencia del régimen previo a 1995, se considera también para las graves. De esta manera la ley al referirse a las infracciones graves marca un corte hacia abajo y no hacia arriba.

²⁰ Por ejemplo, *vid*, el asunto *Vossloh Laeis*, en la nota al pie 15, en el que al derivar la prohibición de contratar de un cártel, habría sido calificado como infracción muy grave de acuerdo con la normativa española de defensa de la competencia.

²¹ Por ejemplo, el artículo 54.1 e) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social prevé un tipo agravado de la infracción grave consistente en la inscripción en el padrón municipal de un extranjero en una vivienda que no constituye su domicilio real, cuando esta se realiza con ánimo de lucro.

graves frente a las graves, pues ello supondría una vulneración flagrante del principio de proporcionalidad y pondría al legislador de contratación administrativa contra el propio objetivo de las normas de las que hace derivar la prohibición de contratar y que califican a unas infracciones como más graves que otras.

También se ha planteado que el hecho de que el artículo 57.4, apartado d), de la Directiva de contratación establezca como motivo de exclusión que *“el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia”* limita el ámbito de aplicación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia a las conductas colusorias o infractoras del artículo 1 de la LDC o 101 del TFUE²². Sin embargo, no se debe obviar que en la interpretación que el TJUE ha hecho del motivo de exclusión referido a una falta profesional grave, previsto en la actualidad en el artículo 57.4, apartado c), de la Directiva de contratación se incluyen también las infracciones de la normativa de competencia.

A estos efectos, el considerando 101 de la Directiva de contratación se refiere a *“infracciones de las normas sobre competencia”*, sin referirse específicamente a los acuerdos colusorios. Asimismo, el TJUE en el asunto *Generali* señala que es motivo de exclusión cualquier *“infracción contra las normas sobre competencia, especialmente si la infracción se ha sancionado con una multa”*²³. En este asunto, la infracción de la que emanó el motivo de exclusión fueron unos acuerdos verticales anticompetitivos, que se conciben como infracciones graves de acuerdo con la LDC.

Por otra parte, el artículo 57.4, apartado d), de la Directiva de contratación no incluye una referencia a acuerdos colusorios en el sentido del artículo 101 del TFUE, sino a acuerdos que puedan falsear la competencia. Serían pocos los casos en los que una empresa, por ejemplo, infractora del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE no llegue a algún acuerdo con otros operadores para abusar de su poder de mercado, lo que pudiera permitir ser incluida en ese concepto tan restrictivo del motivo de exclusión.

Por lo tanto, no cabe considerar que exista una limitación al tipo de conducta anticompetitiva sobre la que pueda recaer una prohibición de contratar, siempre que esta sea calificada, al menos, como grave por la LDC.

Asimismo, la LCSP no se refiere en ningún momento a que la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia exija que la conducta anticompetitiva tenga que estar relacionada con la contratación pública²⁴. Es la misma postura que ha adoptado la CNMC en el expediente S/DC/0612/17 *Montaje y Mantenimiento Industrial*, un caso de licitaciones privadas. En esta resolución, la CNMC también señala que para el resto de supuestos contenidos en el artículo 71.1, apartado b), de la LCSP, como, por ejemplo, sería el caso de las infracciones en materia laboral o social, no se exige ningún tipo de relación con la contratación pública.

Por otra parte, el principio de proporcionalidad también aconseja que la CNMC no conciba la prohibición de contratar de una manera indiscriminada. No hay que olvidar que la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia contribuye a reducir, o incluso eliminar, la competencia en el mercado. La prohibición de contratar aplicada a un monopolista o a la mayoría de empresas de un sector podría inhabilitar a la Administración Pública para adquirir los bienes y servicios necesarios para su funcionamiento.

²² Nicolás González-Deleito Domínguez «Reflexiones en torno a la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia: A propósito de las resoluciones de 14 de marzo de 2019 de la CNMC y de 10 de octubre de 2018 de la JJCP». *Actualidad Administrativa*, nº 6, junio 2019.

²³ STJUE, de 18 de diciembre de 2014, en el asunto C-470/13 *Generali*, par 35.

²⁴ En este mismo sentido, Huerga Lora, *vid*, nota al pie 5.

Sin embargo, como se defenderá más adelante, no se considera que le corresponda a la CNMC, como autoridad investigadora de la infracción de la que deriva la prohibición de contratar, el hecho de motivar sobre la proporcionalidad de su aplicación en la resolución sancionadora. Esta tendrá reflejo en su duración y alcance, pues, en analogía con el derecho administrativo sancionador, la proporcionalidad es un elemento que se valora al tener en cuenta el elemento volitivo y al cuantificar la sanción²⁵.

Respecto al ámbito de aplicación subjetivo, el artículo 71.3 LCSP prevé una cláusula antifraude que se refiere a la sucesión de empresas. El objetivo es que no se evite la aplicación de las prohibiciones de contratar a aquellas empresas de las que pueda presumirse que son continuación o que derivan de la empresa sujeta a la prohibición de contratar.

En el ámbito del Derecho de la competencia, a partir de la construcción jurisprudencial del concepto *empresa* y el principio de unidad económica, es habitual que en virtud del artículo 61.2 de la LDC se declare como responsables solidarios a las matrices de las empresas sancionadas²⁶. La jurisprudencia ha reconocido una presunción *iuris tantum* de influencia decisiva de la matriz cuando esta posee un porcentaje cercano al 100% del accionariado²⁷.

Sería relativamente sencillo para algunos grandes grupos empresariales esquivar la prohibición de contratar mediante la presentación de ofertas por parte de otra empresa nacional o extranjera dentro del mismo grupo.

La JCCPE se refirió a este asunto en el informe 25/09, de 1 de febrero de 2010, ante una consulta del Ayuntamiento de Albacete²⁸. En primer lugar, considera que las prohibiciones de contratar son personalísimas y se declaran respecto de la persona jurídica concreta, salvo que se presuma que la segunda sociedad cumple con los requisitos del artículo 71.3 de la LCSP, atendiendo a las circunstancias concretas del caso.

La JCCPE distingue dos situaciones. En primer lugar, cuando la segunda sociedad no incura en prohibición de contratar se hubiera constituido o incorporado al grupo *ex post*, se debe entender que esa persona jurídica es sucesora de la anterior. Al respecto, habría que valorar el objeto social de la segunda sociedad y los medios humanos y materiales de la sociedad incura en prohibición de contratar para no infringir el principio de libre competencia en los procedimientos de contratación pública.

En segundo lugar, se debe tener en cuenta el caso de aquellos grupos empresariales que disponen de otras personas jurídicas dedicadas a la misma actividad que la empresa sujeta a prohibición de contratar y que pudieran sustituirla en la licitación pública. Un ejemplo sería cuando se ha sancionado a la filial española, pero el grupo empresarial tiene una filial francesa equivalente.

En estos casos, se debe considerar que las personas que rigen la sociedad no sujeta a la prohibición de contratar no compartan miembros del órgano de administración con la otra sociedad, así como los accionistas directos e indirectos. Señala la JCCPE que:

"procederá valorar otras circunstancias tales como la fecha de incorporación al grupo de empresas al cual pertenece la empresa incura en prohibición de contratar. Si dicha fecha es posterior a la fecha de la resolución de la prohibición de contratar correspondiente, y si se dan otras circunstancias

²⁵ Sobre ello, las SSTS, de 1 de octubre de 2019, en relación con la cuestión de interés casacional relativa al artículo 63.2 de la LDC.

²⁶ Ídem.

²⁷ Sirvan como ejemplo la STJUE, de 29 de septiembre de 2011, en el asunto C-521/09-P *Elf Aquitaine* y SAN, de fecha 11 de febrero de 2013, *Veripack Embalajes*.

²⁸ En este sentido, *vid*, Baches Opi en nota al pie 4

tales como la identidad o similitud de objetos sociales o de medios humanos y materiales con la empresa incurso en prohibición de contratar, todo ello podría conducir a la conclusión de que la segunda sociedad es continuación o deriva de la primera”

Por este criterio, el carácter personalísimo de las prohibiciones de contratar implica que la única empresa afectada por la misma es la empresa infractora y sancionada por la CNMC. Las matrices, como responsables solidarias de su filial, no se verían afectadas por la misma, sin perjuicio de que el poder adjudicador pueda excluirlas, poniéndolo en conocimiento de la JCCPE, cuando considere que participan mediante una empresa del grupo que sea sucesión de la sujeta a prohibición de contratar. Su control, no obstante, parece difícil, salvo que los licitadores competidores lo pongan en conocimiento del órgano de contratación. Cabría plantearse si la conformidad de los licitadores con que no se excluyera de una determinada licitación a quien está sujeto a la prohibición de contratar sería un indicio de la presencia de acuerdos ilícitos de reparto de mercado.

III. CUESTIONES DERIVADAS DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

La CNMC ha reconocido la aplicación de algunos principios propios del régimen sancionador a la prohibición de contratar. Por ello, ha considerado que la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia no era aplicable para aquellas infracciones que habían finalizado con anterioridad al 22 de octubre de 2015, fecha de entrada en vigor de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia²⁹. Sin embargo, se ha planteado en la doctrina la posible aplicación retroactiva de la misma, dado que no se trata de una sanción³⁰.

Partiendo de esta concepción, es de mayor interés para la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia el hecho de qué ocurre con aquellas conductas que han dado comienzo con anterioridad al 22 de octubre de 2015 y han finalizado con posterioridad. La calificación de las conductas anticompetitivas en los expedientes de competencia habitúan a ser únicas y continuadas, extendiéndose su duración durante un periodo de tiempo determinado³¹.

En opinión del autor, esta circunstancia deberá ser tenida en cuenta por la JCCPE al fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar, formando parte de la evaluación de la proporcionalidad a la que posteriormente se hará referencia.

A partir de la entrada en vigor es, por tanto, cuando cualquier empresa que inicie o continúe una infracción única y continuada de la normativa de defensa de la competencia asume la consecuencia jurídica que el ordenamiento jurídico prevé para su conducta típica y antijurídica. Es en ese momento, por tanto, cuando la empresa infractora es negligente, incluso dolosa, respecto al extremo concreto de la prohibición de contratar al continuar con su participación en la conducta anticompetitiva.

El elemento volitivo es el que conduce a concluir que a partir del 22 de octubre de 2015 una empresa es perfecta conocedora de que su infracción única y continuada puede conllevar una prohibición de contratar. Una interpretación del principio de irretroactividad más restrictiva chocaría frontalmente contra el principio de culpabilidad que debe regir la potestad sancionadora de la administración pública, así como el principio básico de

²⁹ Resoluciones de la CNMC, de 6 de septiembre de 2016, en el expediente [S/DC/0544/14 Mudanzas Internacionales y](#), de 3 de diciembre de 2015, en el expediente [S/0481/13 Construcciones Modulares](#).

³⁰ Baches Opi en nota al pie 4.

³¹ Carmen M. Cerdá Martínez-Pujalte «5 años en revisión: la infracción única y continuada en el Derecho español de la competencia.» *Anuario de la Competencia 2018*. Fundación ICO. Págs 201 a 224

cualquier ordenamiento jurídico (y recogido en el artículo 6 del Código Civil) de que la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento (*ignorantia iuris non excusat*).

Con el mismo razonamiento, aquellas empresas para las que no se haya acreditado su participación en la infracción más allá de la entrada en vigor de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia no debieran generar la imposición de la misma. La CNMC ha comenzado a distinguir en sus resoluciones sancionadoras, con el objeto de informar a la JCCPE, aquellas empresas para las que la infracción única y continuada sancionada se extiende más allá del 22 de octubre de 2015³².

Por último, cabe referirse a un supuesto menos polémico en relación con el principio de retroactividad. El artículo 61.5 que entró en vigor el 22 de octubre de 2015 con la LRSJP, que modificó el TRLCSP, presenta una diferencia con el artículo 72.5 de la vigente LCSP. El artículo 61.5 del TRLCSP no incluye los requisitos que debe cumplir la empresa para eximirse de la prohibición de contratar, entre los que se incluye el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia.

La aplicación retroactiva de esta disposición no debe plantear un problema, pues permite librarse de la imposición de una medida restrictiva de derechos. Es un principio básico del ordenamiento jurídico la retroactividad de la norma más favorable al sancionado, derivado del artículo 9.3 de la Constitución española y recogido expresamente en el vigente artículo 26.2 de la LRJSP. Por ello, pese a la no identidad exacta de las dos normas, se debe entender por el principio de retroactividad de la norma más favorable que la vigente redacción del artículo 72.5 es de aplicación para aquellas empresas que finalicen su conducta anticompetitiva entre el 22 de octubre de 2015 y el 9 de marzo de 2018, fecha de entrada en vigor de la LCSP.

IV. FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN DE LA CNMC

El artículo 71.1, apartado b), de la LCSP establece que la sanción tiene que tener carácter firme. La doctrina abogaba por considerar que la firmeza a la que se refiere el artículo 71.1, apartado b), es jurisdiccional³³. El razonamiento es que al no añadir en vía administrativa debe entenderse que debe recaer sentencia firme para poderse iniciar el procedimiento ante la JCCPE. También esta era la interpretación de la JCCPE en el acuerdo de 18 de abril de 2002 sobre criterios interpretativos en la aplicación de la prohibición de contratar prevista en el apartado d) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, en el expediente 15/18, de 10 de octubre de 2018, sobre la firmeza de las resoluciones administrativas que dan causa a una prohibición de contratar, la JCCPE ha cambiado su criterio en atención al principio de ejecutividad de los actos administrativos recogido en los artículos 38 y 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (**LPAC**)³⁴.

Consecuentemente, los actos de la administración se presumen válidos desde que se dicten. Por ello, respecto a la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, la resolución del Consejo de la CNMC ante la que no cabe recurso, salvo en

³² Esta distinción no constaba expresamente en el fundamento de derecho dedicado a la prohibición de contratar en el primero de los expedientes, el expediente Electrificación, pero sí en el expediente Montaje y Mantenimiento Industrial.

³³ Huerga Lora y Baches Opi en nota al pie 4.

³⁴ Disponible [aquí](#).

vía contencioso-administrativa, puede dar comienzo al procedimiento *ad hoc* para fijar el alcance y duración de la prohibición de contratar ante la JCCPE.

Como se ha mencionado anteriormente, desde una perspectiva del poder adjudicador, esta parece ser también la posición de la jurisprudencia de la UE en los asuntos *Meca e Impresa di Costruzioni Ing*, antes citados³⁵.

No obstante, existe una excepción al principio de ejecutividad de los actos administrativos que se fundamenta en el acceso a la justicia cautelar como una exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución española. De esta manera, la suspensión por parte de la Audiencia Nacional de la remisión de la resolución sancionadora por parte de la CNMC a la JCCPE ha suspendido también el inicio del procedimiento *ad hoc*.

De lo anterior, también se deduce que en aquellos casos en los que la Audiencia Nacional no conceda la suspensión respecto a la prohibición de contratar o no sea solicitada por la empresa en su recurso contencioso-administrativo frente a la resolución sancionadora, la JCCPE deberá iniciar el procedimiento *ad hoc*. De lo contrario, al ser en este procedimiento en el que las empresas se pueden acoger a la exención de la prohibición de contratar prevista en el artículo 72.5 de la LCSP, se vulneraría la posibilidad de que la empresa elimine la incertidumbre sobre una hipotética exclusión de las licitaciones públicas, independientemente del resultado de su procedimiento contencioso-administrativo frente a la resolución sancionadora. Sin embargo, pese a las declaraciones públicas vertidas en diferentes foros sobre la constante comunicación entre la CNMC y la JCCPE a los efectos de informarse sobre la situación en los pleitos, no se conoce que la JCCPE haya dado inicio a ninguno de los procedimientos *ad hoc* hasta ahora.

V. LA CNMC Y EL PROCEDIMIENTO AD HOC

El primer párrafo del artículo 72.5 de la LCSP señala que, en los casos como el de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, en los que sea necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, el alcance y duración de esta se determinarán "*siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca*". Teniendo en cuenta que la disposición derogatoria de la LCSP derogó solo "*cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley*", el artículo 19 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, **Reglamento de Contratos Públicos**) se debe entender que continúa vigente, si bien con algunos matices³⁶.

El artículo 19 del Reglamento de Contratos Públicos establece el procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar, señalando que corresponde su incoación de oficio a la JCCPE³⁷. Consecuentemente, el procedimiento no se inicia con la remisión de testimonio o copia de la resolución por parte de la CNMC, debiendo la JCCPE incoar el procedimiento de oficio.

El artículo 19.1 del Reglamento de Contratos Públicos señala que para los supuestos entre los que procede encuadrar a la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia se remitirán "*las actuaciones seguidas mediante la tramitación del*

³⁵ Vid, notas al pie 14 y 18.

³⁶ Vid, también Huerga Lora y Aymerich Cano, en nota al pie 4.

³⁷ El primer párrafo del artículo 19.1 señala que "*corresponde a los órganos de contratación la iniciación del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar en los supuestos en que los hechos que la motivan se pongan de manifiesto con ocasión de la tramitación de un expediente de contratación. En los restantes supuestos corresponde la iniciación a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa o a los órganos que correspondan de las Comunidades Autónomas*".

*correspondiente expediente, en el que se cumplirá el trámite de audiencia, acompañando informe sobre las circunstancias concurrentes”*³⁸. Se añade que el trámite de audiencia debe reiterarse por la JCCPE.

Es debatible si con la remisión de la resolución sancionadora por parte de la CNMC se da cumplimiento al artículo 19 del Reglamento de Contratos Públicos. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la vigente redacción del artículo 72.3 de la LCSP solo exige una remisión de testimonio o copia de la resolución sancionadora.

Además, con el envío de la resolución sancionadora, la CNMC traslada a la JCCPE que en el procedimiento administrativo ha existido un trámite de audiencia sobre la procedencia de la prohibición de contratar, así como las actuaciones seguidas mediante la tramitación del expediente. Por otra parte, la CNMC también se pronuncia en la resolución sancionadora sobre la procedencia de declarar la prohibición de contratar para cada una de las empresas, excluyendo a aquellas que se han acogido al programa de clemencia y distinguiendo a las empresas cuya infracción no se ha extendido más allá del 22 de octubre de 2015.

Sin embargo, como se defiende a continuación, se considera que la CNMC deberá intervenir mediante la emisión de un informe en el procedimiento *ad hoc* para que la JCCPE pueda realizar su propuesta de resolución.

Cabe comenzar señalando que, de acuerdo con el artículo 19.4 del Reglamento de Contratos, el alcance y duración de la prohibición de contratar se determinará atendiendo a la existencia de dolo o manifiesta mala fe del empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos. Por tanto, en mi opinión, permitir a la JCCPE evaluar estas circunstancias debe considerarse el objetivo de la remisión a la que hace referencia el artículo 19.1.

Por ello, del artículo 19 del Reglamento de Contratos junto con que el artículo 72.3 de la LCSP se refiera exclusivamente a la remisión de testimonio o copia de la resolución, se puede concluir que la CNMC tiene que poner a disposición de la JCCPE los medios para realizar una primera aplicación del principio de proporcionalidad en relación con el elemento de culpabilidad en la conducta y con la entidad del daño causado a los intereses públicos. Esta primera aplicación del principio de proporcionalidad se manifestaría a través de la duración y alcance.

Por otra parte, a mi parecer, la razón de ser de que el legislador español estableciera un procedimiento *ad hoc* para la declaración de la prohibición de contratar va más allá de aplicar el principio de proporcionalidad en relación con la culpabilidad en la conducta y con la entidad del daño causado a los intereses públicos, como indica el artículo 19.4 del Reglamento de Contratos. Teniendo en cuenta que en este caso el interés público dañado es la competencia en los mercados, esta proporcionalidad sería mejor valorada por la autoridad de competencia.

Por tanto, el motivo de la inclusión de este procedimiento *ad hoc* parece estar más relacionado con la ponderación de la merma en la integridad del operador económico, causada por ese daño a los intereses públicos, con las necesidades de suministro de la Administración Pública. Esta segunda aplicación del principio de proporcionalidad, para lo que es necesario concebir a la prohibición de contratar como una medida preventiva y de

³⁸ Sobre este artículo la JCCPE se pronunció en el Acuerdo de 18 de abril de 2002 sobre criterios interpretativos en la aplicación de la prohibición de contratar prevista en la apartado d) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Señala que debe existir un trámite de audiencia previo ante el órgano sancionador sobre la procedencia de la prohibición de contratar, así como un informe sobre las circunstancias concurrentes a los efectos de que la JCCPE aprecie el dolo o mala fe y la entidad del daño causado por la infractora.

protección de los intereses públicos que pueda ser eximida, corresponde a los órganos de contratación o, en un sistema centralizado como el español, a la JCCPE. De conformidad con la jurisprudencia del TJUE, son los poderes adjudicadores quienes finalmente deben decidir sobre si la fiabilidad del operador es suficiente para participar en la licitación³⁹.

Como ha señalado el TJUE, la consideración del mecanismo de exención es un reflejo de la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad⁴⁰. No cabe una presunción *iuris et de iure* de exclusión, como sucede en España con el carácter automático de la apreciación por los órganos de contratación, sin que los poderes adjudicadores puedan ponderar la conducta infractora con la fiabilidad individualizada del operador económico a través de la evaluación de los requisitos previstos para su exención⁴¹.

Esta segunda ponderación o aplicación del principio de proporcionalidad en relación con la necesidad de suministro de la Administración Pública justifica precisamente la existencia del mecanismo de exención de la prohibición de contratar y, por tanto, es congruente con la inclusión del artículo 72.5 de la LCSP.

En primer lugar, en el artículo 72.5 de la LCSP, se menciona que, para acogerse al mecanismo de exención, las personas deben estar "*incurso(s) en la causa de prohibición*" y han tenido que ser "*declaradas responsables del pago de la misma [la multa] en la citada sentencia o resolución*". Estas referencias atestiguan que era voluntad del legislador trasladar el análisis de los requisitos para la exención a un momento posterior al de la resolución sancionadora, siendo, por ello, el procedimiento *ad hoc* el momento adecuado para su observancia.

Además, en estos casos "*no procederá [...] declarar*" la prohibición de contratar, por lo que el legislador no pretendió una situación en la que la prohibición de contratar fuera efectiva hasta que se acreditaran los requisitos de la exención. Teniendo en cuenta el carácter automático en la apreciación de la prohibición de contratar por parte de los órganos de contratación en España una vez esta se ha declarado, el procedimiento *ad hoc* parece el único instrumento procesal para que la exención prevista en el artículo 72.5 se aprecie con posterioridad a la resolución sancionadora y con anterioridad a su declaración y producción de efectos.

Consecuentemente, no se considera que el legislador haya pretendido que la JCCPE evalúe la proporcionalidad de la prohibición de contratar mediante la fijación de su duración y alcance y pondere la medida en relación con las necesidades de suministro de las administraciones públicas atendiendo exclusivamente al contenido de la resolución de la CNMC. Esto obliga a que la CNMC participe en el procedimiento *ad hoc* mediante informe que permita a la JCCPE elaborar su propuesta de resolución.

En mi opinión y atendiendo a las dos aplicaciones del principio de proporcionalidad a las que se han hecho referencia, el contenido del informe de la CNMC debe centrarse en dos apartados.

En primer lugar, la CNMC debe informar sobre si la empresa se ve afectada por la prohibición de contratar en atención a la extensión de su conducta más allá del 22 de octubre de 2015. Asimismo, deberá referirse al distinto, si es el caso, grado de responsabilidad y daño causado a los intereses públicos por la empresa infractora, a partir de lo consignado en su resolución sancionadora y del resultado de la revisión judicial. Con

³⁹ STJUE, de 19 de junio de 2019, en el asunto C-41/18 *Meca*, par 34 y STJUE, de 24 de octubre de 2018, en el asunto C-124/17 *Vossloh Laeis*, par 25 a 27 «*los poderes adjudicadores deben apreciar los riesgos a los que podrían verse expuestos al atribuir un contrato a un licitador de dudosa integridad o fiabilidad.*»

⁴⁰ STJUE, de 30 de enero de 2020, en el asunto C-395/18 *Tim*, par 49.

⁴¹ STJUE, de 19 de junio de 2019, en el asunto C-41/18 *Meca*, par 32.

ello, la JCCPE podría fijar duración y alcance en función de los criterios previstos en el artículo 19.4 del Reglamento de Contratos.

En segundo lugar, la CNMC deberá pronunciarse sobre si la empresa cumple con los requisitos para la exención mediante el artículo 72.5 de la LCSP para que sean valorados por la JCCPE. Para ello, deberá reiterar aquellas empresas que se han acogido al programa de clemencia. Tampoco plantea mayor debate que confirme si la empresa ha pagado o se ha comprometido a pagar la multa impuesta.

Sin embargo, conviene señalar que en la transposición del artículo 57.6 de la Directiva de contratación pública mediante el artículo 72.5 de la LCSP, el legislador español no transcribió literalmente la norma de la UE que incluye entre los requisitos para la exención que la empresa infractora deberá demostrar que *“ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras”*⁴².

La referencia del artículo 72.5 de la LCSP a acogerse al programa de clemencia, aunque se asimile a las medidas técnicas, organizativas y de personal sin ser ni técnica, ni organizativa, ni de personal, es un claro ejemplo en el que la empresa contribuye a aclarar los hechos y colaborar con la CNMC. El TJUE se ha pronunciado expresamente por considerar que el programa de clemencia es un ejemplo del elemento de colaboración con la autoridad investigadora que exige la Directiva de contratación en el artículo 57.6⁴³. Cabe preguntarse, sin embargo, si la CNMC puede informar a la JCCPE de otros tipos de colaboración que la empresa haya llevado a cabo durante el procedimiento administrativo y la revisión judicial, por ejemplo, el reconocimiento de los hechos, aunque la empresa ponga en cuestión su calificación jurídica o la proporcionalidad de la multa impuesta.

Por otro lado, cabe plantearse si interpretar que la única colaboración con la autoridad investigadora merecedora de exención sea el programa de clemencia pueda ser contrario al artículo 57.6 de la Directiva de contratación o, por el contrario, entra dentro del margen de apreciación de los Estados miembros⁴⁴. Eximirse exclusivamente a través del programa de clemencia solo sería admisible para la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, haciendo el requisito de colaboración previsto en el artículo 57.6 de la Directiva de contratación inútil para el resto de prohibiciones de contratar previstas en la LCSP. Asimismo, nada impide una interpretación a la luz de la Directiva de contratación pública que abra la posibilidad de que otros grados de colaboración con la autoridad de competencia también permitan acogerse a la exención de la prohibición de contratar, si bien, por la literalidad del artículo 57.6 de la Directiva

⁴² La STJUE, de 24 de octubre de 2018, en el asunto C-124/17 *Vossloh Laeis*, par 20, incide en el hecho de que para demostrar su fiabilidad el operador económico deberá demostrar que ha aclarado totalmente los hechos y circunstancias, colaborando activamente con las autoridades investigadoras. Las conclusiones del AG Campos Sánchez-Bordona en este mismo asunto también defienden esta interpretación, incluso en términos más estrictos en el par 41: *« La fiabilidad a la que alude el precepto [el artículo 57.6 de la Directiva de contratación pública] es una cualidad para cuya apreciación el poder adjudicador ha de seguir, forzosamente, las pautas que contiene el párrafo segundo del mismo apartado 6. Solo podrá darla por acreditada si el operador económico: a) ha pagado —o se ha comprometido a pagar— la indemnización adecuada al daño causado por la infracción que originó su exclusión; b) ha aclarado de manera exhaustiva los hechos y las circunstancias; y c) ha adoptado medidas (técnicas, organizativas y de personal) concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones. »*

⁴³ La STJUE, de 24 de octubre de 2018, en el asunto C-124/17 *Vossloh Laeis*, par 31, se refiere claramente a que acogerse al programa de clemencia constata el cumplimiento del requisito de aclaración de los hechos y colaboración con la autoridad investigadora a los efectos del artículo 57.6 de la Directiva de contratación. Asimismo, señala que es solo una de las posibilidades: *« procede señalar que, en principio, la transmisión al poder adjudicador de la resolución en la que se constata la infracción de las normas sobre competencia cometida por el licitador, pero en la que se le aplica una norma de clemencia por haber cooperado con la Autoridad de Defensa de la Competencia, debe bastar para demostrar al poder adjudicador que dicho operador económico ha aclarado de manera exhaustiva los hechos y circunstancias colaborando con dicha autoridad, lo que, no obstante, corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente »*.

⁴⁴ Véase el artículo 57.7 de la Directiva de contratación y la STJUE, de 30 de enero de 2020, en el asunto C-395/18 *Tim*, par 34 y jurisprudencia citada.

de Contratación parece deberán estar asociados a un reconocimiento del elemento fáctico de la infracción durante el procedimiento administrativo y su revisión judicial.

Asimismo, la CNMC también deberá valorar entre los requisitos del artículo 72.5 la adopción de “medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas”.

La Directiva de contratación pública señala en el considerando 102, respecto a estas medidas:

“podría tratarse de medidas que afecten al personal y la organización, como la ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones que participaran en las conductas ilícitas, medidas adecuadas de reorganización del personal, implantación de sistemas de información y control, creación de una estructura de auditoría interna para supervisar el cumplimiento y adopción de normas internas de responsabilidad e indemnización. [...]se debe dejar a los Estados miembros que determinen las condiciones exactas de fondo y de procedimiento aplicables en dichos casos.”

La redacción del artículo 72.5 de la LCSP sitúa la idoneidad de esas medidas en relación con que se evite la comisión de futuras infracciones administrativas. Con ello, en opinión de este trabajo, el legislador español pretendía que dichas medidas correctoras eviten la comisión de infracciones como la que se ha cometido. Asimismo, el artículo 57.6 de la Directiva de contratación señala que “*las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción*”. Consecuentemente, en el caso de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, dichas medidas deberán ser apropiadas para evitar la comisión de infracciones de la normativa de defensa de la competencia, lo cual, sin duda, exige su evaluación por parte de la autoridad de defensa de la competencia.

No es objetivo de este trabajo elaborar los criterios de un buen programa de cumplimiento o *compliance*, que permitieran valerse del requisito previsto en el artículo 72.5 de la LCSP. No obstante, la CNMC recientemente ha lanzado a consulta pública un borrador de guía sobre programas de cumplimiento, que parece, entre otros, tener precisamente ese objetivo⁴⁵.

En conclusión, en el informe que debe permitir a la JCCPE aplicar adecuadamente el principio de proporcionalidad para la fijación de la duración y alcance de la prohibición de contratar y la ponderación de la medida en relación con las necesidades de suministro de la administración pública, la CNMC debe pronunciarse sobre las empresas a las que le será aplicable, su grado de responsabilidad en la conducta y el daño causado a los intereses públicos, así como los requisitos de exención previstos en el artículo 72.5, en particular, el grado de colaboración de la empresa con la autoridad investigadora y la idoneidad de las medidas correctoras aplicadas por la empresa para eliminar el riesgo de comisión de nuevas infracciones de la normativa de defensa de la competencia.

VI. CONCLUSIONES

En este trabajo, se ha defendido que, a la luz del Derecho de la UE y pese a la doble naturaleza que se predica de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, es importante primar su naturaleza preventiva, como medida que debe valorar la merma de integridad del operador económico atendiendo al principio de proporcionalidad en relación con los intereses públicos en juego. Por ello, se ha valorado

⁴⁵ El texto está disponible en [este enlace](#).

positivamente la remisión por parte de la CNMC a un procedimiento *ad hoc* frente a la JCCPE, que permita llevar a cabo la ponderación necesaria.

Asimismo, se ha defendido que el ámbito de aplicación de la prohibición de contratar es amplio, no estando limitado a las conductas anticompetitivas que infringen el artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE, ni a conductas que tengan que estar relacionadas con la contratación administrativa. No obstante, la infracción deberá ser calificada, al menos, como grave por parte de la LDC.

El amplio ámbito de aplicación se ve limitado por la aplicación de determinados principios propios del régimen sancionador, entre los que se encuentra el principio de irretroactividad. Sin embargo, se ha defendido la vigencia de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia para aquellas infracciones de carácter continuado que se han extendido más allá del 22 de octubre de 2015, fecha de entrada en vigor de la medida en su supuesto de "*falseamiento de la competencia*", en atención al principio de culpabilidad que debe regir la potestad sancionadora de la administración.

Por último, se ha defendido la necesaria intervención de la CNMC en el procedimiento *ad hoc* frente a la JCCPE mediante la emisión de un informe que permita valorar la proporcionalidad de la prohibición de contratar con otros intereses públicos en juego. El contenido de ese informe deberá pronunciarse sobre las empresas afectadas por la prohibición de contratar, sobre su grado de responsabilidad y entidad del daño causado a los intereses públicos y sobre la concurrencia de los requisitos de exención de la prohibición de contratar previstos en el artículo 72.5, en particular, sobre la colaboración con la autoridad investigadora y las medidas correctoras de la infracción cometida.

