



ALERTA ADMINISTRATIVA | JULIO | 2023

GTA VILLAMAGNA  
ABOGADOS

## CONTENIDOS

### **COMUNICACIÓN 1/2023, DE 13 DE JUNIO, DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, SOBRE CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR POR FALSEAMIENTO DE LA COMPETENCIA**

#### I. INTRODUCCIÓN

#### II. CUESTIONES GENERALES SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR POR INFRACCIONES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

##### II.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO

##### II.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

##### II.3 ÁMBITO TEMPORAL

#### III. ALCANCE Y DURACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

#### IV. CUESTIONES PROCEDIMENTALES

#### V. EXENCIÓN A LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

#### VI. REVISIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

#### VII. EFICACIA DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

## I. INTRODUCCIÓN

El pasado 30 de junio de 2023 se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado la Comunicación 1/2023, de 13 de junio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la “CNMC”), sobre criterios para la determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia (la “Comunicación”).

La citada Comunicación se ha dictado al amparo de la interpretación del artículo 72 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (la “LCSP”), contenida fundamentalmente en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 3273/2022 y núm. 3289/2022, de 28 de septiembre de 2022, en las que se considera que este organismo es competente para determinar el alcance de la prohibición de contratar derivada de sus resoluciones sancionadoras.

Como es conocido, hasta la publicación de esta Comunicación, la CNMC refería a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado la determinación del alcance y la duración de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, que seguía de este modo un procedimiento separado.

Por tanto, con la Comunicación se definen los criterios que guiarán a partir de ahora la actuación de la CNMC en la fijación de la duración y el alcance de la prohibición de contratar derivada de la infracción de las normas de defensa de la competencia establecidas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la “LDC”).

Los referidos criterios se aplicarán a los procedimientos sancionadores incoados por la CNMC con posterioridad a la publicación de dicha Comunicación.

Además, la Comunicación precisa que la enunciación de estos criterios no tiene carácter exhaustivo y su aplicación debe atender a las circunstancias concurrentes en cada caso.

A tal efecto, la Comunicación aborda los siguientes aspectos:

- (i) El ámbito de aplicación objetivo, subjetivo y temporal de la prohibición de contratar.
- (ii) El alcance y duración de la prohibición de contratar.
- (iii) Diversas cuestiones del procedimiento para su determinación.
- (iv) Los supuestos de exención de la prohibición de contratar.
- (v) La posible revisión de la prohibición de contratar.

A continuación se exponen sucintamente los aspectos más relevantes de los mismos.

## II. CUESTIONES GENERALES SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR POR INFRACCIONES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La Comunicación aclara, en primer lugar, el ámbito de aplicación (i) objetivo, (ii) subjetivo y (iii) temporal para la determinación de la prohibición

de contratar por falseamiento de la competencia prevista en el artículo 71.1 b) de la LCSP.

### II.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO

La Comunicación aborda las infracciones en materia de falseamiento de la competencia que pueden dar lugar a la prohibición de contratar. En concreto, quedan comprendidas dentro del ámbito objetivo de aplicación las **infracciones graves** establecidas en el artículo 62.3 de la LDC y las **infracciones muy graves** previstas en el artículo 62.4 de la LDC.

No obstante lo anterior, la CNMC deja fuera del ámbito de aplicación objetivo aquellas infracciones meramente procedimentales carentes de aptitud para falsear la competencia.

Además, la Comunicación aclara que no es necesario que las infracciones estén relacionadas o ligadas con la contratación pública o “bid rigging” para que pueda aplicarse la prohibición de contratar, ni tampoco que el sujeto infractor participe con habitualidad en licitaciones públicas.

### II.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

La prohibición de contratar abarca tanto a **personas físicas** como a **personas jurídicas** que hayan sido sancionadas, con carácter firme, por infracciones graves y muy graves por falseamiento de la competencia. La previsión anterior se extiende, de conformidad con el artículo 63.2 de la LDC, a los representantes legales de las empresas o personas que integren sus órganos directivos.

### II.3 ÁMBITO TEMPORAL

De conformidad con el principio de irretroactividad, la Comunicación señala que no podrá imponerse la prohibición de contratar respecto de aquellas infracciones finalizadas con anterioridad al 22 de octubre de 2015, fecha en la que entró en vigor la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia.

Ahora bien, en relación con las infracciones únicas y continuadas, cuyo inicio fue anterior al 22 de octubre de 2015 y su fin sea posterior a esa fecha, la CNMC señala que podrá tenerse en cuenta esta circunstancia al fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar, formando parte de la ponderación que debe realizarse a la luz del principio de proporcionalidad.

### III. ALCANCE Y DURACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

La Comunicación también aclara los parámetros que deben tenerse en cuenta para la fijación del alcance y la duración de la prohibición de contratar. En concreto, los parámetros orientativos son los siguientes:

- (i) **Alcance geográfico:** Se tendrá en cuenta el **mercado geográfico**. No obstante, las circunstancias concurrentes podrán determinar un alcance menor o mayor, por ejemplo, atendiendo el grado de implicación y la vinculación activa de otras entidades del mismo grupo empresarial, incluida la matriz del grupo.

- (ii) **Alcance de producto (bien o servicio):** Se tendrá en cuenta el **mercado de producto** a la hora de definir el perímetro. Ahora bien, en el caso de que las circunstancias concurrentes lo hagan necesario, podrá determinarse un alcance mayor o menor. En este sentido, la Comunicación precisa que, en determinados casos, también podría afectar a otros productos que puedan ser contratados por la Administración con las entidades jurídicas del mismo grupo implicadas activamente en la conducta, incluida la matriz.
- (iii) **Duración de la infracción:** Debe atenderse a una regla de proporcionalidad entre la duración de la infracción cometida y la duración de la prohibición de contratar. No obstante, la Comunicación ya advierte que, inevitablemente, a partir de un período muy extenso de infracción, la duración de la prohibición de contratar sería en todo caso la máxima legal (esto es, 3 años).
- (iv) **Gravedad de la infracción:** Se tendrá en cuenta si la infracción de la LDC ha sido grave o muy grave. La misma relación se establece para el impacto económico de la infracción en términos del volumen del mercado afectado. Así mismo, la Comunicación añade que se tendrá en cuenta la frecuencia de las licitaciones de las infractoras con el fin de que la posible prohibición tenga mayor efecto disuasorio.
- (v) **Grado de participación del sujeto infractor:** se tendrá en cuenta la posición de responsable, instigador,

etc., así como la existencia de circunstancias agravantes y atenuantes en el desarrollo de la conducta por el infractor.

En los casos en los que la infracción se haya realizado a través de una UTE, se tendrá en cuenta el grado de participación de cada sujeto de la misma en el ilícito administrativo.

#### IV. CUESTIONES PROCEDIMENTALES

En relación con el procedimiento, la Comunicación puntualiza que será en la Propuesta de Resolución de la Dirección de Competencia de la CNMC donde se incluya la propuesta de sanción acompañada de una propuesta de duración y alcance de la prohibición de contratar. Posteriormente, las partes podrán formular las alegaciones que consideren oportunas.

La propuesta junto con las alegaciones formuladas por las partes se elevará al Consejo de la CNMC para que adopte la resolución definitiva.

#### V. EXENCIÓN A LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

La Comunicación se refiere a la exención y revisión de la prohibición de contratar, en los términos previstos por el art. 72.5 de la LCSP. Así, se distingue los siguientes tipos de exención:

- (i) **Exención de apreciación previa:** La Propuesta de Resolución indicará la no procedencia de la prohibición de contratar, sin necesidad de esperar al trámite de audiencia. Esta exención podrá ser automática para el beneficiario de exención por

haberse acogido al programa de clemencia (art. 65.1 y 65.4 LDC); o potestativa para el beneficiario de una reducción de multa por clemencia (art. 66.5 LDC).

- (ii) **Exención de apreciación posterior:** en los casos en los que el infractor acredite, en trámite de audiencia, que dispone de las medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas.

En este caso, resultan especialmente relevantes los programas de cumplimiento normativo, que deberán garantizar a través del establecimiento claro de parámetros de conducta y de la puesta en práctica de medidas organizativas para su desarrollo, la existencia de un verdadero compromiso de cumplimiento que se traslade al proceso de toma de decisiones cotidianas, permitiendo que se detecten o se prevengan prácticas restrictivas de la competencia.

Será la CNMC quién valore, de conformidad con la *"Guía sobre los programas de cumplimiento normativo en relación con las normas de defensa de la competencia"* (2020), los programas de cumplimiento a los efectos de apreciar la concurrencia de la exención en este ámbito.

## VII. REVISIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

La prohibición de contratar podrá ser revisada en cualquier momento durante su vigencia; ya sea de oficio o a instancia de parte.

En este sentido, la Comunicación se refiere a la posibilidad de revisión de la prohibición de contratar de conformidad con el artículo 72.5 de la LCSP, siempre que se acredite el cumplimiento de las medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas.

## VIII. EFICACIA DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

La resolución de la CNMC en la que se fije la duración y alcance de la prohibición de contratar será "firme" desde su aprobación (expresión que ha de entenderse en el sentido de que sólo será ejecutiva cuando adquiera firmeza en vía administrativa), desplegando sus correspondientes efectos, sin perjuicio de su eventual impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa y su eventual suspensión en dicha sede

Además, la CNMC señala que, una vez adoptada la resolución definitiva correspondiente, la prohibición de contratar se comunicará sin dilación para su inscripción al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE) o el equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas.

## CONTACTOS

Para más información pueden ponerse en contacto con:



**Ernesto García-Trevijano Garnica**

☎ (+34) 915 210 104 | (+34) 629 015 626

✉ ernestogtrevijano@gtavillamagna.com

LinkedIn 



**Javier García Tramón**

☎ (+34) 915 210 104 | (+34) 669 229 738

✉ javiergarcia@gtavillamagna.com

LinkedIn 



**Leticia Martínez Santos**

☎ (+34) 915 210 104 | (+34) 687 325 311

✉ leticiamartinez@gtavillamagna.com

LinkedIn 

# GTA VILLAMAGNA ABOGADOS

Síguenos en:



La presente Alerta Administrativa se ha cerrado a fecha de 03 julio de 2023.

Esta Alerta contiene, exclusivamente, información de carácter general y no constituye, ni pretende constituir, asesoramiento jurídico alguno sobre las materias contenidas en ella. Cualquier decisión o actuación basada en su contenido deberá ser objeto del adecuado asesoramiento profesional.

© GTA VILLAMAGNA Abogados, julio de 2023

GTA VILLAMAGNA Abogados  
Marqués de Villamagna, 3 - 6ª Planta  
28001 Madrid (España)