

# LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR CON LAS AA.PP.: ¿UNA AUTÉNTICA SANCIÓN *ANTITRUST*?

## (COMENTARIO A LA GUÍA DE LA CNMC DE JULIO DE 2023)<sup>1</sup>

FERNANDO DÍEZ ESTELLA

*Profesor Titular acreditado de Derecho Mercantil  
Universidad Nebrija*

JOSÉ IGNACIO HERCE MAZA<sup>2</sup>

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo  
Universidad Rey Juan Carlos*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA FINALIDAD DISUASORIA DE LAS HERRAMIENTAS DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA. 2.1. El programa de clemencia. 2.2. Las sanciones personales a los directivos. 2.3. Las —fracasadas— propuestas de criminalización de los cárteles. 2.4. El efecto también disuasorio de la aplicación privada 3. LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR CON LAS AA.PP. POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA. 3.1 Contratación pública y Derecho de la competencia 3.2. Naturaleza de la prohibición: verdadera sanción antitrust 3.3. El principio de proporcionalidad en su aplicación. 4. LA GUÍA DE LA CNMC DE JULIO DE 2023. 4.1. Proporcionalidad y uniformidad en la aplicación. 4.2. Ámbito y alcance de la prohibición. 5. CONCLUSIONES. 6. BIBLIOGRAFÍA.

### 1. INTRODUCCIÓN

El derecho de Defensa de la Competencia —o derecho *antitrust* conforme a la terminología anglosajona, ámbito en el que nació y se ha desarrollado con más extensión y profundidad— es, en las jurisdicciones continentales como la española o la europea, un derecho cuya naturaleza y aplicación son de carácter administrativo sancionador. En efecto, pese a que su encaje sistemático entre las disciplinas jurídicas no es pacífico, encuentra su lugar propio en el ordenamiento español en el ámbito del

---

<sup>1</sup> El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de sus autores y no constituye opinión profesional ni asesoramiento jurídico alguno.

<sup>2</sup> Pueden consultar más información sobre el autor en [www.joseignacioherce.es](http://www.joseignacioherce.es)

Derecho Administrativo<sup>3</sup>. Se ha llegado a afirmar que es un Derecho transversal con intersecciones en diferentes áreas, como sucede con la contratación pública<sup>4</sup>.

Pero su origen y función propia —disciplinar el comportamiento de las empresas en el mercado— hacen que el análisis de sus instituciones deba realizarse desde una perspectiva eminentemente funcional, dando prioridad al pragmatismo de sus herramientas y la eficacia del *enforcement* frente a consideraciones de carácter dogmático.

Un pilar fundamental sobre el que se sostiene el Derecho de la contratación pública es el de competencia, dentro de la que es entendida como compra pública estratégica. La apertura de esta disciplina al juego de la libre competencia se erige como punto de partida de la regulación europea y nacional la materia<sup>5</sup>. Competencia y transparencia son los ejes vertebrales de la contratación pública<sup>6</sup>.

Es en este contexto en el que se analizará, en este trabajo, una de las instituciones de esta peculiar rama del ordenamiento jurídico que más debate ha originado en fechas recientes: la prohibición de contratar con las AA.PP. a las empresas que hayan cometido una infracción grave de falseamiento de la libre competencia, que no está contemplado —como sería deseable— en la norma específica reguladora de esta materia, la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC), sino en el art. 71.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Visiones excesivamente dogmáticas pueden distraernos de su *vis applicativa* y de la vigencia de las debidas garantías sustantivas y procedimentales frente a quien puede ver compelido su derecho a contratar con la Administración por haber incurrido en prácticas anticompetitivas bajo el supuesto del art. 71 LCSP. La atribución de una prohibición de contratar resultante de una infracción del Derecho de la competencia, más que limitar un derecho, genera un perjuicio claro y directo al potencial licitador que contrata con las Administraciones públicas.

---

<sup>3</sup> *Vid.*, a este respecto, el acertado análisis de GARCÍA VILLARRUBIA, M. y MAGIDE, M.: «El control de la aplicación del Derecho de la Competencia a través de las categorías generales del Derecho Administrativo; la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006 (asunto Planes Claros)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 261, 2006, págs. 1087 ss.

<sup>4</sup> VÁLCARCEL, P. (2022), «Integración efectiva de problemas de Derecho de la competencia en la regulación sobre contratación pública: posibilidades para la pronta detección de prácticas anticompetitivas que ofrece la Ley 9/2017», *Observatorio de Contratación Pública*. Acceso disponible en: <https://www.obcp.es/opiniones/integracion-efectiva-de-problemas-de-derecho-de-la-competencia-en-la-regulacion-sobre>

<sup>5</sup> GALLASTEGUI ORMAETXEA, I. & ARNÁEZ ARCE, V. M., «El principio de competencia ante las nuevas responsabilidades de la contratación pública: hacia un paradigma íntegro y eficiente», *Anales de Derecho*, núm. 39, 2022, p. 3.

<sup>6</sup> RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., «Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015, p. 103.

A este respecto, hay básicamente dos posturas doctrinales: quienes opinan que dicha prohibición se trata únicamente de medidas precautorias y de protección de la Administración<sup>7</sup>, y quienes sí la consideran un instrumento equiparable a las multas económicas que impone la autoridad de competencia, auténticas sanciones administrativas<sup>8</sup>. En estas páginas vamos a seguir esta segunda postura, conforme a pronunciamientos del Tribunal Supremo como el de 30 de abril de 2014 (rec. núm. 1530/2013), que no duda en afirmar: «*estamos ante el ejercicio de una potestad sancionadora que le corresponde exclusivamente a la Administración*».

Como puede apreciarse, los «puentes» o «pasarelas» entre el derecho de la competencia y la contratación pública han cobrado una relevancia cada vez mayor en estos últimos tiempos, y como tal han sido analizados muy recientemente<sup>9</sup> por autorizada doctrina, y desde la perspectiva de la autoridad de competencia. El hecho es que la prohibición de contratar es un perfecto ejemplo de conexión entre ambas ramas del derecho, ya que su finalidad es tanto la disuasión de las conductas anticompetitivas como la precaución y protección de las AA.PP. en la contratación pública, si bien su aplicación supone una restricción de derechos que ha de operar con las debidas garantías para el destinatario de la medida, en el espectro que ofrece el derecho fundamental a una buena administración comprendido en su sentido más amplio<sup>10</sup>.

Habida cuenta de la relevancia de este tema, y de la acalorada discusión que estaba generando tanto en el plano jurisprudencial como académico, el pasado mes de julio de 2023, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) aprobó la *Comunicación 1/2023, de 13 de junio*, que contiene una guía (en adelante, la *Guía de la CNMC*) que para conocer los criterios generales tendrá en cuenta para determinar a qué mercados, en qué circunstancias, y con qué duración se aplicará la prohibición de contratar con el sector público.

Con esta *Guía* la CNMC ciertamente ha hecho un viraje en la forma en que venía aplicando la prohibición de contratar, ya que contrariamente a la posición que ha

---

<sup>7</sup> Entre estos autores, destaca HUERGO LORA, A. (2017): «La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, pp. 2-38.

<sup>8</sup> Como obras de referencia de este sector doctrinal, se pueden consultar GUILLÉN CARAMÉS, J. (2020): «Prohibiciones de contratar derivadas de infracciones de competencia y medidas de *self cleaning*», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 961; GUILLÉN CARAMÉS, J. (2022): «Nuevos retos de las prohibiciones de contratar por infracciones del derecho de la competencia: ¿son o no verdaderas sanciones?», *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC)*, 1.ª ed., diciembre 2022.

<sup>9</sup> RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A.: «Prácticas anticompetitivas y contratación pública: la visión de una autoridad de competencia», *Revista Galega de Administración Pública*, EGAP, Núm. 62 (julio-diciembre 2021) pp. 256 a 296.

<sup>10</sup> RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. & HERCE MAZA, J. I., «La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. extra. 1, 2019, pp. 35-60; RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, «La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa», *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 6, núm. 6, 2013, pp. 23-56.

mantenido con anterioridad al hacer uso de esta herramienta (que se remitía, para esta cuestión, a la Junta Consultiva de Contratación), a partir de ahora nuestra autoridad de competencia manifiesta su voluntad de determinar el alcance y duración de la prohibición de contratar en sus propias resoluciones.

Como veremos más detenidamente en el epígrafe correspondiente, sin duda en este cambio de rumbo ha influido la Sentencia núm. 1115/2021 del Tribunal Supremo de 14 de septiembre (con relación a la Resolución de la CNMC en el asunto<sup>11</sup> *Transporte Escolar Murcia*), que confirmó la potencial suspensión cautelar de resolución administrativa, «incluida la prohibición de contratar». Otros pronunciamientos que han ido configurando la prohibición de contratar han sido los referentes a su ejecutividad, y en este aspecto concreto —que no será objeto de análisis en estas páginas— el Tribunal Supremo ha mantenido<sup>12</sup> la postura contraria a la defendida por la Audiencia Nacional, confirmando que la prohibición de contratar es ejecutiva únicamente desde el momento en el que se determina su alcance y duración, pero no antes, pues lo contrario supondría afirmar un alcance y duración ilimitadas, produciendo un quiebre en los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad.

Por otro lado, precisamente los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que la propia *Guía* recoge en sus primeros considerandos han sido recurridos ante el Tribunal Supremo, que probablemente se pronunciará a lo largo de este año 2024, y cuyo pronunciamiento puede ratificar o eliminar la base jurídica sobre la que se asienta la Guía. Como puede verse, la cuestión dista de ser pacífica, y tiene consecuencias claras y directas sobre los derechos e intereses legítimos de quienes se ven inmersos en un procedimiento vinculado a las prohibiciones de contratar.

Para aumentar el grado de incertidumbre jurídica sobre la prohibición de contratar, el pasado mes de mayo de 2023 el Abogado General (AG) hizo públicas sus Conclusiones<sup>13</sup> en el asunto *Infraestructuras de Portugal*, en respuesta a la cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Supremo de Portugal en materia contencioso-administrativa, quien solicita al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que se pronuncie sobre si la imposición de la prohibición de contratar es competencia exclusiva de los órganos de contratación o si —y puede apreciarse aquí la similitud con la problemática planteada en nuestro país— puede atribuirse esta competencia a la autoridad de competencia portuguesa, la *Autoridade de Concorrência*.

El TJUE se pronunció a los pocos meses, y en Sentencia<sup>14</sup> de 21 de diciembre de 2023 ha respondido que: «*El artículo 57, apartado 4, párrafo primero, letra d), de la*

---

<sup>11</sup> Resolución de la CNMC de 20 de junio de 2019, Expte. SAMUR/02/2018

<sup>12</sup> *Vid.*, entre otras, las sentencias de 1 de diciembre de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:4450) y de 28 de marzo de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:1259).

<sup>13</sup> Conclusiones del AG Campos Sánchez-Bordona, presentadas el 11 de mayo de 2023, As. C-66/22.

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2023, As. C-66/22 *Infraestructuras de Portugal SA* (ECLI:EU:C:2023:1016).

*Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que atribuye únicamente a la autoridad nacional de defensa de la competencia la facultad de decidir sobre la exclusión de operadores económicos de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos por una infracción de las normas sobre competencia».*

La prohibición de contratar, y la propia *Guía* de la CNMC, serán objeto de análisis en estas páginas, desde el entendimiento de que dicha prohibición se trata de una herramienta más con la que la autoridad cuenta para conseguir el efecto disuasorio de la normativa *antitrust*. La efectividad de la institución de las prohibiciones para contratar no puede ni debe distraer a la Administración Pública del respeto a los principios que garanticen una adecuada tutela administrativa para quien pueda ser destinatario de una interdicción de contratar con la Administración en un área geográfica y tiempo determinado. En estas líneas defenderemos que la prohibición de contratar por vulneración del Derecho de la competencia es una auténtica medida sancionadora en el ámbito de la protección de la competencia.

Lo señala con acierto quien fuera primero Presidenta de la Autoridad Vasca de la Competencia y durante muchos años, posteriormente, Consejera de la CNMC: «En aras de contribuir a la ansiada disuasión, la regulación contenida en las Directivas de contratación pública de la Unión Europea, han asentado la posibilidad (que el ordenamiento jurídico español ha convertido en obligación) de imponer la prohibición de contratar con las administraciones públicas a las entidades que han sido sancionadas con carácter firme por una infracción de competencia»<sup>15</sup>.

Por ello, en este contexto de la «ansiada disuasión», y de cara a una mejor comprensión de la prohibición de contratar, realizaremos en el epígrafe 2.º un breve repaso de cuál es el instrumental completo de que se dispone a tal fin, analizando la política de clemencia, las sanciones personales a directivos, los intentos de «criminalizar» los cárteles económicos, y finalmente el efecto también disuasorio de las acciones de daños y perjuicios derivadas de ilícitos anticompetitivos. A continuación, el epígrafe 3.º aborda los dos aspectos claves de la prohibición de contratar: su naturaleza jurídica (como auténtica sanción *antitrust*) y la necesaria observancia del principio de proporcionalidad en su aplicación. El epígrafe 4.º se dedica a destacar los aspectos esenciales de la *Guía* de la CNMC del pasado mes de julio de 2023. Finalmente, en el epígrafe 5.º se ofrecen una serie de conclusiones, y a continuación la relación de bibliografía consultada para la elaboración de este trabajo.

---

<sup>15</sup> CANEDO ARRILLAGA, M. P. (2022): Capítulo 10. La prohibición de contratar en materia de competencia, en REBOLLO PUIG, M. (Dir): *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, Ed. Civitas Thomson Reuters, pág. 404. Más adelante, señala que: «No en vano, la prohibición tiene, como puede comprobarse por las reacciones de las empresas ante el riesgo de su declaración, un marcado carácter disuasorio. En muchas ocasiones, de hecho, superior al de las multas» (pág. 415; el subrayado es nuestro).

## 2. LA FINALIDAD DISUASORIA DE LAS HERRAMIENTAS DE LA POLÍTICA DE COMPETENCIA

Como se ha señalado en la introducción, si algo caracteriza esta peculiar rama del ordenamiento español es su carácter eminentemente pragmático, orientado a la consecución de sus objetivos, y de ahí que tenga una mayor capacidad que otras disciplinas jurídicas para adaptarse a la evolución de los mercados, y de renovar su instrumental en función de las necesidades de cada momento<sup>16</sup>.

En este apartado se ofrece un somero examen de cuáles son las principales herramientas con las que en la actualidad cuenta la política de competencia para llevar a cabo su finalidad disuasoria, como marco conceptual previo y necesario para el análisis de la prohibición de contratar con las AA.PP., a la que se dedicará el epígrafe siguiente.

Naturalmente, siendo todas las conductas que falsean la competencia son merecedoras de un reproche de ilicitud, hay que atender también a su diferente gravedad, siempre en función del perjuicio que causan al mercado, que es el daño que provocan a las empresas que participan en él, y —en última instancia— a los consumidores, los grandes perjudicados por las prácticas anticompetitivas. Pues bien, no hay duda que la conducta *antitrust* más perniciosa son los cárteles de precios.

A este respecto, la herramienta «clásica» y prevalente en la actualidad para luchar contra los cárteles es, sin duda alguna, la sanción pecuniaria a las empresas, las multas económicas, que alcanzan en ocasiones elevadas cuantías. Sin embargo, y sorprendentemente, El importe de las multas se ha situado, en España, el pasado 2023, en 210 millones de euros, un 32% menos que la cifra de 308 millones de sanciones impuestas en el 2022. La cuantía puede parecer que se acerca a los 200 millones del 2021, pero de no contabilizarse (ha sido suspendida cautelarmente por la Audiencia Nacional el pasado mes de febrero de 2024) la sanción de 194 millones impuesta el 18 de julio a Amazon y Apple<sup>17</sup>, habría quedado en apenas 16 millones, la cifra más baja en sanciones desde que en el 2013 se crease la CNMC, solo por detrás de los 7 millones del 2020, el año de la pandemia. En la etapa anterior, con José María Marín Quemada al frente, se llegaron a superar los 500 millones al año<sup>18</sup>.

Además, ante la abrumadora realidad del número y alcance de los cárteles, y su dimensión global, se ha puesto en duda que este tipo de sanciones tengan el suficiente carácter disuasorio, y por ello se han puesto en práctica otros modelos y normativas

---

<sup>16</sup> Sobre la multiplicidad de herramientas con que cuenta el Derecho de la Competencia, y su versatilidad, permítase la referencia a DÍEZ ESTELLA, F. (2016): «La persecución internacional de los cárteles empresariales: entre la clemencia para los delatores y la criminalización de los directivos», *Revista de fiscalidad internacional y negocios transnacionales*, n.º 3, págs. 69-97.

<sup>17</sup> Resolución de la CNMC de 12 de julio de 2023, Expte. S/0013/21 *Amazon/Apple Brandgating*.

<sup>18</sup> Datos ofrecidos en la web de la CNMC: <https://www.cnmc.es/>

que incorporen distintos tipos de herramientas: desde las que permiten sancionar personalmente a los directivos implicados, pasando por la prohibición de contratar con las AA.PP., o —más drásticamente— la criminalización de la conducta de fijación de precios, convirtiéndola en un delito.

Asimismo, y ante la dificultad inherente a la detección de un acuerdo que por su propia naturaleza es secreto, el desarrollo legislativo que posiblemente más ha influido<sup>19</sup> en la lucha contra los cárteles, a todos los niveles, es el llamado «programa de clemencia» (*leniency*), consistente en otorgar inmunidad completa al primer miembro de un cártel que acuda a la autoridad de competencia correspondiente a delatar la existencia del acuerdo, aportando además pruebas fehacientes que incriminen a los cartelistas.

Como es sabido, este año 2024 se cumple una década de la aprobación de la Directiva<sup>20</sup> 2014/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de daños y perjuicios derivados de infracciones del Derecho de Defensa de la Competencia, que supuso el impulso paneuropeo de estos mecanismos orientados a la compensación económica del perjuicio sufrido. Aunque la finalidad de la aplicación «privada» es el resarcimiento patrimonial, frente a la finalidad disuasoria de la aplicación «pública», lo cierto es que la complementariedad entre ambas se ha visto incluso superada por la constatación de que, en gran medida, la existencia de estas acciones de daños tiene un efecto disuasorio que en ocasiones es mayor incluso que la existencia de un régimen sancionador.

Así pues, como marco previo a analizar la prohibición de contratar con las AA.PP. como una herramienta más dentro del «toolkit» del que disponen las autoridades de competencia, repasaremos, en este apartado, muy brevemente, estas otras cuatro: el programa de clemencia (§2.1); las sanciones personales a directivos (§2.2); las propuestas de criminalización de los cárteles (§2.3); y el efecto disuasorio de la aplicación privada (§2.4).

## 2.1. El programa de clemencia

La revisión<sup>21</sup> que se hizo en 1993 del programa de clemencia para empresas (*Corporate Leniency Program*) del DOJ estadounidense, y que permite al miembro de un cártel obtener total inmunidad de las sanciones si es el primero en colaborar con la autoridad

---

<sup>19</sup> ORDÓÑEZ DE HARO, J.M.; BORREL, J.R.; JIMÉNEZ, J.L. (2018): «The European Commission's Fight against Cartels (1962-2014): A Retrospective and Forensic Analysis», *Journal of Common Market Studies*, Volume 56, Issue 5, pp. 1087-1107.

<sup>20</sup> DOUE de 5 de diciembre de 2014, L 349/1. En: <http://www.boe.es/doue/2014/349/L00001-00019.pdf>

<sup>21</sup> El primero que se introdujo fue en 1973, pero resultó totalmente inoperante.

y aportar evidencia fue el desarrollo de política antitrust más importante desde que la *Clayton Act* facultara a sancionar con el triplo de los daños, en 1914.

Su indiscutido éxito en los EE.UU. hizo que pronto se adoptaran programas similares en otros países y jurisdicciones. Así, en 1996 la Comisión Europea estableció su propio programa de clemencia<sup>22</sup>, y sólo una década más tarde 24 de los 27 Estados miembros habían implantado sus propios programas de clemencia. Hoy en día este tipo de programas se han extendido por todo el mundo, desde Canadá y el Reino Unido hasta Japón, Sudáfrica o Brasil. Se calcula<sup>23</sup> que entre 1995 y 2008 más del 20% de los cárteles internacionales detectados y sancionados lo fueron gracias a una solicitud de clemencia de alguno de sus miembros. Por su parte<sup>24</sup>, la Comisión Europea otorgó inmunidad total o parcial en 45 de los 50 casos de cárteles decididos en el período de 1998 a 2007, reduciéndose las multas impuestas en un 40%. Hay años<sup>25</sup> en los que el 100% de cárteles sancionados se han descubierto gracias a una solicitud de clemencia.

Hace tan sólo una década<sup>26</sup>, los programas de clemencia estaban ya extendidos por más de 60 países y jurisdicciones en todo el mundo, y su introducción como herramienta de detección de cárteles supuso un cambio radical en la actividad por parte de las autoridades de competencia, y en la propia percepción de los directivos de las empresas implicadas, convirtiéndolos en auténticas «armas de disuasión masiva».

Sin embargo, como apuntan ya estudios empíricos<sup>27</sup>, las solicitudes de clemencia se han reducido de forma drástica en los últimos años, y aunque faltan todavía análisis que indaguen con profundidad en la causa de este fenómeno, desde luego que las acciones de daños y perjuicios derivados de prácticas anticompetitivas han tenido una gran influencia. Desde luego, en un plano puramente estadístico, y como queda reflejado en los siguientes gráficos, se aprecia con toda nitidez el descenso en las solicitudes de clemencia ante la Comisión Europea a partir precisamente del año 2014, año en el que se aprobó la Directiva de daños. En España el descenso es más gradual, y arranca en fechas aún más anteriores.

---

<sup>22</sup> Comunicación sobre la clemencia (DO C/298 de 8.12.2006, p. 17).

<sup>23</sup> CONNOR, J. M. (2008): *Cartel Amnesties Granted: Worldwide Whistleblowers*, Purdue University.

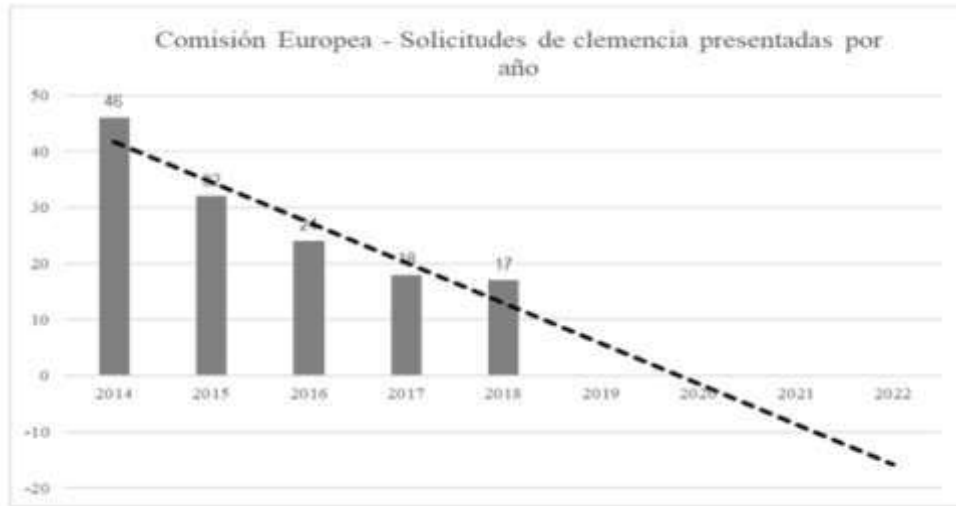
<sup>24</sup> VELJANOVSKY, C. (2007), «European Commission Cartel Prosecutions and Fines, 1998-2007», *Case Associates*.

<sup>25</sup> *Vid.* en este sentido BARBIER DE LA SERRE, É. y LAGATHU, E.: «The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher» (2013), *Journal of Competition Law & Practice*, Vol. 4, n.º 4, pp. 1-20, Estos autores señalan en la página 10 que todas las Decisiones emitidas por la Comisión en 2012 en supuestos de cartel se iniciaron como consecuencia de una solicitud de clemencia.

<sup>26</sup> BORRELL, J-R.; JIMENEZ, J. L. y GARCÍA, C. (2012): «Evaluating Antitrust Leniency Programs» (October 30, 2012), *XREAP No. 2012-01*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1993027>

<sup>27</sup> VIDAL MARTÍNEZ, P. (2022): «Interacción entre reclamaciones de daños por ilícitos de competencia y las políticas de clemencia y de transacción», en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir), *Anuario de Derecho de la Competencia 2022*, Ed. Civitas, pp. 339-375.





Fuente: VIDAL MARTÍNEZ, P. (2022), *op. cit.*, pág. 353



Fuente: VIDAL MARTÍNEZ, P. (2022), *op. cit.*, pág. 347

## 2.2. Las sanciones personales a los directivos

Sin duda uno de los debates más encendidos en la última década<sup>28</sup>, por lo menos en nuestro país, es la práctica de la sanción económica personal de los ejecutivos de las empresas participantes en un cártel.

<sup>28</sup> *Vid.*, por todos, CALLOL, P.: «La responsabilidad individual de directivos bajo el Derecho de Competencia». Disponible en la web de la ACCO: [http://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_accoco/documents/arxius/actuacions/M4-04-pedro-callol.pdf](http://acco.gencat.cat/web/.content/80_accoco/documents/arxius/actuacions/M4-04-pedro-callol.pdf) (consultada por última vez el 23 de marzo de 2024).

Este régimen sancionador está previsto por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, cuyo artículo 63.2 permitía, en su origen la imposición de multas de hasta 60.000€ a cada uno de los representantes legales o personas que integran los órganos directivos de la sociedad infractora que hayan participado en la decisión o acuerdo prohibido, siempre que se acredite que el individuo sancionado haya jugado papel clave o que sirva de base para imputarle una responsabilidad personal por la práctica anticompetitiva.

No esperó mucho nuestra actual autoridad de competencia para poner en práctica esta modalidad sancionadora, y en dos Resoluciones del año 2016, *AIO*<sup>29</sup> (de 31 de marzo) e *INFRAESTRUCTURAS FERROVIARIAS*<sup>30</sup> (de 6 de julio) la CNMC impuso, por primera vez desde su creación en 2013, sanciones económicas no sólo a las empresas integrantes del cártel sino a los directivos implicados en los acuerdos anticompetitivos.

Con motivo de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, dirigida 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, conocida como la Directiva ECN+, la reforma de la LDC, operada por Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, se quiso ampliar esta cifra, para aumentar aún más su carácter disuasorio, sin embargo finalmente no se materializó este aspecto de la reforma.

Tras un período vacilante, con la anulación por parte de la Audiencia Nacional de algunas de estas sanciones, lo que hacía prever que la virtualidad de esta medida quedaba en entredicho, mediante Sentencia de 12 de noviembre de 2020 (rec. núm. 5247/2018), el Tribunal Supremo consolidó finalmente su doctrina jurisprudencial al respecto, delimitando con precisión —y aprobando— los criterios para atribuir responsabilidad por una infracción de derecho de la competencia a las personas que integran los órganos directivos de las entidades infractoras.

### **2.3. Las —fracasadas— propuestas de criminalización de los cárteles**

Son clásicas, en esta materia, las palabras pronunciadas hace más de un cuarto de siglo por el Fiscal General de la División Antitrust del DOJ, Joel I. Klein, en una conferencia precisamente titulada *La guerra contra los cárteles internacionales: lecciones desde el frente de batalla*, cuando señalaba que las conductas típicas de un cártel (fijación de precios, reparto de mercados, amaño de concursos públicos, etc.) son perjudiciales para los negocios, para los consumidores, y para el mercado en su conjunto, y apuntaba:

---

<sup>29</sup> RCNMC de 31 de marzo de 2016, Expediente S/DC/0504/14.

<sup>30</sup> RCNMC de 6 de julio de 2016, Expediente S/0519/14.

«Déjenme ser muy claro en este punto: los cárteles son el equivalente al robo llevado a cabo por ladrones muy bien vestidos, y merece una condena pública e inequívoca»<sup>31</sup>.

Desde luego, pese a que nuestra tradición jurídica es totalmente ajena a este planteamiento, y el conjunto de países de la UE —y el propio ordenamiento previsto en el TFUE— parece ser contrario a criminalizar los cárteles, es el modelo adoptado por los EE.UU. —cuna del derecho antitrust— y es lo más frecuente en los ordenamientos del ámbito anglosajón (Reino Unido e Irlanda) y en muchas otras jurisdicciones en todo el mundo (Méjico, Brasil, etc.).

Es indiscutible que, con independencia de que se apliquen por vía civil o administrativa, las sanciones antitrust tienen naturaleza penal<sup>32</sup>, no sólo no buscan reparar el daño causado —eso más bien está fuera de su intención, y de ahí que se deje a la jurisdicción ordinaria— sino que su finalidad es exclusivamente *punitiva* (castigar por haber llevado a cabo la conducta prohibida) y *disuasoria* (evitar que se repita en el futuro).

En la Unión Europea este debate lleva tiempo abierto, y existen abundantes estudios<sup>33</sup> y análisis sobre el derecho penal europeo tras el Tratado de Lisboa, su fundamento constitucional y la aplicación a los cárteles. Sin embargo, la resistencia a adoptar cualquier medida en este sentido va a encontrar siempre el obstáculo de que el Derecho penal forma parte del núcleo duro de la soberanía estatal, y de ahí la resistencia —lógica— de los Estados miembros a ceder competencias en este ámbito. La mayoría de ellos tipifica estas conductas como ilícitos administrativos; un pequeño grupo prevé sanciones penales (Chipre, Francia, Eslovaquia, Reino Unido, Irlanda y Estonia; limitadamente, también Austria y Alemania).

Como toda política legislativa, para tener el necesario apoyo parlamentario —y la correspondiente asignación presupuestaria— ha de reflejar una cierta demanda social. En un riguroso estudio<sup>34</sup> sobre los «posicionamientos» de la sociedad ante las conductas de fijación de precios, llevado a cabo siguiendo las más estrictas normas estadísticas y econométricas, a través de miles de cuestionarios y entrevistas llevadas a cabo entre ciudadanos de Reino Unido, Alemania, Italia y EE.UU., se concluye de forma inequívoca que la gente entiende que los cárteles son nocivos, y merecen ser castigados. Es también universal e indiscutido el apoyo a la imposición de multas

<sup>31</sup> KLEIN, J.: «The war against international cartels: lessons from the battlefield», Presented at Fordham Corporate Law Institute, 26th Annual Conference on International Antitrust Law & Policy, New York, October 14, 1999 (el subrayado es nuestro). Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/speech/war-against-international-cartels-lessons-battlefront>

<sup>32</sup> *Vid.*, a este respecto, WARDHAUGH, B. (2012): «A normative approach to the criminalization of cartel activity», *Legal Studies* 32(3), pp. 369-395.

<sup>33</sup> LOZANO MANEIRO, A. (2015): «Capítulo 18. La criminalización de los cárteles en la UE», en AA.VV. *La lucha contra los cárteles en España*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, pp. 763-791.

<sup>34</sup> ANDREAS, S. (2015): «Survey of Public Attitudes to Price Fixing in the UK, Germany, Italy and the USA» (July 2015), *CCP Working Paper 15-8*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2642181>

económicas a los directivos por su implicación en el cártel, pero sin embargo la opinión pública respecto a la criminalización de estas conductas no es unívoca.

En los EE.UU. sí hay una mayor concienciación<sup>35</sup>, lo cual no sorprende, habida cuenta del elevado nivel de delitos societarios que tienen lugar allí (*white-collar criminality*) y la prevalencia de conductas ilícitas en el ámbito antitrust.

En España, esta posibilidad se ha apuntado tímidamente desde algún sector doctrinal<sup>36</sup>, pero no podemos decir si quiera que el debate esté abierto. Es cierto que los artículos 262 y 284 del Código Penal (*De la alteración de precios en concursos y subastas públicas* y *Alteración de precios*) tipifican el tradicional delito de «maquinación» para alterar el precio de las cosas —como se llamaba antes—, y podría perfectamente aplicarse a los cárteles empresariales, pero el hecho es que no consta una sola condena firme a una empresa o directivo por esta vía en nuestro derecho. Las propuestas doctrinales más recientes<sup>37</sup> se apoyan en la aprobación de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, para argumentar una potencial criminalización de los cárteles duros en España.

Aquí no pretendemos cerrar el debate, sino únicamente plantearlo, siendo plenamente conscientes de la complejidad e importancia —en esta esfera del ordenamiento, más que en los ámbitos civil o administrativo— de cuestiones como la proporcionalidad<sup>38</sup> de las penas, la salvaguarda de los derechos fundamentales del acusado y la observancia estricta de las garantías procesales que aseguren un trato justo. Precisamente a este respecto, la observancia en los procedimientos sancionadores *antitrust* en la Unión Europea de estos derechos fundamentales y garantías procesales ha llevado al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre relevantes cuestiones en el ámbito del derecho de la competencia.

---

<sup>35</sup> STEPHAN, A. (2011): «Cartel Criminalisation: the role of the media in the “battle for hearts and minds” and beyond», in BEATON-WELLS, C and EZRACHI, A. (eds.): *Criminalising Cartels: Unexplored Dimensions and Unforeseeable Consequences* (Hart Ed., Oxford).

<sup>36</sup> MENDO ESTRELLA, A. (2015): «Capítulo 20. Sobre la criminalización de los cárteles económicos en España», en AA.VV. *La lucha contra los cárteles en España*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, pp. 815 a 844; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2008): «¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los cárteles ante la Justicia penal», en SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J. R. (Coord), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Ed. Colex, Madrid.

<sup>37</sup> FONSECA FORTES-FURTADO, R. (2023): «Cárteles duros y Derecho penal: reflexiones a partir de su reciente criminalización en España», *InDret* n.º 2, pp. 292-324.

<sup>38</sup> *Vid.*, por ejemplo, el cruce de comentarios doctrinales a este respecto en Richard Pike, Ankur Kapoor, Doug Rosenthal & James Ashe-Taylor: «On the Alleged Disproportionate Sentencing of Cartel Managers: A Response to Professor John M. Connor», *Competition Policy International*, September 2016. Disponible en: <http://www.competitionpolicyinternational.com> (última consulta el 20 de marzo de 2024).

En efecto, la cuestión sobre la observancia de las debidas garantías procesales, en la actualidad objeto de todo tipo de comentarios doctrinales<sup>39</sup> y análisis<sup>40</sup>, arrancó en 1974, a partir de la Sentencia *Nold*<sup>41</sup>, considerada como la pionera en reconocer el Tribunal de Justicia la necesidad de proteger los derechos fundamentales en el contexto de un procedimiento sancionador derivado de un ilícito anticompetitivo.

En torno a la década de los años ochenta, cuando tuvieron lugar las primeras denuncias por entender que el sistema comunitario de aplicación del derecho de la competencia infringía el artículo 6 (1) de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), dado que la Comisión combinaba en un mismo órgano las funciones de fiscal y de juez, y su naturaleza administrativa distaba mucho de los rasgos jurisdiccionales que debería tener una institución que aplicaba un derecho sancionador.

Hacia mitad de la década del año 2000, se da comienzo a otra etapa diferenciada, y es cuando en las denuncias se hace referencia no ya a una violación de los derechos fundamentales por parte del «sistema» de aplicación del derecho de competencia como tal, sino en lo referente a los individuos en concreto. Esta última fase tiene su punto de partida en la adopción del Tratado de Lisboa, que prevé la adhesión de la propia Unión Europea al sistema de garantías de la CEDH, y la Sentencia *Menarini*<sup>42</sup>, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que califica el derecho antitrust como de naturaleza *cuasi-penal*<sup>43</sup>, debido —entre otros motivos— al sensible aumento del número y cuantía de las multas impuestas por ilícitos anticompetitivos.

En efecto, Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, la UE se ha adherido al CEDH. Esta adhesión<sup>44</sup> permitió al TEDH controlar la conformidad de los actos de la UE con respecto al CEDH, lo que ha contribuido a reforzar la protección de los derechos fundamentales. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), texto complementario del anterior —y que no está incluida en el Tratado de Lisboa, simplemente se adjunta en forma de declaración— tiene por objeto proteger los derechos fundamentales de las

---

<sup>39</sup> WILS, W. (2011): «EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees» en *World Competition*, Vol. 34, nº 2, pp. 1-32.

<sup>40</sup> LENAERTS, K. (2013): «Due process in competition cases», *1(5) Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, pp. 175-182.

<sup>41</sup> Sentencia de 14 de Mayo de 1974, *J. Nold, Kohlen— undBaustoffgrosshandlung c. Comisión de las Comunidades Europeas*, Asunto 4/73, [1974] P-ECR 491, n.º 13.

<sup>42</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de Septiembre de 2011, asunto *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*.

<sup>43</sup> *Vid.*, a este respecto, el acertado análisis de BELLAMY, C. (2012): «Menarini post ECHR and competition law: An overview of EU and national case-law» en *e-Competitions*, n.º 47946, (5 Julio 2012).

<sup>44</sup> SÁNCHEZ-GRAELLS, A. (2012): «The EU's Accession to the ECHR and Due Process Rights in EU Competition Law Matters: Nothing New Under the Sun?». Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2156904>

personas frente a actos adoptados por las Instituciones de la UE y por los Estados miembros en aplicación de los Tratados de la Unión.

## 2.4. El efecto también disuasorio de la aplicación privada del D.º de la Competencia

Como es sabido, en todos los debates previos a la aprobación de la Directiva 2014/104/UE se insistió infatigablemente en la complementariedad entre la aplicación pública y la aplicación privada del Derecho de la Competencia, como sistemas que están llamados a complementarse, no a ser sustitutivo uno del otro. Esto corresponde al entendimiento de que cada uno tiene sus propios objetivos en el marco del fin común de la defensa de la competencia: el *public enforcement* busca el efecto disuasorio (*deterrence*) a través de la política sancionadora, mientras que el *private enforcement* busca el resarcimiento patrimonial de los perjudicados por una práctica anticompetitiva.

Sin embargo, ello no impidió que se cuestionara si el previsible desarrollo de las acciones de daños llevaría a un detrimento del *public enforcement*: «la aplicación pública y privada del derecho de la competencia deben apoyarse mutuamente e interactuar de forma coordinada, logrando que la intensificación y aumento de las reclamaciones de daños no perjudique la aplicación administrativa de la norma»<sup>45</sup>. Este debate ha ocupado un papel muy señalado en las sentencias que se han ido dictando al hilo de cuestiones prejudiciales en torno al cártel de los camiones. Así, en la reciente decisión *Sumal c. Mercedes*<sup>46</sup> señala el TJUE que:

*«al igual que la aplicación de las normas de competencia de la Unión por las autoridades públicas (public enforcement), las acciones de resarcimiento por daños y perjuicios por infracción de tales normas (private enforcement) forman parte integrante del sistema de aplicación de estas normas, que tiene por objeto sancionar los comportamientos de las empresas contrarios a la competencia y disuadirlas de incurrir en ellos» (apartado 37).*

Esta afirmación, que sin duda destaca por su rotundidad, se apoya explícitamente en la reciente sentencia *Skanska*<sup>47</sup>, que también resuelve una cuestión prejudicial al hilo de

---

<sup>45</sup> CASTRO-VILLACANA, D. (2016): «La transposición de la *Directiva de Daños* de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia», en *Anuario de la Competencia 2015*, Ed. Marcial Pons, Madrid, pág. 445.

<sup>46</sup> STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *Sumal, S. L., contra Mercedes Benz Trucks España, S.L.*, As. C-882/19 (ECLI:EU:C:2021:800).

<sup>47</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 14 de marzo de 2019, As. C-724/17, *Skanska Industrial Solutions y otros* (ECLI:EU:C:2019:204), apartado n.º 45.

las reclamaciones de daños antitrust. Como puede deducirse de la literalidad de la expresión, asigna a la aplicación privada la función disuasoria que siempre se ha considerado como propia (¿y exclusiva?) de la aplicación pública del Derecho de la Competencia.

En sus conclusiones a otro asunto similar (discutiendo sobre el concepto de «empresa», y quiénes son los destinatarios de las normas de competencia, y en qué medida los infractores son los responsables a efectos de la reclamación de daños en el cártel de los camiones), ya había manifestado el A.G. Wahl con toda rotundidad que: «*Al utilizar expresiones categóricas como derechos y eficacia del Derecho de la competencia de la Unión, el Tribunal de Justicia recalcó especialmente la función disuasoria de las demandas de indemnización de daños por infracción del Derecho de la competencia de la Unión*»<sup>48</sup>. Por su parte, en *Sumal c. Mercedes* el TJUE sigue con un discurso igualmente explícito en este mismo sentido: «*más allá de la propia reparación del perjuicio alegado, la apertura de este derecho contribuye a la consecución del objetivo disuasorio que se halla en el centro de la acción de la Comisión*» (apartado 36).

Así, el actual sistema de *enforcement* «bifurcado»<sup>49</sup> (público y privado) persigue la disuasión como objetivo principal, lo que no excluye la búsqueda de compensación por los daños causados por las prácticas anticompetitivas de las prácticas anticompetitivas. Por lo tanto, las dos ramas que componen el sistema de aplicación, persiguen un objetivo común, a saber, la disuasión del comportamiento anticompetitivo<sup>50</sup>. Y más allá de la sanción económica en vía administrativa, sería muy poco «disuasorio» para la empresa infractora que debido a dificultades procesales o a la asimetría informativa en la que habitualmente se encuentra el demandante de daños derivados de una práctica anticompetitiva, la responsable quedara «impune», y no se pudiera hacer efectiva su obligación de resarcir el perjuicio económico causado.

---

<sup>48</sup> Conclusiones del Abogado General Wahl, presentadas el 6 de febrero de 2019, Asunto C 724/17, *Vantaan kaupunki contra Skanska Industrial Solutions Oy NCC Industry Oy Asphaltmix Oy* (ECLI:EU:2019:100), apartado 29.

<sup>49</sup> Sigue el AG Wahl, en las citadas Conclusiones en *Skanska* profundizando en esta cuestión, y habla de dos ramas que han de considerarse como un único sistema: «*Ello se debe a que una demanda civil de indemnización por daños y perjuicios, al igual que la aplicación del Derecho de la competencia en el ámbito público por las autoridades de defensa de la competencia, también persigue —aunque por un mecanismo distinto— disuadir a las empresas de llevar a cabo comportamientos contrarios a la competencia. En efecto, como Vantaan kaupunki señaló, la aplicación en el ámbito público y la aplicación en el ámbito privado del Derecho de la competencia de la Unión forman parte de un sistema completo, aunque con dos ramas, que ha de considerarse como un todo.*» (Apartado 76).

<sup>50</sup> Este razonamiento es igualmente recogido por el profesor ALFARO ÁGUILA-REAL, J., en un comentario precisamente a la Sentencia del Juzgado Mercantil n.º 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019, cuyo ponente es el Magistrado Eduardo Pastor y a la que haremos abundantes referencias en los siguientes apartados. «*Cártel de camiones: estimación judicial de la cuantía del daño y legitimación pasiva de la filial nacional del grupo sancionado*», en el blog *Almacén de Derecho*, 4 de marzo de 2019. Disponible en: <https://almacenederecho.org/cartel-de-camiones-estimacion-judicial-de-la-cuantia-del-dano-y-legitimacion-pasiva-de-la-filial-nacional-del-grupo-sancionado> (último acceso el 7 de marzo de 2024).

De ahí que, como hemos tenido oportunidad de poner de manifiesto en anteriores publicaciones<sup>51</sup>, el pronunciamiento del TJUE en el asunto<sup>52</sup> *Tráficos Manuel Ferrer* recoge (apartado 4) el Considerando n.º 11 de la Directiva 2014/104/UE: «Todas las normas nacionales que regulan el ejercicio del derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por una infracción de los artículos 101 o 102, incluidas las relativas a aspectos no abordados en la presente Directiva, como el concepto de relación causal entre la infracción y los daños y perjuicios, han de observar los principios de efectividad y equivalencia. Ello quiere decir que no se deben formular o aplicar de manera que en la práctica resulte imposible o excesivamente difícil el ejercicio del derecho a resarcimiento garantizado por el TFUE».

Y, seguidamente, en el apartado 9 del marco jurídico en el que va a pronunciarse, recoge el TJUE el Considerando n.º 45 de la Directiva de Daños: «La cuantificación del perjuicio ocasionado en casos de infracción del Derecho de la competencia puede constituir, por lo tanto, un obstáculo significativo que impide la eficacia de las reclamaciones de daños y perjuicios». De ahí que, como se puede fácilmente apreciar, la cuantificación del daño lejos de ser un aspecto más del procedimiento, o una cuestión meramente relegada a los peritos económicos y sus informes, puede erigirse en un impedimento de la eficacia de todo el sistema.

Es más, como acertadamente señala el TJUE en el párrafo n.º 41 de su pronunciamiento, «*el legislador de la Unión partió de la apreciación de que la iniciativa del sector público, es decir, de la Comisión y de las autoridades nacionales de la competencia, para combatir los comportamientos contrarios a la competencia no era suficiente a efectos de garantizar el pleno respeto de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, y de que debía facilitarse al sector privado la posibilidad de contribuir al cumplimiento de ese objetivo*». Este razonamiento está en el trasfondo del pionero pronunciamiento de 20 de febrero de 2019<sup>53</sup> del Magistrado Pastor, que integra en delicado equilibrio los principios de efectividad e indemnidad, junto con los de debido respeto al derecho de defensa del demandado.

Así, señala (apartado 90) que: «Una empresa cartelista también es beneficiaria del principio de efectividad que establece la Directiva de daños. La regla de indemnidad debe excluir, de igual manera, escenarios de sobrecompensación tanto como los de infracompensación. Sin embargo, sin alteración de esas reglas de indemnidad y efectividad, hay consecuencias que normalmente deben seguirse de escenarios de insuficiencia probatoria (...). Pero, en la aplicación privada del derecho de la competencia, la regla de vinculación a lo resuelto por la autoridad de competencia, el

---

<sup>51</sup> DÍEZ ESTELLA, F. (2023): «De nuevo la batalla por la cuantificación del daño y la estimación judicial: La STJUE *Tráficos Manuel Ferrer*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 15 (Octubre), N.º 2, pp. 1187-1212.

<sup>52</sup> STJUE (Sala Segunda) de 16 de febrero de 2023, As. C-313/21 (ECLI:EU:C:2023:99).

<sup>53</sup> Sentencia del JMerc. n.º 3 de Valencia, de 20 de febrero de 2019 (ECLI:ES:JMV:2019:34).



principio de efectividad, el juego de presunciones o la distribución de funciones procesales basadas en la constatación de asimetrías informativas, pueden determinar que, en escenarios como el presente, el juez haga uso de sus facultades de estimación relativa de los daños sufridos por ese actor, que son el corolario de la regla *ex re ipsa* en su formulación plena y conforme con la Directiva de daños».

Aplicación pública y privada son, por tanto, dos dimensiones de una misma realidad: la existencia de conductas contrarias a la libre competencia, que causan un perjuicio al mercado, a las empresas competidoras de las infractoras, y en última instancia —y en todo caso— a los consumidores. Citando la jurisprudencia *PACCAR* y otros<sup>54</sup>, lo sintetiza el TJUE en el apartado 42 de su sentencia, respondiendo a la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas por el juzgado valenciano: «*Esta participación del sector privado en la sanción pecuniaria y, por ende, en la prevención de comportamientos contrarios a la competencia es tanto más deseable si se tiene en cuenta que no solo permite poner remedio al daño directo que la persona en cuestión alegue haber sufrido, sino también a los daños indirectos causados a la estructura y al funcionamiento del mercado, que no ha podido desplegar su plena eficacia económica, en particular en beneficio de los consumidores afectados*».

Como ha señalado en una publicación doctrinal precisamente el magistrado que elevó la cuestión prejudicial, «de alguna manera, debe considerarse también que la aplicación privada del derecho de la competencia coadyuva a la consecución de los fines de la aplicación pública de este derecho, que son los de inhibir conductas ilícitas»<sup>55</sup>. Otros autores van aún más allá, llegando a afirmar que la función disuasoria «es la que vertebra el sistema de responsabilidad civil por infracciones del Derecho de la Competencia»<sup>56</sup>.

---

<sup>54</sup> STJUE de 10 de noviembre de 2022, As. C-163/21 (ECLI:EU:C:2022:863), apartado n.º 56 y ss.

<sup>55</sup> PASTOR MARTÍNEZ, E. (2020): «Acciones “follow on”: la estimación judicial del daño en la práctica reciente de la jurisprudencia española», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 317, p. 16.

<sup>56</sup> MARTÍ MIRAVALLS, J. (2021). «Cuestiones sustantivas sobre las reclamaciones de daños en el marco del cártel de los fabricantes de automóviles», en *Nuevos horizontes del Derecho de la Competencia*, Ed. Ateliers, Valencia, pág. 18.

### 3. LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR CON LAS AA.PP. POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

#### 3.1 Contratación pública y Derecho de la competencia

La garantía de una competencia real y efectiva en el mercado de las licitaciones públicas permite el crecimiento productivo gracias al impulso de la rivalidad y la innovación<sup>57</sup> a la vez que se alcanzan objetivos estratégicos<sup>58</sup>, de calidad y eficiencia. La protección de la libre competencia en las contrataciones entre las Administraciones Públicas y los particulares facilita que los licitadores presenten las mejores ofertas posibles en relación con los bienes y servicios que ofrecen, y de los que se van a aprovisionar los poderes públicos.

La conexión entre la contratación administrativa y la libre competencia es bien estrecha. Ésta es fundamental para la adecuada salvaguarda de los intereses generales en términos cuantitativos y cualitativos. Más aún si cabe a raíz de las últimas tendencias en compra pública, destinada en muchas ocasiones a alcanzar logros estratégicos y de interés general más allá de la mera satisfacción funcional del contrato<sup>59</sup>. Una visión prospectiva de la contratación pública que requiere superar visiones rígidas y con poca prospectiva para luchar contra el falseamiento de la competencia y la discriminación<sup>60</sup>.

La libre competencia y la igualdad entre licitadores son principios constitutivos del Derecho de la contratación pública actual<sup>61</sup>, y promueven de manera directa la satisfacción de los intereses generales. Gracias a la libre competencia en este ámbito se incentiva la rivalidad entre operadores para que cada uno de ellos realice las mejores ofertas en términos de calidad y precio de las que se beneficiará la ciudadanía en su conjunto, y una Administración que será más eficiente en la gestión de los asuntos públicos sin perjuicio de los necesarios estándares de calidad que ha de observar.

La libre competencia es un principio informador del mercado único europeo (arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) y de la contratación

---

<sup>57</sup> PORTER, M., «Competition and Antitrust, towards a Productivity Based Approach to Evaluating Mergers and Joint Ventures», *The University of West Los Angeles Law Review*, núm. 33, 2001, pp. 17-34.

<sup>58</sup> HERCE MAZA, J. I., «Buena administración y cláusulas sociales como condiciones especiales de ejecución en los contratos públicos: hacia el interés general desde la compra pública», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 59, 2023, pp. 77-118.

<sup>59</sup> GIMENO FELIU, J. M., «El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, 2022.

<sup>60</sup> La sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, 1329/2018, de 19 de julio de 2018, rec. 2181/2016.

<sup>61</sup> MORENO MOLINA, J. A., «Los principios generales de la LCSP 2017», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. extra. 1, 2019, pp. 21-34. PINTOS SANTIAGO, J., «El sistema de contratación pública español. Una visión constructiva a sus principios generales: la incorporación de los principios de promoción del desarrollo humano y de sostenibilidad ambiental», *Contratación administrativa práctica: revista de contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 139, 2015, pp. 7-19.

pública, que ha de ponerse en relación con el resto de los principios de la materia como la igualdad, la selección de la oferta más ventajosa, libertad de acceso, publicidad, transparencia, no discriminación y eficiencia en el gasto público<sup>62</sup>. Así lo expone la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 y la LCSP. La interpretación de estos principios reguladores de la contratación exige una visión orientada a la consecución de los objetivos comunitarios en el mercado europeo<sup>63</sup>. Una competencia real y efectiva ayudará a la realización del resto de los principios de la contratación pública señalados por el legislador europeo y nacional. La defensa de la competencia en la contratación pública es un instrumento para garantizar el respeto de los demás principios constitutivos del derecho de la compra pública.

La contratación pública será accesible, íntegra y eficiente en términos de gasto público si se garantiza una competencia real y efectiva entre los licitadores<sup>64</sup>. En estos últimos años se ha conectado con cada vez mayor intensidad la contratación administrativa y la libre competencia a la vez que se ha incrementado la complejidad de la materia y el perfeccionamiento técnico de las prácticas colusorias<sup>65</sup>. Estas circunstancias han generado una gran preocupación en los órganos de contratación y las autoridades de competencia<sup>66</sup>, que requieren de instrumentos técnicos y jurídicos para frenar las prácticas colusorias en esta materia.

Las entidades públicas garantes de la competencia pueden y deben desempeñar un papel activo para proteger la libre competencia en los procesos licitatorios. No es cuestión baladí que un 30% de los expedientes tramitados en 2018 por la Autoridad Catalana de la Competencia estuvieran vinculados a las prácticas colusorias en la contratación pública. Una de las principales preocupaciones (y prioridades) de las mencionadas autoridades es garantizar la competencia y la libre competencia en las compras públicas desde un punto de vista formal y económico<sup>67</sup>.

Para la LDC los acuerdos entre licitadores con objeto de *repartirse* los concursos públicos falseando la libre dinámica del mercado es una de las conductas más graves<sup>68</sup>.

---

<sup>62</sup> MAÑES MARTÍNEZ, E. «La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacia una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, núm. 6, 2015, p. 392 y 404.

<sup>63</sup> Sentencia del TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3.ª, 1329/2018, de 19 de julio de 2018, n.º rec. 2181/2016.

<sup>64</sup> URRESOLA CLAVERO, A., «La defensa de la competencia como palanca para una contratación pública íntegra y alineada con el cumplimiento normativo», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2022, p. 265.

<sup>65</sup> RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., «Prácticas anticompetitivas y contratación pública: la visión de una autoridad de competencia», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 62, 2021, p. 256-257.

<sup>66</sup> Lo que se ha puesto de manifiesto en la aprobación de numerosas guías para la lucha contra la colusión en la contratación pública por la CNMC y de las autoridades autonómicas de defensa de la competencia.

<sup>67</sup> RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., «Prácticas anticompetitivas y contratación pública: la visión de una autoridad de competencia», *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 62, 2021, p. 256-257.

<sup>68</sup> Resolución de la Comisión Galega da Competencia 6/2023, exp. Licitación Urbanización de Consorcio Zona ranca de Vigo.

Nos recuerda la Resolución de 23 de diciembre de 2019 (Expediente 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña) resuelto por el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia, que la alteración de la competencia por parte de los operadores económicos que toman parte en las licitaciones públicas elimina los beneficios que supone la libre competencia en detrimento del interés general y favorece a las empresas que forman parte de los acuerdos competitivos. Estas conductas perjudican a las AA.PP. y a la ciudadanía en su conjunto, no solo desde un punto de vista de eficiencia económica, sino también desde aspectos cualitativos vinculados a la prestación a realizar.

Las autoridades de competencia pueden actuar, en relación con la contratación pública, en las distintas fases del proceso de contratación. Su labor no se limita a la fase de presentación de ofertas y adjudicación, sino que pueden actuar en todas las fases: en el diseño, adjudicación y ejecución, para prevenir, detectar y corregir, respectivamente, la colusión en las compras públicas<sup>69</sup>.

Más allá de la posible sanción administrativa que puede imponer una autoridad de la competencia por prácticas colusorias, quienes se vean sancionados podrán ver restringida su capacidad de contratar con la Administración Pública. El art. 65.1 LCSP establece que es requisito indispensable para ser contratista del Sector Público el no estar incurso en una prohibición para contratar. Una de las causas que llevan aparejada la prohibición para contratar es el haber sido sancionado con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia. Dedicaremos unas breves líneas a exponer los aspectos más importantes de las prohibiciones de contratar para, con posterioridad, analizar si nos encontramos ante verdaderas sanciones *antitrust* o medidas precautorias y protectoras limitadoras de derechos.

### **3.2. Prohibiciones para contratar y falseamiento de la competencia**

*In genere* las prohibiciones de contratar son una consecuencia jurídica atribuida por el Ordenamiento jurídico originadas por un motivo de desconfianza respecto de quienes proyectan ser contratistas públicos. Su establecimiento evidencia una doble preocupación por parte del sector público: i) encontrar un contratista que aporte las garantías necesarias para una adecuada ejecución de las prestaciones contractuales y ii) no contratar con aquellos que han violentado la legislación o incumplido sus obligaciones<sup>70</sup>. Son medidas de protección de los intereses públicos que construyen

---

<sup>69</sup> REALPI CAMPALANS, M., «La lucha contra la colusión en la contratación Pública», *Economía Industrial*, núm. 415, 2020, p. 50.

<sup>70</sup> MEDINA ARNAIZ, T., «Las prohibiciones de contratar en el Derecho de la Unión Europea», Tesis Doctoral, Universidad de Burgos, 2015, pp. 58 y 59.

barreras de entrada al mercado público<sup>71</sup> que, en función de la prohibición a aplicar, pueden causar un daño muchas veces irreversible a su destinatario cuando esta trae causa de la realización de una serie de conductas ilícitas sancionadas por la Administración. La estructura jurídica de las prohibiciones para contratar incluye parámetros éticos que constituyen el ámbito natural en el que se desenvuelven las medidas para garantizar la integridad en el procedimiento de contratación<sup>72</sup>.

Las prohibiciones de contratar con el sector público suponen una tacha a la honorabilidad del potencial licitador<sup>73</sup> por la infracción de una serie de deberes éticos y jurídicos que implican un reproche del legislador que, además, alcanzan notoriedad tras su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado. Estas prohibiciones asumen que determinadas conductas producen un riesgo para el tráfico jurídico que debe ser evitado<sup>74</sup>, pues atentan contra la buena fe y rompen con el principio de confianza que ha de presidir las relaciones entre los poderes públicos y los potenciales contratistas<sup>75</sup>.

El art. 71 LCSP prevé un catálogo de prohibiciones para contratar que cubre una casuística muy amplia. Si se examina la variedad de situaciones contempladas podrá comprobarse que su fundamento varía en función del interés público a proteger<sup>76</sup>, que abarca desde el rechazo a quienes no actúan diligentemente como ciudadanos en el ámbito jurídico a aquellas situaciones en las que es necesario garantizar que no hay elementos que puedan comprometer el principio de objetividad. No todas las prohibiciones de contratar responden a los mismos objetivos.

El art. 71.1.b) LCSP se refiere expresamente a la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas a las personas físicas o jurídicas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia. El sentido común nos lleva a pensar que dicho tipo normativo incluye también a las personas físicas o jurídicas que hayan sido sancionadas con carácter firme por cometer infracciones muy graves. Si se consideran verdaderas sanciones dicha inferencia lógica pudiera conllevar una quiebra del principio de legalidad y tipicidad, con independencia

---

<sup>71</sup> CADEMARTORI, D., «Buena administración y procedimientos de selección de contratistas: análisis de mecanismo jurídicos e informativos para alcanzar la eficiencia en las contrataciones públicas», Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2010, p. 263.

<sup>72</sup> GALLEGO CÓRCOLES, I., «Prohibiciones de contratar: el régimen de incompatibilidades», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 40, 2005, p. 54.

<sup>73</sup> CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 233.

<sup>74</sup> Sentencia del TS, Sala Tercera, de 30 de enero de 2007, n.º rec. 2871/2004.

<sup>75</sup> Sentencia del TS de 7 de noviembre de 2006, (RJ 2006, 9055)

<sup>76</sup> FERNÁNDEZ MALLOL, A. L., «La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno», *REALA*, núm. 2., 2014.

del canon interpretativo aplicable y del sentido común. En cualquier caso, aun considerándolas meramente como norma restrictiva o limitadora de derechos, el contenido de la prohibición de contratar deberá interpretarse de forma restrictiva y atendiendo a la realidad de la infracción en su intensidad y alcance.

Se exige para la aplicación de la prohibición de contratar la firmeza de la sanción. Ésta es predicada tanto en vía administrativa como jurisdiccional. Un acto administrativo es firme cuando ya no cabe recurso alguno contra el mismo, ni recurso administrativo (ante la Administración) ni recurso contencioso-administrativo (ante los tribunales). Por lo tanto, un acto recurrido ante los tribunales contencioso-administrativos y que se halla pendiente de sentencia, no es un acto firme<sup>77</sup>.

Entendemos que el art. 71.1.b) LCSP es aplicable a las infracciones graves y muy graves en la materia, y abarca, por razón de los arts. 62.3 y 62.4 LDC los acuerdos colusorios (art. 1. LDC), abusos de posición de dominio (art. 2 LDC) o conductas de competencia desleal que afectan al interés general (art. 3 LDC)<sup>78</sup> declaradas por las autoridades de competencia. En las siguientes líneas se hará referencia a su naturaleza jurídica. No han de ser confundidas con los motivos de exclusión derivados de los indicios de colusión que puede ser apreciado de oficio por el órgano de contratación<sup>79</sup>, cuyo régimen sustantivo y procedimiento es distinto al del tema que nos ocupa en este escrito.

La prohibición de contratar es una de las medidas más graves que pueden ser adoptadas en el ámbito de la contratación pública. Tal es su fuerza represiva que la exclusión de personas físicas y jurídicas de la dinámica de la contratación con las Administraciones Públicas puede llegar a comprometer la viabilidad del proyecto empresarial afectado a corto y medio plazo<sup>80</sup>. Con independencia de los debates doctrinales sobre la materia y de su catalogación jurídica, puede concluirse que es una medida negativa con, al menos, cierto sesgo sancionatorio<sup>81</sup>, al menos en los términos previstos en el art. 71.1.b). En las siguientes líneas defenderemos que las prohibiciones de contratar resultantes de una actividad de falseamiento de la competencia son una verdadera sanción antitrust.

---

<sup>77</sup> Resolución de 8 de febrero de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Lepe, por la que se suspende la inscripción de una escritura de aceptación y adjudicación de herencia.

<sup>78</sup> Consideramos que el incumplimiento de lo previsto en una resolución de una autoridad de la competencia o la ejecución de una operación de concentración sin autorización preceptiva pertenecen al ámbito procedimental y no sustantivos, por lo que no generan de forma directa un falseamiento de la competencia.

<sup>79</sup> Resolución 60/2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

<sup>80</sup> AYMERICH CANO, C., «Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 53, 2019, p. 307.

<sup>81</sup> MEDINA ARNAIZ, T., «Las prohibiciones de contratar en el Derecho de la Unión Europea», Tesis Doctoral, Universidad de Burgos, 2015, p. 97.

### 3.3. Naturaleza de la prohibición: verdadera sanción *antitrust*

Hemos señalado en la introducción de este trabajo la existencia de dos posturas jurisprudenciales y doctrinales en relación con la naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar con la Administración. ¿Cuál es su naturaleza jurídica? Una visión mayoritaria defiende que las prohibiciones para contratar tienen carácter precautorio y protector de las AA.PP., mientras que otra corriente las considera auténticas sanciones administrativas a las que hay que aplicar con total intensidad las garantías del Derecho administrativo sancionador<sup>82</sup>. No es una cuestión unánime ni baladí, pues en la actualidad hay distintas posiciones jurisprudenciales vivas y contradictorias entre sí<sup>83</sup>. El Tribunal Supremo en los últimos años ha mostrado distintas visiones sobre la naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar.

La STS de 28 de marzo de 2006 (n.º rec. 4907/2003) señala que las prohibiciones de contratar suponen una medida de gravamen no sancionatoria. En la misma línea la STS de 31 de mayo de 2007 (n.º rec. 9762/2004) negó el carácter sancionador de las prohibiciones de contratar. La no consideración de las prohibiciones de contratar como sanciones supone la exclusión de la aplicación de principios como el de legalidad, culpabilidad, *non bis in idem* o retroactividad<sup>84</sup>. Sin embargo, en la STS de 30 de abril de 2014 (n.º rec. 1530/2013) el Alto Tribunal reconoció que la prohibición de contratar se corresponde con el ejercicio de una potestad sancionadora. En la citada sentencia se aplicaron los requisitos temporales de prescripción del Derecho administrativo sancionador. Un año después el TS dio un nuevo viraje, en el que defendió que la prohibición de contratar es una medida híbrida, restrictiva de derechos, a la que hay que aplicar algunos principios propios del Derecho sancionador. Así lo ha expuesto en la STS de 17 de marzo de 2015 (n.º rec. 1228/2012) y la STS de 14 de septiembre de 2021. Sigue así la línea de la doctrina del Tribunal Constitucional en su STC 61/1990, de 29 de marzo. La incertidumbre derivada de las resoluciones administrativas y judiciales contradictorias genera inseguridad jurídica para quienes tienen por práctica habitual el contratar con las Administraciones públicas.

La mayor parte de la doctrina y jurisprudencia niega naturaleza sancionadora de las prohibiciones para contratar. Se han considerado tradicionalmente medidas de protección para asegurar la integridad del proceso de contratación<sup>85</sup>. Mediante su introducción se trata de evitar que puedan celebrar contratos con ellas los operadores económicos que, por causas de distinta naturaleza, se prevé que no puedan cumplir con

---

<sup>82</sup> Vid. Nota al pie 7 y 8.

<sup>83</sup> PARICIO RALLO, E., «Defensa de la competencia y contratación pública», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 54, 2020, p. 208.

<sup>85</sup> GOMEZ FARIÑAS, B. «Las medidas de self-cleaning: un análisis desde la perspectiva del principio de proporcionalidad», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 48, 2018.

las obligaciones contraídas o no son dignas de confianza por su falta de seriedad en el desarrollo de la actividad empresarial<sup>86</sup> ¿Es esta afirmación aplicable a todas las prohibiciones para contratar?

Parece clara la función precautoria en, por ejemplo, los supuestos en los que el potencial licitador haya solicitado la declaración de concurso voluntario, haya sido declarado insolvente o en concurso (art. 71.1.1.c)). La prohibición de contratar en este caso actúa para evitar los daños que pudieran ocasionarse para el interés público en el caso de que la empresa adjudicataria no tuviera medios económicos y financieros para ejecutar la prestación objeto del contrato. Así las cosas, también son un mecanismo de prevención de conflictos de interés en aquellos casos en los que se establecen para evitar que participen en licitaciones personas que pudieran comprometer la objetividad del órgano de contratación vía causas de incompatibilidad<sup>87</sup>.

Las prohibiciones de contratar también suponen una técnica disuasoria de cumplimiento normativo, pues en aquellos casos en los que una licitadora se encuentre dentro de los distintos supuestos del art. 71 LCSP, no podrá formar parte de la dinámica contractual con la Administración Pública. En este aspecto son un elemento disuasorio dadas las consecuencias negativas que puede suponer incurrir en falsedad en la presentación de la declaración responsable o no estar al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias o de la Seguridad Social (art. 71.1.e) o art. 71.1.d)).

Las prohibiciones de contratar promueven la integridad en el proceso de compra pública y actúan como instrumentos para asegurar una adecuada dinámica contractual de los poderes públicos. Tal es así que, en virtud de lo expuesto, ha de reconocerse su carácter i) disuasorio, ii) precautorio y iii) protector de las AA.PP. El carácter disuasorio de las prohibiciones de contratar puede ser aún mayor que el de las multas, especialmente para aquellas empresas que desarrollan su actividad profesional como proveedores de bienes o servicios de las Administraciones Públicas.

Sin excluir las manifestaciones anteriores: ¿pueden ser consideradas verdaderas sanciones *antitrust*? De la lectura del art. 71.1.b) LCSP parece deducirse que no tienen naturaleza sancionadora, aunque desde una perspectiva material persigue una finalidad punitiva muy similar, sino idéntica, a las sanciones administrativas<sup>88</sup>. El problema se resolvería si estuviera prevista de forma expresa como una medida punitiva accesoria

---

<sup>86</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 18 de marzo de 2015 (RJ 2015, 134770).

<sup>87</sup> CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «La integridad y la transparencia en la contratación pública», *Anuario del Gobierno Local*, 2018, p. 116. BERMEJO VERA, J., «Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público» en n J. M.a Gimeno Feliú, I. Gallego Córcoles, F. Hernández González & J. A. Moreno Molina (eds.), *Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)* (pp. 411-422). Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015.

<sup>88</sup> GUILLÉN CARAMES, J., «Nuevos retos de las prohibiciones de contratar por infracciones del derecho de la competencia: ¿son o no verdaderas sanciones?», *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia*, 2022.



en la LDC en lugar de una prohibición de contratar en la LCSP, tal y como sucede en el supuesto del art. 71.1.f) LCSP<sup>89</sup>.

A este respecto destaca el voto particular que formula la Consejera María Pilar Canedo en la Resolución de la CNMC del expediente S/DC/0612/17 Montaje y Mantenimiento Industrial. Para la Consejera la prohibición de contratar es una consecuencia represiva de la conducta contraria al Derecho de la competencia que se incorpora a las multas, obligaciones de comportamiento, reclamaciones de daños o sanciones a los directivos.

Dos elementos son señalados por el profesor Guillén Caramés<sup>90</sup> para su consideración material como sanciones antitrust: a) teleológico y b) punitivo.

Desde un punto de vista teleológico persiguen la misma finalidad que las sanciones administrativas. La Administración puede imponer sanciones por las transgresiones del Ordenamiento jurídico tipificadas como infracciones administrativas. La facultad se otorga a la Administración para que prevenga y reprima vulneraciones del Ordenamiento jurídico en aquellos espacios cuya intervención y cuidado les ha sido encomendados<sup>91</sup>. Las prohibiciones de contratar por falseamiento de la competencia tratan de prevenir y disuadir las conductas colusorias por parte de los operadores económicos que participan en las licitaciones públicas.

Las sanciones administrativas se caracterizan por su carácter represivo y punitivo<sup>92</sup>. Causan un perjuicio basado en una conducta ilícita que actúa como un castigo adicional a la multa pecuniaria. Aunque están configuradas en el marco de la normativa en materia de contratación, suponen un perjuicio causa de la contravención de la normativa sectorial en defensa de la competencia. Para clarificar este aspecto sería conveniente, como se ha expuesto, que la LDC incluyera como sanción accesoria las prohibiciones de contratar por vulneraciones del Derecho de la competencia<sup>93</sup>.

En nuestra opinión las prohibiciones de contratar tienen un carácter preventivo, pero también represivo, dado que suponen una restricción de derechos en aras de la salvaguarda del interés general<sup>94</sup> que causa un perjuicio grave y directo a su receptor, lo que a su vez requiere de un marco jurídico suficientemente garantista para quien se

---

<sup>89</sup> No puede contratar con la Administración quién se encuentre afectado por una prohibición de contratar impuesta en virtud de sanción administrativa firme, con arreglo a lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, o en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

<sup>90</sup> GUILLÉN CARAMÉS, J., «Nuevos retos de las prohibiciones de contratar por infracciones del derecho de la competencia: ¿son o no verdaderas sanciones?», *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia*, 2022.

<sup>91</sup> CANO CAMPOS, T., “Derecho administrativo sancionador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43, 1995, p. 339.

<sup>92</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Multas administrativas». *Revista de Administración Pública*, núm. 79, 1976, p. 10

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de diciembre de 2009, Serrantoni C-376/08.

ve excluido en un ámbito geográfico y tiempo determinado, de contratar con la Administración.

La consideración de esta prohibición como sanción supondría, se ha señalado, la vigencia de los principios clásicos del derecho administrativo sancionador junto con aspectos como la carga de la prueba y la posibilidad de graduación de la responsabilidad. Es necesario superar visiones estrictamente formalistas y atender a sus características materiales para sujetarlas de forma plena al régimen garantista que ofrece el Derecho administrativo sancionador.

### **3.3. El principio de proporcionalidad en su aplicación**

Su consideración como sanciones implica la aplicación plena y automática de los derechos y garantías del derecho administrativo sancionador, como eficacia, disuasión, proporcionalidad, legalidad, régimen de prueba o tutela administrativa efectiva. Las prohibiciones de contratar son un instrumento sancionador a disposición de las autoridades de competencia, lo que supone el deber de graduar de manera adecuada y proporcionada su alcance y duración en atención a principios de culpabilidad y proporcionalidad en relación con la infracción cometida<sup>95</sup>.

Incluso ante la consideración de que las prohibiciones de contratar no sean sanciones antitrust, el art. 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público exige la aplicación del principio de proporcionalidad en el establecimiento de medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos. Su alcance supone la elección de la medida menos restrictiva, la motivación de su necesidad para la protección del interés público y la justificación de su adecuación para lograr los fines que se persiguen. La STS de 14 de setiembre de 2021 (n.º rec 1115/2021) recuerda que las prohibiciones de contratar, en la medida en que tienen carácter limitativo no pueden ser ni indefinidas ni ilimitadas.

Los principios de seguridad jurídica y proporcionalidad exigen que se conozca el alcance de su prohibición y la posibilidad de cuestionar y revisar si la limitación establecida es adecuada y ajustada a la sanción impuesta y a los hechos en los que se funda. En este sentido, ha de ser respetado el derecho a la defensa en un procedimiento contradictorio asegurado a través de la audiencia específica prevista en el procedimiento administrativo de declaración de las prohibiciones de contratar.

No ha de ser olvidado que la aplicación e interpretación de las prohibiciones para contratar puede ser, a su vez, restrictiva y limitadora de la competencia. Las prohibiciones para contratar han de ser empleadas de tal forma que se cause el menor

---

<sup>95</sup> URRESOLA CLAVERO, A., «La defensa de la competencia como palanca para una contratación pública íntegra y alineada con el cumplimiento normativo», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2022, p. 43.

impacto posible a la competencia entre empresas, lo que justifica, a su vez, la posibilidad de la utilización de medidas de *self-cleaning* como mecanismo rehabilitador<sup>96</sup>.

#### **4. LA GUÍA DE LA CNMC DE JULIO DE 2023**

Como se hiciera en el número anterior<sup>97</sup> de este *Anuario*, cuando sólo se contaba con el borrador de comunicación, procedemos a continuación a un análisis del texto publicado el pasado mes de julio de 2023, la *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 por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*<sup>98</sup>.

Este análisis se llevará a cabo, naturalmente, a la luz de las consideraciones que hemos realizado en estas páginas sobre la prohibición de contratar en el contexto de las herramientas con que la autoridad de competencia cuenta en su lucha contra las prácticas anticompetitivas. En este sentido, el punto de partida necesariamente es favorable a esta *Guía de la CNMC*, en cuanto reflejo de su voluntad de adquirir un mayor liderazgo en la aplicación de esta medida, que, como hemos podido comprobar, hasta ahora estaba siendo llevada a cabo principalmente por las autoridades autonómicas de competencia. La CNMC defiende que es la autoridad mejor situada para fijar las prohibiciones en atención a la naturaleza de la infracción y la situación competitiva del mercado donde ésta sería aplicada. La Comisión se declara competente para fijar el alcance y la duración de la prohibición de contratar, aunque es una cuestión pendiente de ser resuelta por el Tribunal Supremo como se hará referencia más adelante.

Y, reiterando la posición que hemos adoptado en cuanto a la naturaleza jurídica de esta prohibición, y desde el enfoque eminentemente funcional que estamos siguiendo en este trabajo, la publicación de esta *Guía* por parte de la CNMC refleja el entendimiento de que estamos ante una herramienta disuasoria y punitiva en la defensa de la competencia, en ocasiones mucho más efectiva que cualquier tipo de sanción económica impuesta por la comisión de una práctica anticompetitiva. Su carácter punitivo requiere de su reubicación como sanción accesoria expresa en la LDC y, en

---

<sup>96</sup> HUEGO LORA, A. J., «La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, 2017, pp. 223-259.

<sup>97</sup> CONTRERAS, M. (2023): «Consideraciones sobre el borrador de Comunicación de la CNMC sobre la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia», en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir), *Anuario de Derecho de la Competencia 2023*, Ed. Civitas, pp. 143-149.

<sup>98</sup> Disponible en: <https://www.cnmc.es/expedientes/comunicacionaj00222>

todo caso, de la aplicación plena y garantista de los principios del Derecho administrativo sancionador, entre ellos el de legalidad y proporcionalidad.

Como señala la propia Administración Pública, desde todo tipo de instancias<sup>99</sup>, la clave está en la lucha contra las prácticas prohibidas, en este caso concreto, las conductas colusorias en el ámbito de la contratación pública, y es en este sentido en el que hay que entender la naturaleza jurídica de la prohibición de contratar, y evaluar su eficacia como herramienta disuasoria y punitiva. La Guía de la CNMC trata de promover una cultura de competencia entre las empresas, especialmente aquellas que contratan habitualmente con las Administraciones.

Conforme pues a los antecedentes y análisis previo realizado en este trabajo, examinaremos, en este apartado final, estos dos aspectos de la *Guía de la CNMC*: proporcionalidad y uniformidad de la prohibición (§4.1); ámbito de aplicación y alcance de la prohibición (§4.2).

#### **4.1. Proporcionalidad y uniformidad**

En el considerando 5.º, añade que «El citado principio de proporcionalidad 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 puede reducir, o incluso eliminar en los casos más extremos, la competencia en el mercado».

La razón de esta insistencia estriba en que no siempre la aplicación de esta prohibición ha hecho gala del principio de proporcionalidad, como por ejemplo en la Resolución de 30 de diciembre de 2021 del Consejo Gallego de la Competencia (CGC), en el asunto<sup>100</sup> *Licitación Suministros Universidad Santiago de Compostela*, en la que por infracción relativa a una licitación convocada por la universidad para un suministro muy específico —láminas de madera de unas determinadas características— se le impuso la prohibición de contratar con cualquier administración pública en Galicia y para cualquier tipo de contrato. Esta resolución, sin embargo, ha sido confirmada<sup>101</sup> por el TSJ de Galicia.

---

<sup>99</sup> *Vid.*, por ejemplo, el Informe Anual de Supervisión (IAS) «Las prácticas colusorias en materia de contratación», emitido por la *Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación* (OIReScon), julio de 2023. Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/informe-anual-supervision-2023/ias2023-modulo3.pdf>

<sup>100</sup> Resolución 5/2021, del Consejo Gallego de la Competencia, de 30 de diciembre de 2021. Disponible en: <https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2022/03/Resolucion%205-2021%20Licitacion%20USC.pdf>

<sup>101</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 3 de octubre de 2022 (ES:TSJGAL:2022:6407).

En cambio, un ejercicio de la prohibición que sí atiende más al criterio de proporcionalidad es el que lleva a cabo la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO), que en su Resolución de 23 de diciembre de 2019, en el asunto<sup>102</sup> *Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña* limitó la prohibición de contratar a las sociedades MCV, S.A. y Adasa Sistemas, S.A.U. únicamente al ámbito de los productos y servicios (mantenimiento y suministro de radares y estaciones meteorológicas) que habían sido objeto de la conducta infractora de la LDC (acuerdos de reparto de mercado). Como ha quedado dicho anteriormente, el TSJ ha anulado parcialmente dicha Resolución, en sus sentencias de 28 de septiembre de 2022, y estamos ahora pendientes del pronunciamiento del Tribunal Supremo (que se producirá, presumiblemente, a lo largo de este año 2024), que ha admitido los respectivos recursos de casación.

Respecto a la uniformidad, con independencia del mayor o menor acierto de cada autoridad autonómica en la aplicación de la prohibición, y respetando siempre el margen de discrecionalidad propio de las administraciones públicas, hay un riesgo evidente de fraccionamiento de la aplicación de las normas de Derecho de la Competencia y Contratación Pública si existe semejante disparidad de criterios entre los distintos organismos que imponen la obligación de contratar.

#### **4.2. Ámbito y alcance de la prohibición**

En su considerando 3.º, recogiendo jurisprudencia<sup>103</sup> reciente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, señala la CNMC que «la autoridad de competencia es competente para definir respecto a cada infracción, el conjunto de consecuencias jurídicas que sirvan a los principios de eficacia, disuasión y proporcionalidad exigidos por la normativa europea e interna, entre ellas la prohibición de contratar». No sólo es competente, es la mejor situada para aplicar la prohibición, estableciendo su alcance y duración. El aspecto relativo a la competencia de la CNMC para determinar el alcance y duración de la prohibición de contratar deberá ser resuelta en casación por el Tribunal Supremo<sup>104</sup>, aunque recordemos que, en virtud de la aplicación del principio de legalidad y de competencia, no existe una previsión expresa que la faculte a la

---

<sup>102</sup> Resolución de la Autoridad Catalana de la Competencia, de 23 de diciembre de 2019, Expte. 94/2018. Disponible en: [https://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_acc0/documents/arxiu/actuacions/20200121\\_Resolucion-exp.—94.18-PUB.pdf](https://acco.gencat.cat/web/.content/80_acc0/documents/arxiu/actuacions/20200121_Resolucion-exp.—94.18-PUB.pdf)

<sup>103</sup> Sentencias del TSJ de Cataluña, núm. 3273/2022 y 3289/2022, de 28 de septiembre de 2022.

<sup>104</sup> Auto del Tribunal Supremo, Sala Tercera núm. 2894/2023 de 16 de marzo de 2023 y ATS núm. 2893/2023 de esa misma fecha. El interés casacional en este caso es la determinación de la autoridad competente para pronunciarse sobre el alcance y duración de la prohibición para contratar.

aplicación de la prohibición de contratar ni en la LCSP ni en la LDC. Si el TS declara a la CNCM incompetente para ello la comunicación perdería su sustento legal.

A este respecto, señala el considerando n.º 4 de la *Guía* que «atendiendo a la experiencia adquirida, esta Comisión considera oportuno publicar los criterios que guiarán su actuación de cara a la fijación de la duración y alcance de la prohibición de contratar en aquellos expedientes sancionadores que proceda a su establecimiento».

En efecto, aunque hemos dejado constancia que quizá las autoridades autonómicas han sido más activas estos últimos años en la aplicación de la prohibición de contratar, no significa que la CNMC haya estado inactiva, tal y como se ha puesto de manifiesto<sup>105</sup> en números anteriores de este Anuario. En una de sus últimas resoluciones sancionadoras por una conducta de infracción del art. 1 LDC, el 19 de julio de 2023, en el asunto<sup>106</sup> *Licitaciones Material Militar*, junto con las correspondientes sanciones económicas a las empresas y personales a los directivos, se planteó la posible imposición también de la prohibición de contratar a las empresas afectadas, pero el examen de sus programas de *compliance* (en relación con el art. 72.5 LCSP) llevó al Consejo a no adoptarla finalmente.

Garantizar la necesaria seguridad jurídica a los operadores implica la transparencia en la actuación de las autoridades públicas, lo que, en esta materia concreta, exige claridad sobre los criterios que van a tenerse en cuenta para determinar el ámbito y alcance de la prohibición del art. 71.1.b) LCSP, que se hacen públicos mediante la analizada comunicación en virtud de la disposición adicional tercera de la LDC. La constante utilización de conceptos jurídicos indeterminados en el Derecho de la competencia hace necesario fortalecer la seguridad jurídica de los operadores que pueden enfrentarse a una interdicción de contratar con los poderes públicos<sup>107</sup>. Las Comunicaciones establecen parámetros de actuación para interpretar y aplicar la normativa en competencia, dando así una mayor previsibilidad en la actuación del regulador<sup>108</sup>.

Respecto al ámbito de la prohibición, se indica en el apartado 3.º de la *Guía*, en tres dimensiones: la objetiva (las infracciones comprendidas), la subjetiva (personas físicas y jurídicas), y la temporal (infracciones que han dado comienzo a partir del 22 de octubre de 2015, fecha de entrada en vigor de la prohibición).

---

<sup>105</sup> PÉREZ ABAD, C. (2021): “Las resoluciones de la CNMC adoptadas en 2019 imponiendo prohibiciones de contratar con la administración”, en GIRELA RECUERDA, M. A. (dir): *Anuario de la Competencia 2020*, Ed. Civitas.

<sup>106</sup> Resolución de la CNMC de 19 de julio de 2023, Expediente S/0008/21, *Licitaciones Material Militar*.

<sup>107</sup> SÁNCHEZ NUÑEZ, P. & PÉREZ ASENJO, E., «La elaboración de la Comunicación de Sanciones de la CNC», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 5, 2009, p. 407-422.

<sup>108</sup> CNC, Nota de Prensa del 29 de septiembre de 2011, «*La CNC aprueba dos comunicaciones sobre la terminación convencional de expedientes sancionadores y sobre los supuestos de formulario abreviado de concentraciones*».

La prohibición de contratar se aplicará a las infracciones graves y muy graves de falseamiento de la competencia (Resolución CNMC de 14 de marzo de 2019 — *Electrónicas Ferroviarias*), excluyendo aquellas infracciones procedimentales que no producen un falseamiento directo de la competencia.

Las infracciones en materia de defensa de la competencia que devenguen en prohibiciones de contratar no han de estar ligadas con la contratación pública, pues la LCSP no refiere en ningún momento a que la prohibición de contratar requiera de una conducta anticompetitiva vinculada a las compras públicas, siendo en un principio indiferente que el operador jurídico se desenvuelva habitualmente en la dinámica licitatoria.

Más interés tiene lo relativo al alcance y duración de la prohibición, y en esto se ha centrado gran parte del debate jurisprudencial y académico al que hemos hecho referencia en epígrafes anteriores. En efecto, destaca la propia *Guía que* sobre esta cuestión se han suscitado muchos interrogantes, y reconoce la especial complejidad del contexto. El marco de referencia, como señala el párrafo n.º 22, es la doctrina del Tribunal Supremo, que señala:

*«las prohibiciones de contratar, como toda limitación, no pueden ser ni indefinidas ni ilimitadas, sería contrario a los más elementales principios que rigen las medidas sancionadoras o restrictivas, entre ellos el principio de seguridad jurídica y el principio de proporcionalidad, en cuanto exigen que tanto el sancionado como terceros conozcan hasta dónde alcanza la prohibición y, a su vez, se pueda cuestionar y revisar si la limitación establecida es adecuada y ajustada a la sanción impuesta y a los hechos en los que se funda»<sup>109</sup>.*

Debe ser resaltado que para determinar el alcance y duración de la prohibición de contratar habrá ser tenido en cuenta la existencia de dolo o mala fe del empresario y la gravedad del daño causado a los intereses públicos, tal y como lo señala el art. 19.4 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre. El alcance y duración de la prohibición deberá ser modulado para garantizar su poder disuasorio en el marco de la proporcionalidad y seguridad jurídica. La STS núm. 1115/2021, de 14 de septiembre recuerda la necesidad de salvaguardar el principio de proporcionalidad en la determinación del alcance de la prohibición, de tal forma que no puede aplicarse de forma indefinida ni a todos los sectores en contra de las previsiones legales del art. 72.6 LCSP y los principios inspiradores del derecho sancionador. El alcance y la duración

---

<sup>109</sup> Sentencia núm. 1115/2021, del Tribunal Supremo, de 14 de septiembre de 2021, resolviendo el recurso sobre el expediente SAMUR/02/2018 (asunto *Autobuses Lorca*).

de la prohibición deberá ser encuadrable dentro de las categorías del art. 71.1.b.) LCSP y su alcance y duración adecuados y proporcionales al tipo de infracción y su gravedad.

Así pues, la *Guía* establece en el apartado 4.2 (párrafos nn. 28 al 35) una serie de parámetros para determinar el alcance y la duración de la prohibición que, aunque mantiene un carácter genérico y abstracto que deberá ser concretado en la actuación del regulador y avalado por el Tribunal Supremo toda vez resuelva las causas pendientes que se han señalado, nos proporciona unas primeras líneas en lo que a parámetros de actuación del regulador se refiere:

– Alcance geográfico y de producto, bien o servicio.

La valoración de los efectos de la prohibición de contratar justifica la participación de la autoridad de la competencia, que deberá tener en cuenta cómo afecta a la competencia y al mercado la exclusión de competidores junto con los intereses públicos en juego. Para delimitar el alcance de la prohibición de contratar se tendrán como elementos clave el mercado geográfico donde se ha producido la infracción y el mercado de producto o servicios afectados (número de operadores, homogeneidad de producto, barreras de entrada...). Aunque la prohibición solamente afectaría a dichos mercados cabe la posibilidad de extender sus efectos a aspectos geográficos y de producto más amplios.

Podrá ampliarse sus efectos teniendo en cuenta el grado de implicación y vinculación activa de otras entidades del mismo grupo empresarial en las prácticas sancionadas. Esta situación pudiera determinar que el alcance fuera mayor al de la práctica concreta por afectar o tener origen la conducta en órganos de decisión de esas entidades. Queda abierta la puerta a una decisión que extienda la prohibición a otros mercados en los que operasen las entidades que se consideren responsables de la infracción, lo que puede a su vez generar graves daños a aquellas empresas que interactúan en distintos mercados vinculados a la contratación pública.

La posibilidad de ampliar el alcance geográfico y de producto puede generar una quiebra a los principios de proporcionalidad, seguridad jurídica, igualdad e incluso libre competencia al generar barreras de entrada a determinados mercados no afectados por las prácticas colusorias perseguidas.

– Duración de la infracción.

El art. 72.6 LCSP prevé que la duración máxima de la prohibición de contratar es de tres años. Dentro de ese margen habrá de ser aplicado un criterio de proporcionalidad que tendrá presente la calificación jurídica de la infracción, la intensidad e incidencia en el mercado afectado en términos económicos y materiales, así como la duración de la infracción en relación con la duración de la prohibición de contratar. No cabe realizar



una declaración automática de prohibición de contratar de una duración de tres años, sino que ha de atenderse a las circunstancias concurrentes de cada caso.

A los efectos de facilitar el control de la actuación de la CNMC es fundamental que ésta sea transparente en sus análisis, en atención a los criterios de cálculo empleados y los parámetros utilizados para la atribución de un determinado alcance temporal.

– Gravedad de la infracción.

Siendo de aplicación las prohibiciones de contratar a las infracciones graves y muy graves de la LDC cabe afirmar que a mayor gravedad e impacto económico de la infracción mayor duración. Será necesario acudir a la situación concreta que deberá ser analizada en atención al ámbito geográfico y mercado afectados.

- Grado de participación.

Deberán ser tenidas en cuenta la posición del sancionado (responsable, instigador, participante activo o residual, cooperador...) así como la existencia de circunstancias agravante y atenuantes previstas en el art. 64 LDC.

– Procedimiento, resolución y eficacia.

La Propuesta de Resolución que se formule podrá incluir su propuesta de sanción acompañada de una propuesta de duración y alcance de la prohibición de contratar para permitir las alegaciones de las partes. La propuesta podrá contener por cada sujeto infractor: a) la delimitación de las entidades comprendidas y el alcance geográfico, la tipología de contratos afectados y c) su duración. La Resolución de la CNMC en la que se fijen a duración y el alcance será firme desde su aprobación, momento en que desplegará sus correspondientes efectos, sin perjuicio de una eventual impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La consideración de las prohibiciones de contratar permitiría aplicar los controles derivados de los principios del Derecho administrativo sancionador a la concreción del alcance de la prohibición de contratar a partir de las exigencias previstas en el art. 25.1 CE<sup>110</sup>. La prohibición de contratar no puede ser interpretada de forma extensiva ni omitir la toma en cuenta de quienes fueron los sujetos responsables<sup>111</sup>, por lo que no cabe la aplicación automática de sus parámetros sustantivos. El regulador tendrá que analizar caso por caso los términos concretos de alcance geográfico, de producto y temporal de la prohibición de contratar adoptada.

---

<sup>110</sup> IZQUIERDO CARRASCO, M., «La determinación de la sanción administrativa», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. extra, 2001, pp. 207-257.

<sup>111</sup> Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, núm. 2062/2006.

## **5. CONCLUSIONES**

Uno de los pilares del Derecho de la contratación pública, se ha dicho, es la defensa de la libre competencia. La rivalidad entre las empresas que participan en las licitaciones permite una mejora constante de las ofertas presentadas en términos cualitativos y cuantitativos. La relación entre la defensa de la competencia y la contratación pública es cada vez más estrecha, de tal forma que podemos afirmar que una competencia real y efectiva en este ámbito es un presupuesto esencial para la efectiva realización de los demás principios constitutivos de la disciplina que asienta el Derecho europeo y que aterriza de manera directa en la LCSP.

La vinculación de la compra pública al interés general justifica la introducción de las prohibiciones de contratar con el Sector Público, medida legal que tiene carácter preventivo, protector y represivo, que busca garantizar la buena marcha de la dinámica contractual desde el inicio y hasta la efectiva recepción de los bienes, obras o servicios que configuran el objeto del contrato. No todas las prohibiciones para contratar son iguales ni responden a los mismos fundamentos. En este trabajo nos hemos centrado en la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, sobre las que han recaído numerosas dudas desde el punto de vista doctrinal como en su dimensión práctica.

Desde un punto de vista dogmático nos encontramos posiciones que consideran que las prohibiciones de contratar por falseamiento de la competencia son meras medidas restrictivas de derechos y quienes defienden que son auténticas sanciones antitrust. No hay una posición doctrinal o jurisprudencial unánime, aunque la visión mayoritaria las cataloga dentro de las medidas restrictivas de derechos por razones de interés público. Nosotros nos hemos posicionado a favor de la consideración de que son sanciones, en la medida en que comparten el carácter disuasorio y generan un claro perjuicio a su receptor, especialmente si contrata habitualmente con las Administraciones Públicas. Su carácter lesivo justifica la aplicación plena de los principios del Derecho administrativo sancionador. Para aclarar las dudas al respecto sería conveniente que el legislador las incluyera de forma expresa como medida sancionadora accesoria en la LDC en lugar de como una prohibición de contratar en la LCSP.

A resultas del polémico debate jurídico al respecto la CNMC ha elaborado una Guía en la que expone los criterios generales que empleará en la aplicación de las prohibiciones para contratar por falseamiento de la competencia respecto de los mercados geográficos y de producto, circunstancias y duración. En la Guía resaltan las referencias constantes al principio de proporcionalidad como elemento aplicativo si bien su carácter genérico y la posibilidad de ampliar la prohibición de contratar más allá de la mera infracción de competencia deja abierta la puerta a un umbral de inseguridad jurídica que no es deseable para los operadores que actúan en el mercado y contratan con la Administración.

La Guía de la CNMC pone de manifiesto la voluntad del regulador de imponer la prohibición de contratar (alcance y duración) en sus resoluciones. Cuestión que, hoy, no se encuentra cerrada. Actualmente el Tribunal Supremo tiene dos causas en su mesa en las que tendrá que dilucidar quien es el órgano competente para imponerlas. Si considera que la autoridad de competencia no está facultada para ello la base jurídica sobre la que se asienta la Guía desaparecería.

Para aprehender la dinámica concreta de la aplicación de las prohibiciones de contratar por falseamiento de la competencia, dada la generalidad de la guía y la pendencia de la resolución sobre el ámbito competencial de las autoridades a las que nos referimos, será necesario conocer como la aplica en la realidad, pues es una cuestión estrechamente vinculada a la casuística en función del mercado afectado, duración, intencionalidad y participación en las infracciones. Todos ellos aspectos que habrán de ser tenidos en cuenta por la autoridad de competencia en aras de salvaguardar la aplicación del principio de proporcionalidad.

## **6. BIBLIOGRAFÍA**

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: «Cártel de camiones: estimación judicial de la cuantía del daño y legitimación pasiva de la filial nacional del grupo sancionado», en el blog *Almacén de Derecho*, 4 de marzo de 2019. Disponible en: <https://almacenederecho.org/cartel-de-camiones-estimacion-judicial-de-la-cuantia-del-dano-y-legitimacion-pasiva-de-la-filial-nacional-del-grupo-sancionado> (último acceso el 7 de marzo de 2024).
- ANDREAS, S. (2015): «Survey of Public Attitudes to Price Fixing in the UK, Germany, Italy and the USA» (July 2015), *CCP Working Paper 15-8*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2642181>
- AYMERICH CANO, C., «Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 53, 2019.
- BARBIER DE LA SERRE, É. y LAGATHU, E.: «The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher» (2013), *Journal of Competition Law & Practice*, Vol. 4, n.º 4.
- BELLAMY, C. (2012): «Menarini post ECHR and competition law: An overview of EU and national case-law» en *e-Competitions*, n.º 47946 (5 Julio 2012).
- BERMEJO VERA, J., «Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público» en n J. M.a Gimeno Feliú, I. Gallego Córcoles, F. Hernández González & J. A. Moreno Molina (eds.), *Las nuevas Directivas de*

*Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)* (pp. 411-422). Cizur Menor: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015.

BORRELL, J-R.; JIMÉNEZ, J. L. y GARCÍA, C. (2012): «Evaluating Antitrust Leniency Programs» (October 30, 2012), *XREAP No. 2012-01*. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1993027>

CADEMARTORI, D., «Buena administración y procedimientos de selección de contratistas: análisis de mecanismo jurídicos e informativos para alcanzar la eficiencia en las contrataciones públicas», Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2010.

CALLOL, P.: «La responsabilidad individual de directivos bajo el Derecho de Competencia». Disponible en: [http://acco.gencat.cat/web/.content/80\\_acco/documents/arxiu/actuacions/M4-04-pedro-callol.pdf](http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/actuacions/M4-04-pedro-callol.pdf) (consultada por última vez el 23 de marzo de 2024).

CANEDO ARRILLAGA, M. P. (2022): Capítulo 10. La prohibición de contratar en materia de competencia, en REBOLLO PUIG, M. (Dir.): *Anuario de Derecho Administrativo Sancionador 2022*, Ed. Civitas Thomson Reuters.

CANO CAMPOS, T., «Derecho administrativo sancionador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 43, 1995.

CASTRO-VILLACAÑAS, D. (2016): «La transposición de la *Directiva de Daños* de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia», en *Anuario de la Competencia 2015*, Ed. Marcial Pons, Madrid.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública. Mecanismos para la prevención de los conflictos de intereses y la lucha contra la corrupción*, Aranzadi, Navarra, 2014.

CERRILLO I MARTÍNEZ, A., «La integridad y la transparencia en la contratación pública», *Anuario del Gobierno Local*, 2018.

CONNOR, J. M. (2008): *Cartel Amnesties Granted: Worldwide Whistleblowers*, Purdue University.

CONTRERAS, M. (2023): «Consideraciones sobre el borrador de Comunicación de la CNMC sobre la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia», en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir.), *Anuario de Derecho de la Competencia 2023*, Ed. Civitas.

- DÍEZ ESTELLA, F. (2016): «La persecución internacional de los cárteles empresariales: entre la clemencia para los delatores y la criminalización de los directivos», *Revista de fiscalidad internacional y negocios transnacionales*, n.º 3.
- DÍEZ ESTELLA, F. (2023): «De nuevo la batalla por la cuantificación del daño y la estimación judicial: La STJUE Tráficos Manuel Ferrer», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 15 (Octubre), N.º 2.
- FERNÁNDEZ MALLOL, A. L., «La integridad del procedimiento de contratación pública en el derecho de la Unión Europea. El conflicto de interés y su incidencia sobre la regulación de las prohibiciones para contratar, las causas de incompatibilidad y las disposiciones sobre transparencia y buen gobierno», *REALA*, núm. 2., 2014.
- FONSECA FORTES-FURTADO, R. (2023): «Cárteles duros y Derecho penal: reflexiones a partir de su reciente criminalización en España», *InDret* n.º 2.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «Prohibiciones de contratar: el régimen de incompatibilidades», *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la Contratación Administrativa y de los Contratistas*, núm. 40, 2005.
- GALLASTEGUI ORMAETXEA, I. & ARNÁEZ ARCE, V. M., «El principio de competencia ante las nuevas responsabilidades de la contratación pública: hacia un paradigma íntegro y eficiente», *Anales de Derecho*, núm. 39, 2022.
- GARCÍA VILLARRUBIA, M. y MAGIDE, M., «El control de la aplicación del Derecho de la Competencia a través de las categorías generales del Derecho Administrativo; la STS de 20 de junio de 2006 (asunto Planes Claros)», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 261, 2006.
- GIMENO FELIU, J. M., «El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 59, 2022.
- GOMEZ FARIÑAS, B., «Las medidas de self-cleaning: un análisis desde la perspectiva del principio de proporcionalidad», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 48, 2018.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (2008): «¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los cárteles ante la Justicia penal», en SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J. R (Coord), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico*, Ed. Colex, Madrid.

- GUILLÉN CARAMÉS, J. (2020): «Prohibiciones de contratar derivadas de infracciones de competencia y medidas de *self cleaning*», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 961.
- GUILLÉN CARAMÉS, J. (2022): «Nuevos retos de las prohibiciones de contratar por infracciones del derecho de la competencia: ¿son o no verdaderas sanciones?», *Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC)*, 1.ª ed., diciembre 2022.
- HERCE MAZA, J. I., «Buena administración y cláusulas sociales como condiciones especiales de ejecución en los contratos públicos: hacia el interés general desde la compra pública», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 59, 2023.
- HUERGO LORA, A. (2017): «La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182.
- IZQUIERDO CARRASCO, M., «La determinación de la sanción administrativa», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. extra, 2001.
- KLEIN, J., «The war against international cartels: lessons from the battlefield», Presented at Fordham Corporate Law Institute, 26th Annual Conference on International Antitrust Law & Policy, New York, October 14, 1999. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/speech/war-against-international-cartels-lessons-battlefront>
- LENAERTS, K. (2013): «*Due process* in competition cases», *1(5) Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, pp. 175-182.
- LOZANO MANEIRO, A. (2015): «Capítulo 18. La criminalización de los cárteles en la UE», en AA.VV. *La lucha contra los cárteles en España*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Madrid.
- MAÑES MARTÍNEZ, E., «La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacia una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos», *Anuario Aragón del Gobierno Local*, núm. 6, 2015.
- MARTÍ MIRAVALLS, J. (2021): «Cuestiones sustantivas sobre las reclamaciones de daños en el marco del cártel de los fabricantes de automóviles», en *Nuevos horizontes del Derecho de la Competencia*, Ed. Ateliers, Valencia.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «Multas administrativas». *Revista de Administración Pública*, núm. 79, 1976.

- MEDINA ARNAIZ, T., «Las prohibiciones de contratar en el Derecho de la Unión Europea», Tesis Doctoral, Universidad de Burgos, 2015.
- MENDO ESTRELLA, A. (2015): «Capítulo 20. Sobre la criminalización de los cárteles económicos en España», en AA.VV. *La lucha contra los cárteles en España*, Ed. Thomsom Reuters Aranzadi, Madrid.
- MORENO MOLINA, J. A., «Los principios generales de la LCSP 2017», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. extra. 1, 2019.
- ORDÓÑEZ DE HARO, J.M.; BORREL, J.R.; JIMÉNEZ, J. L. (2018): «The European Commission's Fight against Cartels (1962-2014): A Retrospective and Forensic Analysis», *Journal of Common Market Studies*, Volume 56, Issue 5.
- PARICIO RALLO, E., «Defensa de la competencia y contratación pública», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 54, 2020.
- PASTOR MARTÍNEZ, E. (2020): «Acciones "follow on": la estimación judicial del daño en la práctica reciente de la jurisprudencia española», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 317.
- PÉREZ ABAD, C. (2021): «Las resoluciones de la CNMC adoptadas en 2019 imponiendo prohibiciones de contratar con la administración», en GIRELA RECUERDA, M. A. (dir): *Anuario de la Competencia 2020*, Ed. Civitas.
- PIKE, R, KAPOOR, A., ROSENTHAL, D. & ASHE-TAYLOR, J.: «On the Alleged Disproportionate Sentencing of Cartel Managers: A Response to Professor John M. Connor», *Competition Policy International*, September 2016. Disponible en: <http://www.competitionpolicyinternacional.com> (última consulta el 20 de marzo de 2024).
- PINTOS SANTIAGO, J., «El sistema de contratación pública español. Una visión constructiva a sus principios generales: la incorporación de los principios de promoción del desarrollo humano y de sostenibilidad ambiental», *Contratación administrativa práctica: revista de contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 139, 2015.
- PORTER, M., «Competition and Antitrust, towards a Productivity Based Approach to Evaluating Mergers and Joint Ventures», *The University of West Los Angeles Law Review*, núm. 33, 2001.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M., «Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», *Revista de Administración Pública*, núm. 196, 2015.

- REALP I CAMPALANS, M., «La lucha contra la colusión en la contratación Pública», *Economía Industrial*, núm. 415, 2020.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. & HERCE MAZA, J. I., «La buena administración en la contratación pública: mención especial a la fase de ejecución del contrato», *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, núm. extra. 1, 2019
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, «La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa», *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 6, núm. 6, 2013.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A.: «Prácticas anticompetitivas y contratación pública: la visión de una autoridad de competencia», *Revista Galega de Administración Pública*, EGAP, Núm. 62 (julio-diciembre 2021).
- SÁNCHEZ-GRAELLS, A. (2012): «The EU's Accession to the ECHR and Due process Rights in EU Competition Law Matters: Nothing New Under the Sun?». Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2156904>
- SÁNCHEZ NUÑEZ, P. & PÉREZ ASENJO, E., «La elaboración de la Comunicación de Sanciones de la CNC», *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 5, 2009
- STEPHAN, A. (2011): «Cartel Criminalisation: the role of the media in the “battle for hearts and minds” and beyond», in BEATON-WELLS, C and EZRACHI, A. (eds.): *Criminalising Cartels: Unexplored Dimensions and Unforeseeable Consequences* (Hart Ed., Oxford).
- URRESOLA CLAVERO, A., «La defensa de la competencia como palanca para una contratación pública íntegra y alineada con el cumplimiento normativo», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2022.
- VÁLCARCEL, P. (2022), «Integración efectiva de problemas de Derecho de la competencia en la regulación sobre contratación pública: posibilidades para la pronta detección de prácticas anticompetitivas que ofrece la Ley 9/2017», *Observatorio de Contratación Pública*. Acceso disponible en: <https://www.obcp.es/opiniones/integracion-efectiva-de-problemas-de-derecho-de-la-competencia-en-la-regulacion-sobre>
- VELJANOVSKY, C. (2007), «European Commission Cartel Prosecutions and Fines, 1998-2007», *Case Associates*.
- VIDAL MARTÍNEZ, P. (2022): «Interacción entre reclamaciones de daños por ilícitos de competencia y las políticas de clemencia y de transacción», en



RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir), *Anuario de Derecho de la Competencia 2022*, Ed. Civitas.

WARDHAUGH, B. (2012): «A normative approach to the criminalization of cartel activity», *Legal Studies* 32(3).

WILS, W. (2011): «EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees» en *World Competition*, Vol. 34, nº 2.