

Octubre 2019

Departamento de Derecho Público

**LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO
DERIVADAS DE SANCIONES DE DERECHO DE LA COMPETENCIA:
ÚLTIMAS Y TRASCENDENTALES NOVEDADES**

La Resolución *Electrificación y electromecánicas ferroviarias* de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

El pasado 14/03/2019 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ("CNMC") dictó la Resolución S/DC/0598/2016, *Electrificación y electromecánicas ferroviarias* (en adelante también, "**Resolución CNMC**") en la que, por primera vez en su historia, además de imponer sanciones económicas a determinadas mercantiles y a sus directivos por conductas supuestamente constitutivas de cartel, declaró la prohibición de contratar con el sector público de las empresas sancionadas.

Se trata, así, del *leading case* de una muy gravosa medida que, a la vista del contenido de la Resolución CNMC y de los pronunciamientos de este Organismo público, se considera crítica en la lucha contra la colusión en las licitaciones públicas.

La prohibición de contratar con el sector público a empresas derivada del hecho de "*haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave (...) de falseamiento de la competencia*", fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en el año 2015¹ y, en la actualidad, se regula en los arts. 71. 1 b) a 73 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ("**LCSP**").

Al margen ahora de la farragosa y discutible técnica legislativa empleada para introducir, por mandato europeo (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014), esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, es importante destacar que la LCSP contempla una doble hipótesis:

- (i) Que la Resolución sancionadora declare la prohibición de contratar y se pronuncie sobre su alcance y duración, asumiendo así implícitamente la potestad de la CNMC al efecto, potestad que, sin embargo, ni su Ley de creación, ni la Ley de Defensa de la Competencia le atribuyen expresamente (art. 72.2 primer párrafo LCSP).
- (ii) Que la Resolución sancionadora declare la prohibición de contratar, pero no se pronuncie sobre su alcance y duración, aplicándose en tal caso, un procedimiento administrativo *ad hoc* para su determinación que se plasma en la incoación, alegaciones y propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y la decisión final del titular del Ministerio de Hacienda (art. 72.2 segundo párrafo LCSP).

¹ Disposición final novena de la Ley 40/2015, con la que se 'anticipa' la trasposición de la nueva generación de Directivas europeas en materia de contratación pública y, en especial, la *Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE*.

Pues bien, en esta la primera vez que CNMC ha declarado una prohibición de contratar, ha optado por la posibilidad (ii), es decir, ha asumido que es titular de la potestad para realizar dicha declaración, aunque ha declinado la competencia para determinar su alcance y duración (existe un voto particular muy crítico con la opción seguida).

La conclusión, en definitiva, es que la Resolución CNMC *Electrificación y electromecánica ferroviarias* ha impuesto multas a las empresas sancionadas y a sus directivos y, además y pese a los titubeos posteriores de CNMC, ha "declarado" una prohibición de contratar, aunque sin precisar su ámbito y duración temporal.

Los posteriores pronunciamientos de la Audiencia Nacional en Autos de julio y octubre de 2019

La Audiencia Nacional ("AN") ha decretado, a solicitud de una de las empresas sancionadas representada por este Despacho, la suspensión cautelar de la Resolución CNMC aquí considerada, dando por acreditada la gravedad de los daños y de los perjuicios irreparables que tal Resolución generaría, de ser inmediatamente ejecutada, a la mercantil sancionada y recurrente.

Los pronunciamientos judiciales de suspensión de la eficacia de la Resolución CNMC, se contienen en el Auto de la AN de 19/07/2019 ratificado, ulteriormente, por el Auto de 22/10/2019, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto por la Abogacía del Estado-CNMC.

Los Autos dan por acreditado el argumento de la empresa sancionada de que el daño o perjuicio irreversible derivado de la Resolución CNMC, se produce porque la misma "declara" una prohibición de contratar (y ello aunque no se haya fijado aun su duración y alcance) generando un exponencial y probado efecto lesivo a la empresa recurrente que ve directamente afectada su honorabilidad y, con ello, mermadas sus posibilidades fácticas y jurídicas de concurrir a licitaciones públicas, nacionales o UE, sin que fuera luego ulteriormente reparable el daño infligido caso de estimarse el recurso contencioso administrativo interpuesto por la misma contra la Resolución CNMC.

La empresa recurrente, que como otras sancionadas tiene un notable volumen de contratación con el sector público, ha conseguido acreditar el daño y el perjuicio causado si no se suspendiera la efectividad de la Resolución CNMC, basándose en el funcionamiento de la regulación armonizada en materia de contratación pública que se aplica en España (documento europeo único de contratación -DEUC-) y, sobre todo, en las licitaciones sometidas a disciplina europea (licitaciones de Instituciones Europeas o que comprometan fondos europeos).

En concreto, se probó que tanto los parámetros del modelo normalizado de declaración responsable propios de la contratación del sector público nacional como, sobre todo, las exigencias de honorabilidad propias de las licitaciones sometidas a disciplina europea, comportan el riesgo cierto de exclusión de la licitación a empresas que hayan sido sancionadas por falsear la competencia o, simplemente, de empresas de las que puedan existir 'sospechas' de que hayan podido falsear la competencia

(art. 57.4 Directiva 2014 y arts. 106 y ss del conocido como "Reglamento normas financieras UE"²).

La representación procesal de CNMC, no ha negado, en ningún momento, que el daño se produzca y basó su argumentación en contra de la suspensión en:

- (i) la eficacia automática *ope legis* con la que operaría la prohibición de contratar a la que nos referimos,
- (ii) la ausencia de eficacia jurídica de la prohibición de contratar declarada por la CNMC, en tanto no se determine su duración y el alcance,
- (iii) además de un supuesto vaciamiento de las competencias del Ministerio de Hacienda, no presente ni personado en el litigio

Dichos argumentos han sido rechazados de plano por el Tribunal.

Los Autos de la AN no han aceptado la tesis de que pueda entenderse que una Resolución sancionadora de CNMC que contenga una declaración de prohibición de contratar, aunque no haya pronunciamiento sobre su alcance y duración, carezca de eficacia o virtualidad jurídica actual. Por el contrario, entienden que sí la contienen y que la misma limita el ámbito de ejercicio ulterior de las potestades de precisión del alcance y duración de la medida por parte de la Administración/Ministerio de Hacienda.

Escenario de futuro

Del escenario descrito de novedades legislativas y de litigiosidad resulta una conclusión clara, que es la ambigüedad y dudas con la que las leyes y lo Público están comenzando a regular y aplicar a las empresas las prohibiciones de contratar asociadas a prácticas de falseamiento de la competencia recientemente incluidas en nuestro ordenamiento jurídico.

El coste de dichas declaraciones en riesgo económico directo (imposibilidad de licitar con el sector público en el mercado nacional y por un periodo de hasta tres años) y en riesgo reputacional (dificultad de entablar alianzas con empresas, especialmente extranjeras y de licitar en el ámbito comunitario) es muy elevado.

Habrá que estar a los ulteriores pronunciamientos judiciales al respecto (hay que dar por descontadas Resoluciones ulteriores de los Tribunales) pero, ante la incertidumbre del contexto sancionador antes descrito, es evidente que las empresas han de tomar medidas preventivas para afrontar los riesgos descritos.

Entre dichas medidas preventivas y de remedio, son de especial importancia las que ya figuran incorporadas y previstas en la propia LCSP.

Téngase en cuenta que las empresas que, a partir de ahora, cuenten con un modelo riguroso y eficaz de compliance de competencia, orientado a prevenir, erradicar, evitar e incluso sancionar las conductas colusorias que se produzcan en su organización, que cuente con una debida identificación de riesgos y una

² Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, por el que se modifican [múltiples] Reglamentos

protocolización de controles y de reacciones, tendrán una opción clara para que no se aprecie la declaración de prohibición de contratar o para revertir ésta.

El artículo 72.5 LCSP, al igual que ya sucediera previamente en el ámbito penal (recuérdese el modelo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas sancionado en el Código Penal de 2010 y modificado en el año 2015 y la figura de la compliance penal recogido en él), configura este tipo de medidas técnicas, organizativas y de personal, como un mecanismo de self-cleaning que, llegado el caso, puede actuar como causa de exoneración o de remoción de una prohibición de contratar impuesta por violaciones del Derecho de Competencia.

La realidad es que la CNMC, hasta ahora, ha evitado ofrecer las líneas o directrices sobre el modelo de compliance, pero ante la gravedad de las consecuencias antes descritas parece imprescindible que las empresas y los profesionales los diseñen y apliquen.

Es el único medio para obtener cierta seguridad ante la situación que ha creado el próximo devenir de la institución de las prohibiciones de contratar con el sector público que se apliquen en el ámbito del Derecho de la Competencia.