

Antitrust Update: Monográfico sobre prohibición de contratar

En la presente edición analizamos la Resolución de la CNMC de 14 de marzo de 2019 en el expediente S/DC/0598/2016, *Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias*, en la que se activa por primera vez el mecanismo para aplicar la prohibición de contratar en nuestro país.

Introducción

Que las empresas deben tomar muy en serio el Derecho de la Competencia –más aún cuando se plantean participar en licitaciones públicas– ha vuelto a ponerse de manifiesto en la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia ("CNMC") del pasado 14 de marzo de 2019, en el expediente [S/DC/0598/2016, *Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias*](#) (la "**Resolución de 14 de marzo de 2019**") en la que la CNMC, no sólo ha impuesto sanciones por un importe de 118 millones de euros a un total de 15 empresas y de 666.000 euros a 14 directivos sino que, además, por primera vez, ha activado el mecanismo para aplicar la prohibición de contratar con la Administración a empresas sancionadas por una infracción muy grave en materia de falseamiento de la competencia.

Antecedentes

La Resolución de 14 de marzo de 2019 tuvo su origen en una solicitud de clemencia formulada por Alstom, seguida de una solicitud de reducción de multa de Siemens, empresas que, por otro lado, han sido recientemente protagonistas de un frustrado intento de fusión, finalmente prohibido por la Comisión Europea.

Gracias a estos chivatazos, la CNMC realizó inspecciones en las que obtuvo documentación para acreditar la comisión de varias infracciones de los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE") en mercados relacionados con determinadas infraestructuras ferroviarias. En particular, se consideró la existencia de tres cárteles para repartirse las licitaciones públicas convocadas por ADIF en: (i) el mercado de mantenimiento de sistemas de electrificación en líneas de tren convencional; (ii) en el mercado de construcción, instalación, suministro y mantenimiento de sistemas de

electrificación en líneas de alta velocidad; así como (iii) en el mercado de la construcción, instalación, suministro y mantenimiento de equipos electromecánicos en líneas ferroviarias de alta velocidad. De acuerdo con la Resolución de 14 de marzo de 2019, los cárteles, cuya duración se habría prolongado, en mayor o menor medida, unos 14 años, se articulaban principalmente a través: (i) del recurso a ofertas de cobertura que simulaban una concurrencia competitiva en las licitaciones; (ii) el uso de fraudulento de la figura de la UTE; y (iii) el recurso a subcontrataciones y a sistemas de compensación.

La Resolución de 14 de marzo de 2019 plantea interesantes cuestiones, como las relativas a la responsabilidad de los directivos de las empresas que cometen infracciones de Derecho de la Competencia, el test aplicable en el análisis de las UTEs, o el valor probatorio de documentos internos de un solicitante de clemencia utilizados como única o principal fuente de prueba de cargo frente a otra empresa. El presente comentario se centra, sin embargo, en el aspecto más novedoso de la referida Resolución: la activación de la prohibición de contratar.

Normativa aplicable

La prohibición de contratar se regula como uno de los motivos de exclusión facultativos previstos en el artículo 57.4 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública ("**Directiva 2014/24**") en virtud del cual los Estados pueden incluir en sus legislaciones la exclusión de una empresa, entre otros supuestos, "*d) cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros*

[Miguel Odriozola](#)
[Begoña Barrantes](#)
[Belén Irissarry](#)
[Clara Alcaraz](#)
[Ana Latorre](#)
[Diego Doménech](#)
[Clara Iglesias](#)
[Ignacio Oltra](#)
[Aida Moreu](#)

operadores económicos destinados a falsear la competencia".

La transposición de esta previsión a nuestro derecho interno se ha llevado a cabo por el artículo 71.1.b) de la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que establece una prohibición de contratar a las personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave de falseamiento de la competencia. El legislador español, por tanto, ha ido más allá de la Directiva, introduciendo una prohibición de contratar imperativa y no potestativa. Sin embargo, también se escoge un campo de aplicación más reducido, contemplando la exclusión por sanción firme, y no por indicios.

Esta prohibición de contratar había sido originariamente introducida con idéntica redacción en el ordenamiento jurídico español a través de la Disposición Final Novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que modificó los artículos 60, 61 y 61 bis del entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y cuya entrada en vigor tuvo lugar el 22 de octubre de 2015.

En definitiva, desde el pasado 22 de octubre de 2015 existe una nueva prohibición de contratar que sustituye la antigua equiparable, consistente en la infracción grave en materia de disciplina de mercado, que en la práctica nunca había sido aplicada.

El procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar se encuentra recogido en el artículo 72 LCSP, que contempla dos posibilidades:

- Si la resolución de la CNMC y/o autoridad autonómica (o la sentencia firme que las confirmen) se pronuncia expresamente sobre el alcance y la duración de la prohibición de contratar, el órgano de contratación puede apreciar directamente la prohibición de contratar.
- Si la resolución de la CNMC y/o autoridad autonómica (o la sentencia firme que las confirmen) no se pronuncia expresamente sobre el alcance y duración de la prohibición de contratar, es necesaria la instrucción de procedimiento administrativo *ad hoc* para determinar el alcance y duración de aquélla. El órgano competente es el Ministerio de Hacienda, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado. De acuerdo con el artículo 19.3 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 ("**RCSP**") debe concederse un trámite de audiencia antes de presentar al Ministerio de Hacienda la correspondiente propuesta de resolución.

La duración de la prohibición de contratar no puede exceder de tres años (artículo 72.6 LCSP) y producirán efectos

desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquélla o ésta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición, o desde la fecha de inscripción de la prohibición en el registro correspondiente (artículo 73.3 LCSP).

La duración máxima del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar será de 6 meses (Disposición Adicional Tercera del RCSP) y el citado procedimiento no podrá iniciarse si hubieran transcurrido más de 3 años contados desde la firmeza de la resolución sancionadora (72.7 LCSP).

La discusión en torno a la naturaleza de la prohibición de contratar

Tanto la Resolución de 14 de marzo de 2019 como el Voto Particular que la acompaña, emitido por la Consejera Dña. María Pilar Canedo, evalúan la naturaleza de la prohibición de contratar y se cuestionan, en particular, si se trata de una medida sancionadora o, por el contrario, nos encontramos ante una medida de gravamen no sancionadora. Como veremos, no se trata de una mera cuestión teórica, ya que la respuesta lleva aparejadas importantes implicaciones, tanto en lo que se refiere al régimen jurídico aplicable a esta figura como en cuanto a la competencia para declarar la prohibición.

La Resolución de 14 de marzo de 2019 opta por indicar que la prohibición de contratar no tiene naturaleza sancionadora, si bien, al tratarse de una medida de gravamen, su imposición exige el respeto de unos derechos mínimos. De acuerdo con el Consejo de la CNMC, la prohibición de contratar cumple una función preventiva, respondiendo a la necesidad de que las entidades adjudicatarias puedan excluir de un proceso de licitación a los sujetos que no cumplan con un mínimo de honorabilidad al objeto de evitar los futuros riesgos que ello pudiera comportar.

Sin embargo, el Voto Particular se muestra favorable a la consideración de la prohibición de contratar como una medida sancionadora, llamada, por tanto –en este caso– a completar el elenco de consecuencias que una infracción de la normativa de competencia lleva aparejadas (por ejemplo, multas, obligaciones de comportamiento, reclamaciones de daños y/o sanciones a directivos). Se trataría, por tanto, de un instrumento represivo cuya finalidad es incrementar el nivel de disuasión, en particular, en aquellos casos en los que las sanciones puedan no ser suficientes (por ejemplo, cuando estamos ante conductas de larga duración cuya sanción se ve limitada por la aplicación del tope del 10% de las ventas totales del último ejercicio de la empresa) o en situaciones donde se generan daños a la sociedad difusos y

diffícilmente cuantificables respecto de los cuales difícilmente pueden reclamarse daños.

Inclinarse por una u otra opción tiene, a su vez, efectos sobre quién tiene la competencia para declarar la prohibición. Si se trata de una medida preventiva, sería el órgano de contratación el encargado de decidir si admite a la empresa en el proceso de licitación o no. Por el contrario, si se trata de una medida represiva, la decisión debe recaer siempre sobre la autoridad de competencia, ya que esta última es la que puede equilibrar disuasión y proporcionalidad y garantizar un trato no discriminatorio entre las empresas concurrentes.

No cabe duda de que el órgano competente para pronunciarse sobre el alcance y la duración de la prohibición de contratar debe tomar importantes decisiones como, por ejemplo, si la prohibición se limitará al mercado de producto y geográfico afectado por las prácticas o a cualquier actividad que desarrolle la empresa en el ámbito de las licitaciones públicas, o si la prohibición afectará a un órgano de contratación –o Administración– específicos, o se aplicará de forma general a cualquier licitación con independencia del órgano u Administración convocante. La labor de determinación del alcance y duración de la prohibición será particularmente relevante en los casos en los que las empresas participantes en la infracción abarquen una parte significativa del mercado afectado, ya que una aplicación estricta de la prohibición podría dar lugar a que sólo un número limitado de empresas puedan participar en licitaciones futuras –empresas que, por lo demás, podrían ser precisamente empresas participantes en la infracción beneficiarias de una solicitud de clemencia– produciéndose un indeseable efecto de reducción significativa del número de licitadores.

¿Qué opción escoge el Consejo al "activar" la prohibición de contratar?

Tras constatar que la prohibición de contratar deriva *ope legis* de la declaración de infracción contenida en la Resolución, al encontrarnos en uno de los supuestos en los que la prohibición de contratar opera como reflejo de un ilícito administrativo previamente declarado, el Consejo decide no pronunciarse sobre el alcance y duración de la prohibición, limitándose a "activar" el procedimiento *ad hoc* acordando, de acuerdo con el artículo 72.3 LCSP, la remisión de una certificación de la Resolución de 14 de marzo de 2019 a la Junta Consultiva de Contratación Pública para que aquélla, en el marco de un procedimiento específico, remita una propuesta al Ministerio de Hacienda.

Por tanto, a pesar de la concurrencia de una prohibición de contratar derivada de la propia declaración de infracción, los órganos de contratación no pueden aplicar aquélla en tanto en cuanto no se produzca un pronunciamiento específico sobre el alcance y duración de la misma. Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo menciona la posibilidad de ser consultado por la Junta Consultiva o incluso de emitir informe –entendemos que, en este último caso, se refiere a un informe de oficio– en el marco del referido procedimiento *ad hoc*, acerca de las circunstancias concurrentes que permitan graduar la duración y el alcance de la prohibición para cada uno de los sujetos, en función de su participación específica en la infracción.

La decisión de no pronunciarse sobre el alcance y duración de la prohibición por parte del Consejo podría explicarse, más que por una intención de otorgar a los órganos de contratación un mayor protagonismo en la determinación de las consecuencias de la prohibición de contratar, en la voluntad de evitar recursos frente a la resolución sancionadora dirigidos contra tales pronunciamientos, muy en particular en el contexto actual en el que diversas Resoluciones de la CNMC han sido anuladas en vía contencioso-administrativa por defectos procesales. En el presente caso, el problema estriba en que la nueva prohibición de contratar ha entrado en vigor con posterioridad a la aprobación de las normas orgánicas de la CNMC.

En este sentido, cabe destacar que el artículo 53 LDC, que regula el contenido de las Resoluciones del Consejo de la CNMC en materia sancionadora, no contiene una atribución competencial expresa al Consejo de la CNMC para pronunciarse sobre el alcance y duración de una prohibición de contratar. El Voto Particular se mostraba favorable a que el Consejo pudiera pronunciarse directamente sobre el alcance y duración de la prohibición sobre la base del artículo 53.2.b) LDC, que prevé la posibilidad de imponer a los infractores condiciones y obligaciones, incluyendo las de comportamiento, entre las que podría incluirse una obligación de "*no hacer*" consistente en la no participación en determinadas licitaciones públicas. En lo que respecta a la aplicación del Derecho europeo de la competencia, el Voto Particular se remitía al artículo 5 del Reglamento 1/2003 que, a pesar de no contemplar expresamente la competencia de las Autoridades Nacionales de Competencia ("**ANCs**") para imponer obligaciones o condiciones –competencia que sí se ha incluido de forma expresa en el artículo 9 de la Directiva ECN+¹– hace referencia a la posibilidad de que la ANC imponga "*cualquier otra sanción prevista por su derecho nacional*".

¹ Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior ("**Directiva ECN+**").

Esta opción, sin embargo, no fue la escogida por la mayoría del Consejo, no sólo por la dificultad de calificar una prohibición de contratar como una obligación de comportamiento sino, posiblemente, por la existencia de pronunciamientos previos del propio Consejo que podrían poner en entredicho esta interpretación. En particular, en el Informe IPN/CNMC/010/15, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, de 16 de julio de 2015, el propio Consejo recomendaba la introducción de una referencia expresa sobre la competencia del Consejo al respecto en el artículo 72.3 del anteproyecto de LCSP o, alternativamente, la modificación del artículo 53 LDC. Sin embargo, a día de hoy, ninguna de estas propuestas ha sido atendida por el legislador.

Las anteriores consideraciones apuntan, por tanto, a que el Consejo habría optado por una postura conservadora, limitándose a hacer referencia a la posibilidad de emitir informe en el marco del procedimiento *ad hoc*, previa solicitud al respecto por juzgarse necesario para resolver (ex artículo 79.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común) o de oficio, fundamentado probablemente en sus competencias en materia consultiva, aunque del artículo 5.2 de la Ley 3/2013 de 4 de junio, de Creación de la CNMC, tampoco se deduce una clara competencia al respecto, en particular en lo que se refiere a la potestad de emisión de informe de oficio. Una posible solución alternativa o adicional a la anterior podría ser la elaboración por parte de la CNMC de una Comunicación orientativa, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera de la LDC.

Sin perjuicio de lo anterior, de otorgarse en el futuro una competencia expresa a la CNMC para evaluar el alcance y duración de la prohibición de contratar, es altamente probable que sea aquélla la que se pronuncie al respecto en sus futuras resoluciones, sin necesidad de recurrir al procedimiento específico ante la Junta Consultiva de Contratación Pública y el Ministerio de Hacienda.

Prohibición de contratar: Ámbito objetivo

El artículo 71.1.b) LCSP se refiere a las infracciones de carácter grave. Entendemos que la prohibición es igualmente aplicable a las infracciones muy graves –entre las que se encuentran las prácticas de *bid rigging* investigadas en la Resolución de 14 de marzo de 2019– pero no así a las infracciones leves.

El artículo 71.1.b) LCSP se refiere a infracciones de "falseamiento de la competencia" por lo que aplica típicamente a los acuerdos colusorios prohibidos por el artículo 1 LDC, pero también potencialmente, dado su tenor general, a abusos de posición de dominio (artículo 2 LDC) o conductas de competencia desleal con afectación del interés general (artículo 3 LDC), declarados tanto por la

CNMC como por las autoridades autonómicas de competencia en el ámbito de sus competencias respectivas. La prohibición se aplicaría cuando se producen prácticas de *bid rigging*, aunque en la práctica no se especifica si, para desencadenar la prohibición de contratar, las infracciones deben haberse llevado a cabo en un mercado de licitaciones públicas o no, si bien lo lógico es que se aplique únicamente en aquellos casos en los que la infracción ha generado un daño específico a la Administración.

Además, la Resolución de 14 de marzo de 2019 ha confirmado que la prohibición de contratar también se aplica cuando, además del derecho nacional, se produce una infracción del derecho europeo de la competencia. Mayores dudas suscita la aplicabilidad de la prohibición cuando es la Comisión Europea u otra ANC la que declara una infracción del Derecho Europeo de la Competencia. En estos dos últimos supuestos, a pesar de la generalidad de la redacción del artículo 71.1.b) LCSP, sería necesario, a nuestro juicio, que la infracción haya tenido efectos restrictivos en el territorio español. Lo mismo cabe decir respecto de los posibles efectos de la Resolución de 14 de marzo de 2019 en los procedimientos de contratación pública celebrados por las Administraciones de otros Estados parte del EEE, en particular en lo que respecta a Noruega, al sancionar la Resolución la existencia de un acuerdo anticompetitivo para participar en una licitación para realizar un túnel de una línea de alta velocidad en Noruega.

Por último, la prohibición de contratar también podría aplicarse cuando la infracción ha sido declarada por la jurisdicción civil en el marco de una acción *stand-alone* de reclamación de daños, si bien en casos de *bid rigging* esta situación parece improbable.

Ámbito subjetivo de la prohibición de contratar

En principio, la prohibición de contratar afectaría a las empresas declaradas responsables de la comisión de la infracción en la Resolución de 14 de marzo de 2019.

Cabe preguntarse, sin embargo, sobre las consecuencias de operaciones corporativas de reestructuración o similares, en particular, si resulta de aplicación la jurisprudencia sobre sucesión económica aplicable en materia de multas por infracción de la normativa de competencia, recientemente extendida a las acciones por daños en la STJUE de 4 de marzo de 2019 en el asunto C-724/17, *Skanska*.

Al respecto, el artículo 71.3 LCSP establece que la prohibición de contratar afectará a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido antes.

La Junta Consultiva de Contratación ha confirmado en su Informe 25/09, de 1 de febrero de 2010, que la aplicación de la presunción varía en función de las circunstancias concretas de cada caso, y que su interpretación debe tener carácter restrictivo.

El hecho de que la segunda sociedad se haya constituido en fecha posterior a la resolución que determina la prohibición podría suponer la aplicación de la presunción. Sin embargo, otras circunstancias, como la coincidencia en el objeto social y los medios humanos y materiales, pueden ser igualmente determinantes. Al respecto, el Informe 25/09 concluye que impedir la participación de una sociedad constituida con posterioridad, pero con objeto social diferente del de la empresa incurso en la prohibición de contratar y con medios humanos y técnicos diferentes, supondría una restricción desproporcionada y una interpretación extensiva de una prohibición limitativa de los derechos del administrado.

El Informe 25/09 precisa, además, que la presunción puede afectar a sociedades del mismo grupo constituidas con anterioridad a la resolución de prohibición. En este caso, debe tenerse en cuenta las personas que dirigen esta sociedad, esto es, los miembros de su órgano de administración y sus accionistas directos e indirectos. Procederá además valorar otras circunstancias, como la fecha de incorporación al grupo de la empresa incurso 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, tales como la identidad o la 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 deriva de la primera.

Cuestión diferente es si puede imputarse la prohibición de contratar a la sociedad matriz de la infractora o si, al menos, es necesario que la sociedad matriz haya sido considerada responsable solidaria junto con la filial infractora en la Resolución de la que deriva la prohibición de contratar. Habrá que estar a la declaración que, en su caso, se realice sobre el alcance y duración de la prohibición de contratar. Sin embargo, resulta reseñable que, a diferencia del supuesto de sucesión de empresas, la LCSP guarda silencio sobre esta cuestión, sin que se haya establecido una presunción similar a la prevista en el artículo 71.3 LCSP para el caso de las empresas matrices. Tampoco se ha introducido una previsión en la LDC que prevea expresamente la posibilidad de imputación automática, como sí se ha hecho en el marco del régimen sancionador por infracción de la LDC (artículo 61.2 LDC) o del régimen de responsabilidad por daños (artículo 71.2.b LDC). Todo lo anterior, a nuestro juicio, apunta a la imposibilidad de llevar a cabo una imputación automática a la sociedad matriz por una infracción cometida por su filial en lo que se refiere a las prohibiciones de contratar.

Por último, ciertas empresas declaradas responsables de una infracción de la normativa de competencia quedan excluidas de la prohibición de contratar. Se trata de las empresas que "en sede del trámite de audiencia (...) acrediten el pago o compromiso de pago de las multas 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 material de falseamiento de la competencia" (artículo 72.5 párrafo segundo de la LCSP). La Resolución de 14 de marzo de 2019 no deja lugar a dudas en este punto y, fundándose en el indicado artículo de la LCSP, excluye a Alstom y a Siemens de dicha prohibición. Los solicitantes de clemencia deben quedar, por tanto, fuera de la prohibición de contratar, ya que, de lo contrario, se pondría en peligro la efectividad del sistema.

Ámbito temporal de la prohibición de contratar

De acuerdo con el régimen transitorio previsto en la LCSP, la prohibición de contratar no puede aplicarse de forma retroactiva a los contratos en vigor en el momento en el que se acuerde aquélla. Tampoco a sus modificaciones y a sus prórrogas.

En el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado 22/16, de 10 de octubre de 2018, también se indica que la prohibición de contratar no puede operar como causa de nulidad de un contrato existente, ya que la invalidez del contrato es consecuencia de los vicios concurrentes al tiempo de su adjudicación. Tampoco se prevé que la prohibición de contratar pueda constituir una causa de resolución del contrato, a menos que el contrato o los pliegos hayan incluido esta circunstancia como causa de resolución del mismo.

La prohibición de contratar implica que la empresa en cuestión no podrá resultar adjudicataria a futuro de nuevos contratos, al carecer de aptitud para contratar (Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 45/13, de 26 de febrero de 2015).

Cabe plantearse si, a la hora de aplicar una prohibición de contratar respecto de contratos futuros debe tenerse en cuenta si la empresa afectada por la prohibición cesó en su participación en la infracción antes de la entrada en vigor de la nueva prohibición de contratar el pasado 22 de octubre de 2015. Esto sucedía en el caso objeto del presente comentario, en el que varias empresas cesaron su participación en los cárteles investigados en el año 2014.

En principio, podría argumentarse que la prohibición se aplica tanto a las conductas ilícitas iniciadas con posterioridad a la entrada en vigor de la prohibición de contratar como a aquellas conductas iniciadas con

anterioridad, pero mantenidas más allá de dicha fecha. Pero el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales previsto en el artículo 9.3 CE, debería impedir que la prohibición de contratar en su redacción posterior al 22 de octubre de 2015 se aplique a las empresas que cesaron en su actividad ilícita con anterioridad a dicha fecha. Y, más aún, si se considera que la prohibición tiene naturaleza sancionadora, el principio de legalidad también impediría su aplicación retroactiva (artículo 25 CE) a menos que pretendiera subsumirse la prohibición, en este caso, en la antigua prohibición para contratar derivada de haber cometido una infracción grave en materia de disciplina de mercado, lo que también parece difícil a la luz del principio constitucional mencionado, habida cuenta de que tal previsión no está ya en vigor.

La Resolución de 14 de marzo de 2019, sin embargo, no precisa si las empresas que cesaron en la infracción con anterioridad a la entrada en vigor de la prohibición de contratar quedan afectadas o no por esta medida. La redacción de la Resolución de 14 de marzo de 2019 es ambigua en este punto, limitándose a indicar que la infracción se extendió más allá del 22 de octubre de 2015, ello sin perjuicio de la necesidad de tener en cuenta la diferente participación de las empresas en la infracción.

Sin embargo, por las razones anteriormente identificadas, entendemos que las empresas que cesaron en la infracción con anterioridad al 22 de octubre de 2015 no deberían obtener una modulación del alcance y de la duración de la prohibición de contratar, sino que deberían quedar excluidas de la aplicación de la prohibición.

¿A partir de qué momento es posible declarar la prohibición de contratar? El requisito de la firmeza

Como se indicaba anteriormente, de acuerdo con el artículo 71.1.b) LCSP, la prohibición de contratar se aplica desde la existencia de una resolución firme por infracción de la normativa de la competencia (en la que se determinen la duración y el alcance de la prohibición).

La cuestión que se plantea es si la firmeza debe ser entendida como firmeza en vía administrativa, es decir, bastando con que no quepa ulterior recurso administrativo o si, por el contrario, al no especificar el texto legal que se refiere a "*firme en la vía administrativa*", se trata de un requisito de firmeza judicial. En este contexto, la Resolución de 14 de marzo de 2019 objeto del presente comentario hace referencia a la Resolución "*que pone fin al procedimiento sancionador y contra la que no cabe recurso administrativo alguno*", por lo que parecería apuntar a la firmeza administrativa.

Pues bien, esta cuestión ha quedado recientemente aclarada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el informe 15/18, de 10 de octubre de 2018, en el que se ha concluido, cambiando su práctica decisonal anterior, que la firmeza que la LCSP predica de las resoluciones administrativas que dan lugar a la imposición de una prohibición de contratar debe ser la firmeza administrativa y no la jurisdiccional.

Este cambio interpretativo trae causa de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2006 (8644/2006) en la que el Alto Tribunal se posiciona a favor de la firmeza administrativa, y se fundamenta en el principio de ejecutividad de los actos administrativos recogido en el artículo 38 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, que hace referencia a la eficacia plena de los actos administrativos desde el momento en que se dictan.

En la Sentencia anteriormente referida, el Alto Tribunal declaró que "*[...] la firmeza [...] es la firmeza en vía administrativa, de modo que el acto por el que se impone la prohibición de contratar produce los efectos que le son propios una vez que se cumplen los requisitos previstos en cuanto a su notificación y publicación, y esos efectos sólo podrán cesar cuando recurrido el acto ante la Jurisdicción la Sala acuerde la suspensión del mismo si lo considera procedente*".

La prohibición de contratar se aplicará, por tanto, tras la Resolución que da lugar a la prohibición de contratar –en este caso, la Resolución de 14 de marzo de 2019 declarando la infracción– una vez determinados, tras la tramitación del procedimiento *ad hoc*, el alcance y la duración de la prohibición de contratar.

Ello sin perjuicio de la posibilidad de recurrir la Resolución de 14 de marzo de 2019 ante la jurisdicción contencioso-administrativa, solicitando, en el marco del referido recurso, la suspensión cautelar, no sólo –y en su caso– de la obligación de pago de la multa, sino de la iniciación del procedimiento *ad hoc* o de la efectividad –en su caso– de la prohibición ya declarada y determinada en la propia resolución administrativa sancionadora, en tanto se resuelve el recurso principal. Del mismo modo cabrá solicitar la suspensión cautelar de la ejecutividad de la eventual resolución del Ministerio de Hacienda declarando el alcance y duración de la prohibición de contratar, impugnándose ésta, acumuladamente a la resolución de la que trae causa.

La posibilidad de *self cleaning* o autocorrección

El artículo 72.5 LCSP establece que no procederá la aplicación de la prohibición de contratar cuando la empresa acredite en el trámite de audiencia del procedimiento

correspondiente que ha adoptado medidas suficientes para demostrar su fiabilidad, a pesar de la existencia de una causa para proceder a la declaración de la prohibición de contratar.

Las medidas –que se exigen con carácter cumulativo– son las siguientes:

- El pago o compromiso de pago de las multas o indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición.

Este compromiso a asumir por los infractores es sustancialmente más reducido que la previsión de la Directiva 2014/24, que hace referencia al abono o compromiso de pago de la indemnización correspondiente a cualquier daño generado por la infracción, sin ceñir necesariamente aquélla, como hace la LCSP, a la indemnización fijada por la resolución administrativa de la que derive la causa de la prohibición.

Por otra parte, y a diferencia de la Directiva 2014/24, la LCSP exige igualmente la acreditación del abono de la multa o el compromiso de pago de esta. Este compromiso de pago podría consistir, por ejemplo, en la acreditación ante el órgano competente de la aportación de aval declarado suficiente para garantizar el pago de la sanción en el marco de la revisión jurisdiccional de la resolución que declare la infracción.

- La adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas.

La LCSP aclara, al no tratarse de una cuestión necesariamente evidente que, entre estas medidas, está incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia. Pueden beneficiarse de la posibilidad de autocorrección tanto la empresa que ha obtenido la exención del pago de la sanción como aquellas que únicamente han obtenido una reducción en el marco del referido programa. Si bien, en este último caso, para beneficiarse del *self cleaning*, estas empresas deberán acreditar el abono de la multa reducida.

- En cuanto al tercer requisito previsto en la Directiva, consistente en la aclaración de los hechos y circunstancias de manera exhaustiva, colaborando activamente con las autoridades investigadoras, la LCSP no introduce un requisito específico al respecto, pero hace referencia en el apartado anterior a haberse acogido al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia. La opción de nuestro legislador resulta, por tanto, más restrictiva que la Directiva 2014/24 que, por su tenor literal, podría incluir, por ejemplo, procedimientos de transacción, decisiones de compromisos o supuestos de colaboración activa

con la CNMC en los supuestos en los que ya no es posible aplicar el procedimiento de clemencia.

Finalmente, señala el mismo precepto que la prohibición de contratar que ya haya sido declarada también podrá ser revisada en cualquier momento, cuando la persona declarada en situación de prohibición acredite el cumplimiento de estos extremos.

Conclusión

La Resolución de 14 de marzo de 2019 constituye el primer caso en el que se ha activado el nuevo mecanismo de la prohibición de contratar en nuestro país, generando un amplio debate ya que, para aquellas empresas que centran su actividad en el ámbito de las licitaciones públicas, la figura de la prohibición de contratar puede ser mucho más perjudicial que una multa por infracción de la normativa de competencia.

Posiblemente por constituir el primer supuesto en el que se aplica esta nueva figura, la Resolución de 14 de marzo de 2019 deja abiertos numerosos interrogantes. En efecto, existen muchas áreas grises en torno a cómo deben aplicarse las disposiciones relativas a la prohibición de contratar por infracción de la normativa de competencia y qué criterios deben tenerse en cuenta a la hora de determinar el alcance y duración de la prohibición. Será necesario analizar la práctica de la CNMC, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y, sobre todo, de los pronunciamientos que al respecto emita la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por otro lado, no puede excluirse la posibilidad de que, en el futuro, la CNMC adquiera un mayor protagonismo a la hora de pronunciarse sobre el alcance y duración de una prohibición de contratar. La normativa vigente parece limitar sus posibilidades actuales de actuación, pero la situación podría invertirse si se introducen las necesarias reformas, muy en particular, con ocasión de la futura reforma de la LDC en el marco de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva ECN+.

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110, 28046 Madrid, Spain
© Clifford Chance 2019
Clifford Chance S.L.P.U.

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta* ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.