



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 62_julio-diciembre 2021 | pp. 255-296
Santiago de Compostela, 2021
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i62.4782>
© José Antonio Rodríguez Miguez
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 02/06/2021 | Aceptado: 16/06/2021

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Prácticas anticompetitivas
e contratación pública: a
visión dunha autoridade
de competencia

Prácticas anticompetitivas y contratación pública: la visión de una autoridad de competencia

Anti-competitive practices
and public procurement:
the perspective of a
competition authority

62 Regap

Regap



ESTUDIOS

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ¹

Responsable de Investigación (Subdirector de Investigación)
Comisión Gallega de la Competencia

jarmiguez@gmail.com

Resumo: A importancia que adquiriu a contratación pública veu unida á súa maior complexidade técnica e á súa vinculación á libre competencia, que son dúas das características máis evidentes da súa actual regulación, polo que, aínda que se trate de ámbitos normativos claramente diferenciados, están intimamente entrelazados entre si, como proba o feito de que un importante número de casos que resolven as autoridades de competencia se susciten en expedientes de contratación pública.

Este traballo pretende achegar ambas as dúas normativas ofrecéndolles tanto aos técnicos que se ocupan da contratación pública como aos potenciais licitadores a visión singular e igualmente especializada da normativa de competencia para facilitar unha aplicación coherente e harmonizada das dúas disciplinas xurídicas.

¹ A mi hijo Jacobo, en su 18 cumpleaños. Las opiniones expresadas en el presente trabajo son estrictamente personales del autor y no reflejan, necesariamente, la opinión del organismo en el que presta sus servicios.

Palabras clave: Prácticas anticompetitivas, contratación pública, colusión, restricción de la competencia, colusión en la contratación pública, abuso de posición dominante, competencia desleal.

Resumen: La importancia que ha adquirido la contratación pública ha venido unida a su mayor complejidad técnica y a su vinculación a la libre competencia, que son dos de las características más evidentes de su actual regulación, por lo que, aunque se trate de ámbitos normativos claramente diferenciados, están íntimamente entrelazados entre sí, como prueba el hecho de que un importante número de casos que resuelven las autoridades de competencia se suscitan en expedientes de contratación pública.

Este trabajo pretende acercar ambas normativas ofreciendo tanto a los técnicos que se ocupan de la contratación pública como a los potenciales licitadores la visión singular e igualmente especializada de la normativa de competencia para facilitar una aplicación coherente y armonizada de las dos disciplinas jurídicas.

Palabras clave: Prácticas anticompetitivas, contratación pública, colusión, restricción de la competencia, colusión en la contratación pública, abuso de posición dominante, competencia desleal.

Abstract: The importance that public procurement has acquired has been linked to its greater technical complexity and its link to competition law, which are two of the most obvious characteristics of its current regulation, so that, although they are clearly differentiated regulatory areas, they are intimately intertwined with each other as evidence that a significant number of cases resolved by Competition Authorities arise in public procurement files.

This paper aims to bring both regulations closer together by offering both the technicians who deal with public procurements and the potential bidders the singular and equally specialized vision of the competition regulations to facilitate a coherent and harmonized application of both legal disciplines.

Key words: Anti-competitive practices, public procurement, collusion, restriction of competition Bid-Rigging, abuse of dominant position, unfair competition.

SUMARIO: 1 Presentación: dos regulaciones y una finalidad común. 2 Los “puentes” o “pasarelas” entre contratación pública y competencia. 2.1 Las pasarelas de e contratación a competencia (arts. 1, 33, 64, 69, 70, 71-73, 99, 132, 139, 150, 285 y 321 LCSP). 2.2 De competencia a contratación pública (disp. adic. 2.ª y art. 65.3 LDC). 2.3 De libre competencia a competencia desleal (art. 3 LDC). 3 Algunas ideas básicas sobre los ilícitos antitrust en la contratación pública. 3.1 Cárteles y clemencia. 3.2 El abuso de posición de dominio en la contratación pública. 3.3 El falseamiento de la competencia por actos desleales en la contratación pública. 4 Consideraciones finales y perspectivas de futuro.

1 Presentación: dos regulaciones y una finalidad común

La importancia que ha adquirido la contratación pública² ha venido unida a su cada vez mayor complejidad técnica y a su vinculación cada vez más intensa a la libre competencia, que son dos de las características más evidentes de su actual regulación, contenida básicamente en la actualidad en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre,

² Como ha afirmado recientemente la CNMC, la contratación pública tiene una relevancia indudable en España y, en general, en el conjunto de los países de nuestro entorno; según diferentes estimaciones, representa entre el 10% y el 20% del PIB nacional y el 14% del PIB de la UE, añadiendo que, según la OCDE, representó el 9,6% del PIB y el 23,4% del gasto total de las administraciones públicas españolas en 2017 (OCDE, *Government at a glance 2019*, 2019). La CNMC ha cifrado en el pasado el peso de la contratación pública en el 18,5% del PIB [COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)], *Documento de análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia*, 2015). El Observatorio de la Contratación Pública lo cifra en el 20% del PIB. Por dar un dato de la comunidad internacional, representa más del 14% del PIB de la UE, según el marcador de contratación pública de la CE. *Vid.* COMISION NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), *G-2019-02 Guía sobre contratación pública y competencia fase 1: la planificación de la contratación pública*, 16 de diciembre de 2020, en concreto, p. 23 y nota 1. Acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3334635_3.pdf.

de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP)³.

Tal vinculación, que responde tanto a la propia naturaleza de la contratación pública como a la voluntad expresa y explícita del legislador europeo⁴, tiene como misión esencial garantizar la mayor eficiencia posible en la gestión de los recursos públicos empleados en la satisfacción de las necesidades públicas⁵.

Por ello, puede afirmarse que, aunque libre competencia y contratación pública son dos ámbitos de nuestro ordenamiento jurídico claramente diferenciados entre sí, están sin embargo íntimamente entrelazados⁶, como prueba el hecho de que un importante número de casos que resuelven las autoridades de competencia se susciten en expedientes de contratación pública⁷.

³ La versión consolidada de la LCSP en el BOE puede consultarse en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902>. Téngase en cuenta la estimación parcial por el Tribunal Constitucional del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón contra diversos preceptos de la LCSP (vid. NOTA INFORMATIVA N. 26/2021, do 22 de marzo de 2021, acceso web: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2021_026/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2026-2021.pdf). Resulta de especial utilidad la publicación del BOE *Código de Contratos del Sector Público*, disponible en formato electrónico actualizado y gratuito en: <https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=31&modo=2¬a=0&tab=2>. Resulta de interés, a pesar de su actual carácter retrospectivo, la lectura del Informe relativo a la contratación pública en España – 2017, de abril de 2019, recientemente hecho público por la Comisión Europea y del que nos da cuenta, con el correspondiente enlace, Guillermo Saiz Ruiz en https://www.linkedin.com/posts/guillermo-saiz-ruiz-abogado_sugeridas-por-la-comisi%C3%B3n-europea-a-partir-activity-6805229814832758785-wlU/r/.

⁴ Esta afirmación se ha hecho más evidente y explícita en nuestra legislación positiva de contratación pública a medida que esta ha venido estando infiltrada por el contenido que deriva de las directivas europeas en materia de contratación pública, a través de las que se trata de garantizar unas reglas comunes básicas en la contratación pública en los Estados miembros, en el sobreentendido que la libre competencia es, desde la misma fundación de la actual Unión Europea, no solo uno de sus principios fundamentales y una de las políticas europeas básicas, sino la garantía de la efectividad del mercado interior, que es el instrumento esencial de la propia construcción europea y base esencial de la economía de mercado, sobre la que se asienta la economía europea y, en general, la de los países más desarrollados. Véase también la reciente Comunicación de la Comisión Europea relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo (DOUE, C 91, de 18 de marzo de 2021, p. 1) y VÁZQUEZ, J., “La comunicación sobre prácticas colusorias en contratación pública”, *Guías Prácticas con Recursos y consejos para luchar contra la colusión en contratación pública*, 26 de mayo de 2021. Acceso web: <https://www.javiervazquezmatilla.com/la-comunicacion-sobre-practicas-colusorias-en-contratacion-publica/>.

⁵ Sobre los beneficios de la competencia, véase la recientemente publicada por la CNMC *Guía sobre los beneficios de la competencia para los consumidores: preguntas y respuestas*, presentada el 21 de abril de 2021. Acceso web: <https://www.cnm.es/guia-competencia-para-consumidores>.

⁶ Un estudio amplio sobre este tema se aborda en MIÑO LÓPEZ, A.M., *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019. Esta monografía recoge solo una parte de la tesis doctoral del autor, que a su condición de experto en contratación pública une su experiencia como letrado de la Xunta de Galicia y como primer responsable de la Subdirección de Investigación del, por aquel entonces, Consejo Gallego de la Competencia.

⁷ Como ha recogido la prensa, en el periodo 2015-2019, solo la CNMC resolvió 16 expedientes relacionados con cárteles en licitaciones públicas con multas que, sin contar las exenciones para las empresas que delataron la existencia de esas prácticas acogiéndose al denominado Programa de Clemencia, suman más de 628 millones de euros, y en sectores como el del suministro de material sanitario, electrificación ferroviaria, tratamiento de residuos urbanos, montaje y mantenimiento industrial, mensajería o seguridad privada (VÉLEZ, A.M., “Competencia advierte de que los cárteles para repartirse contratos públicos copan la mitad de las multas que impone”, *eldiario.es*, de 28 de abril de 2021. Acceso web: https://www.eldiario.es/economia/competencia-advierde-carteles-repartirse-contratos-publicos-copan-mitad-multas-impone_1_7879944.html). A título de ejemplo, vid. la reciente Resolución de la CNMC, de 11 de mayo de 2021, en el Expediente S/DC/0627/18, CONSULTORAS (acceso web: https://www.cnm.es/sites/default/files/3493822_57.pdf), en la que la CNMC sancionó a 22 firmas de consultoría y a varios de sus directivos, con multas que ascienden a un total de 6,3 millones de euros, al considerar acreditado que las empresas sancionadas habían intercambiado información comercial sensible y se sirvieron de estrategias comunes para no competir cuando participaban en las licitaciones para ofrecer servicios de consultoría solicitados por distintas administraciones públicas.

A este respecto, coincidimos con lo manifestado por el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia (TCDC), en el fundamento jurídico tercero de su Resolución de 23 de diciembre de 2019⁸, en el Expediente 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña, cuando señala que garantizar la concurrencia y la competencia en los procesos de compra pública, y en general en las licitaciones públicas, constituye una de las principales preocupaciones de toda autoridad de competencia, tanto desde una vertiente jurídica-formal para dar cumplimiento a las exigencias legales que imponen el artículo 119 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), los artículos 31 y 38 de la Constitución española y el artículo 1 de la Ley 9/2017, como desde una vertiente económica, pues la competencia favorece la eficiencia y la racionalidad económica en la provisión pública de bienes y servicios.

Así, y como se recoge de manera expresa en la citada resolución del TCDC:

“La alteración de la competencia por parte de los operadores económicos que toman parte en las licitaciones públicas es una conducta objetivamente contraria a la competencia, pues anula el comportamiento autónomo e independiente de las empresas y reduce la incertidumbre en relación al comportamiento del resto de licitadores. Este tipo de actuación restrictiva de la competencia, como la que se analiza en el caso que nos ocupa, elimina los beneficios que aporta la libre competencia en detrimento del interés general y favorece exclusivamente a las empresas que forman parte del acuerdo. Son consecuencias directas de la falta de una auténtica competencia en la contratación pública tanto sobre los costes en el aprovisionamiento público (precio no competitivo, escasa calidad en los bienes y servicios adquiridos, falta de innovación, etc.) como el fraude y la corrupción”.

Sentada como premisa básica la íntima conexión entre materias, es necesario afirmar igualmente la necesidad de que quienes gestionan la contratación pública han de conocer y aplicar junto a la LCSP la normativa en materia de competencia, incluso en circunstancias tan excepcionales como las que vivimos a causa de la crisis sanitaria y económica⁹ provocada por la actual situación de pandemia generada por la COVID-19¹⁰.

⁸ Esta resolución del TCDC puede consultarse en http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/20200121_Resolucion-exp-94.18-PUB.pdf.

⁹ Resulta especialmente ilustrativo del papel que la competencia debe desempeñar para superar una situación de crisis el breve y claro pronunciamiento de la EUROPEAN COMPETITION NETWORK (ECN), adoptado al comienzo de la presente crisis, *Antitrust: Joint statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis*, do 23 de marzo de 2020. Acceso web: https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf, y junto a pronunciamientos posteriores en https://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html.

¹⁰ Incluso en estas circunstancias de pandemia, las autoridades no han dejado de estar vigilantes adoptando medidas singulares, del mismo modo que la legislación ordinaria en materia de contratación pública ha sido adaptada a la excepcionalidad del momento. A este respecto, *vid.* COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), *COVID-19 Competencia. La CNMC crea un buzón de consultas y denuncias relacionadas exclusivamente con las normas de competencia en el contexto actual de la pandemia*, 2020. Acceso web: <https://www.cnmc.es/covid-19/competencia>.

A propósito de las adaptaciones excepcionales de nuestra normativa de contratación pública, *vid.* ICCP. Contratación pública y COVID-19: Normativa estatal y autonómica, Informes y Dictámenes. Acceso web: <https://www.crisisycontratacionpublica.org>. En lo que se refiere a la Comisión Europea, podemos destacar: Marco temporal para evaluar cuestiones de defensa de la competencia relacionadas con la cooperación empresarial en respuesta a las situaciones de urgencia ocasionadas por el actual brote de COVID-19 (DOUE C 116 I, de 8.4.2020, p. 7) y marco temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19, cuya inicial versión ha sido objeto de, al menos, cinco revisiones. A este respecto, *vid.* https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html, y

Este trabajo pretende, en consecuencia, acercar ambas normativas ofreciendo tanto a los técnicos que se ocupan de esta (en el sector público o privado) como a los potenciales licitadores la visión singular e igualmente especializada de la normativa de competencia para facilitar una aplicación coherente y armonizada de ambas disciplinas jurídicas¹¹.

Entendemos que para lograr este objetivo es esencial la colaboración entre los órganos de contratación, las autoridades de competencia y los licitadores para que la contratación pública cumpla sus objetivos, considerando el papel de las autoridades de competencia tan relevante como el que en sus respectivos ámbitos desempeñan las mesas de contratación, las juntas consultivas de contrataciones administrativas, los órganos que resuelven recursos especiales o los tribunales y consejos de cuentas. Sin olvidar el papel que desempeñan los jueces y tribunales en el ejercicio de sus respectivas jurisdicciones.

Con esta finalidad, analizaremos los “puentes” o “pasarelas”¹² existentes entre contratación y competencia, exponiendo de la forma más clara posible el alcance de las respectivas remisiones, así como los conceptos básicos que son propios de la legislación de competencia cuyo conocimiento por quienes gestionan o concurren a contratos públicos son esenciales para el buen fin de estos¹³.

2 Los “puentes” o “pasarelas” entre contratación pública y competencia

Debemos comenzar nuestra exposición resaltando como una práctica habitual y casi imprescindible la de que unas normas se remitan a otras, pues ello responde a la propia integridad del ordenamiento jurídico que impide crear compartimentos estancos entre realidades que están materialmente interconectadas entre sí de una u

RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los estados: el reto de la eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 60, julio-diciembre 2020, pp. 369 a 400. Acceso web: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/issue/view/289/PDF%20Galego>.

¹¹ La finalidad declarada de este trabajo nos lleva a omitir numerosas referencias sin duda interesantes tanto a la doctrina general acerca de la normativa de contratación pública como a las numerosas resoluciones adoptadas por los órganos administrativos especializados en su control, principalmente juntas consultivas de contratación administrativa y tribunales especializados en los recursos especiales, cuya labor está siendo esencial para aplicar correctamente la LCSP. Hemos optado, por ello, en centrarnos en las referencias básicas, aportando, por nuestra parte, la experiencia en el ámbito específico de la defensa y promoción de la competencia en el ámbito específico de la contratación pública allí donde ambas disciplinas convergen.

¹² También se podría usar la de “puntos de encuentro”, empleada por SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. y ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 47, 2017, pp. 106-110, p. 109. Acceso web: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5663/documento/esp05.pdf?id=7553>. Hemos optado por la de “pasarelas” o “puentes”, habitualmente empleada para referirse a las remisiones entre las leyes de defensa de la competencia y la de competencia desleal, que eran más evidentes e intensas durante la vigencia de la hoy derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia, con las pasarelas de su artículo 6, que incluía como supuesto de abuso de posición dominante el que se denomina “abuso de dependencia económica” (suprimido de la actual Ley de defensa de la competencia y reconducido en exclusiva, al menos en principio, al ámbito de la competencia desleal), y su artículo 7, que regulaba ya el “falseamiento de la competencia por actos desleales”, que se recoge en el actual artículo 3 de la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC).

¹³ Para una visión resumida de estas relaciones, con referencia a instrumentos de promoción de la competencia y de detección de cárteles con técnicas económicas, *vid.* REALP i CAMPALANS, M., “La lucha contra la colusión en la contratación pública”, *Economía Industrial*, n. 415, 2020, pp. 1-9. Acceso web: <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/415/REALP%20i%20CAMPALANS.pdf>. Aconsejamos la consulta de este monográfico.

otra manera. Lo que no siempre se consigue es que las remisiones entre normas sean lo suficientemente claras, completas y coherentes para que faciliten una aplicación coherente y equilibrada de todas las normas que se relacionan explícita o implícitamente entre sí, especialmente cuando se trata de aplicar normas que proceden de ámbitos y concepciones diferentes y sometidos a reglas propias y singulares, como sin duda ocurre con las regulaciones en materia de contratación pública y de competencia.

En efecto, la LCSP se remite de forma expresa o implícita en numerosas ocasiones a la regulación de competencia; esto es, a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (en adelante, LDC)¹⁴, y, en su caso, cuando puede existir afectación del mercado intracomunitario (hoy Mercado Interior Europeo), a su equivalente en el marco de la Unión Europea, que son los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y sus normas y reglas de desarrollo y aplicación¹⁵.

Por su parte, la LDC, aunque efectivamente incorpora también alguna referencia puntual a la contratación pública, lo que sí contiene y desarrolla son los conceptos propios cuya aplicación van a tener que realizar quienes accedan a ella por remisión de la LCSP.

Antes de exponer las claves de las remisiones respectivas contenidas en la LCSP y en la LDC, que también se remite en su artículo 3 LDC (“falseamiento de la competencia por actos desleales”) a la regulación de competencia desleal contenida básicamente en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal (en adelante, LCD), debemos destacar una consideración básica relativa a las diferencias en la técnica normativa empleada en la redacción de la LCSP y la LDC.

En efecto, mientras la LCSP es una norma especialmente prolija, minuciosa y detallada, casi con pretensión reglamentaria, la LDC se distingue, por el contrario, por el carácter abierto con el que se redactan sus normas substantivas, como las que describen las conductas prohibidas¹⁶ (arts. 1 a 3 LDC), las que definen conceptos

¹⁴ Ténganse en cuenta las últimas modificaciones introducidas en la LDC y su reglamento de desarrollo, así como en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por el Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

¹⁵ Para una visión básica pero completa del derecho y política de la competencia de la Unión Europea, resulta de gran utilidad la consulta de la web oficial de la Dirección General de Competencia de la Unión Europea (DGCOMP) en https://ec.europa.eu/info/departments/competition_es.

¹⁶ En este sentido, como se subraya en el fundamento jurídico de la STS n. 1497/2018, de 10 de octubre de 2018 (RO): STS 3631/2018 – ECLI: ES:TS:2018:3631): “Como establece la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 3.ª) de 2 de noviembre de 2015 (rec. 1523/2013), «frente a esta técnica penalista de la tipicidad o de deslinde preciso de lo que está prohibido (y, por exclusión, lo no penado), el derecho de la competencia (nacional y comparado) utiliza la técnica de la cláusula general prohibitiva, precisamente porque la utilización de la técnica de la tipicidad penal, en un ámbito como el mercado, atendería al principio de seguridad jurídica, atendida la dificultad o imposibilidad de tipificar con la precisión exigida en el derecho penal la multiplicidad de formas que puede adoptar el comportamiento restrictivo de los operadores económicos en el mercado. Una cláusula general prohibitiva de la colusión (artículo 1.1 LDC y 101.1 TFUE) que se define por relación a los destinatarios (todo operador económico), al medio por el cual la conducta se establece (toda forma de concertación: acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas) y, en particular, por la finalidad perseguida y prohibida (la causación actual o potencial de un daño a la competencia efectiva en los mercados). Por tanto, una cláusula general o tipo abierto deliberadamente impreciso que constituye, en cierta forma, un mandato implícito del legislador a las autoridades administrativas y jurisdiccionales encargadas de su aplicación para elaborar de forma progresiva el derecho de la competencia».”

propios o tomados de la normativa de la Unión Europea como “concentración económica” (art. 7 LDC) o “cártel” (disposición adicional cuarta. Definiciones. 2.^a), los dan por supuesto, como el de “ayuda pública” (art. 11 LDC) o de conceptos comunes que adquieren un significado propio en esta disciplina, como el de “empresa” (disposición adicional cuarta. Definiciones. 1.^a).

Este rasgo singular de la LDC se ha acentuado al sumarse a él un sensible deterioro en la calidad normativa que presidió la redacción de la versión original de la LDC (Ley 15/2007, de 2 de julio), fruto inequívoco del amplio y minucioso proceso de maduración, reflexión y consenso que presidió su aprobación en 2007 y que desapareció, en buena medida, a nuestro juicio, en la tramitación de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, y que ya no fue posible en las ulteriores reformas de la LDC llevadas a cabo por medio del instrumento necesariamente excepcional del real decreto-ley en que se regulaban diversas y heterogéneas materias, al expirar los respectivos plazos de transposición de las correspondientes directivas aprobadas por la Unión Europea y que debían incorporarse a nuestra legislación¹⁷ y, en el caso de la última reforma, la situación de pandemia creada por la COVID-19¹⁸.

Hechas estas necesarias consideraciones iniciales, examinaremos a continuación las citadas remisiones o “pasarelas” existentes entre la LCSP y la LDC, así como esta última y la LCD, inclusive el contenido y alcance de las previsiones substantivas básicas de la legislación de competencia que consideramos igualmente básicas para la correcta aplicación en el ámbito de la contratación pública de la normativa de la competencia, tomando como referencia la mejor doctrina y jurisprudencia¹⁹ desarrollada a partir de la práctica de las autoridades administrativas españolas y

Regap



ESTUDIOS

¹⁷ La primera reforma fue la llevada a cabo a través del Real decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, y Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. La reforma, en lo que se refiere a competencia, transponía a nuestro derecho interno la denominada “Directiva de daños”, la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, que establece determinadas normas por las que se rigen, en virtud del derecho nacional, las acciones de daños resultantes de las infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

¹⁸ Nos referimos al Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores. En lo que se refiere a la LDC, su objetivo era la transposición de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, conocida como “Directiva ECN plus”. En este caso, a diferencia de la anterior reforma de la LDC (véase nota anterior), con su convalidación (Resolución de 13 de mayo de 2021, del Congreso de los Diputados) se aprobó también su tramitación como proyecto de ley. Esta tramitación puede seguirse en: https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=130%2F000047. En el número anterior de esta misma revista se ha publicado una nota que resulta muy interesante para conocer el alcance potencial de esta directiva, véase NEIRA BARRAL, D., “Los efectos de la Directiva ECN+ en el sistema de competencia español”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 61, febrero/junio 2021, pp. 467 a 472.

¹⁹ Resultaría evidentemente presuntuoso, y desde luego inverosímil, pensar que en un trabajo como este se pueda exponer algo más que una visión general de la disciplina y mencionar la amplísima doctrina y jurisprudencia en la materia. Por ello, y sin perjuicio de las menciones que a ambas fuentes podamos hacer a lo largo de este trabajo, citaremos como obras de referencia por su vocación general y estar redactadas en español: BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, 2 vols., Bosch, Barcelona, 2017; y SALA ARQUER J.M., GUTIÉRREZ

europas de competencia (*public enforcement*); esto es, la CNMC y las autoridades autonómicas de competencia, como la Comisión Gallega de la Competencia²⁰ y la Comisión Europea aplicando los artículos 1, 2 y 3 LDC y, en su caso, los artículos 101 y 102 TFUE, así como la cada vez más importante aplicación privada de dichas normas por los jueces y tribunales nacionales (*private enforcement*), a quienes, en todo caso, corresponde en exclusiva la demanda de daños por infracciones antitrust.

2.1 Las pasarelas de e contratación a competencia (arts. 1, 33, 64, 69, 70, 71-73, 99, 132, 139, 150, 285 y 321 LCSP)

Un examen detenido de la LCSP evidencia que, además de alguna mención puntual en la exposición de motivos²¹, la Ley 9/2017 contiene numerosas y diversas remisiones directas a la LDC, cuyo contenido no siempre es lo suficientemente claro para facilitar su correcta interpretación y, con ello, una coherente y homogénea aplicación tanto por parte de quienes lo hacen a partir de la LCSP como desde la LDC (y su equivalente europeo ya citado)²².

Siguiendo el orden y la propia sistemática de la LCSP, la primera mención a la libre competencia en el articulado de la LCSP se recoge ya en su artículo 1 LCSP cuando, al delimitar su objeto, enumera los principios a los que la contratación pública debe someterse. Así, el artículo 1 LCSP dispone:

“1. La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición

RODRÍGUEZ, A., MASSAGUER FUENTES, J. y FOLGUERA CRESPO, J. (dirs.), *Comentario a la ley de defensa de la competencia (Dúo)*, 2 vols., 6.ª ed., Civitas, Madrid 2020.

²⁰ Es preciso advertir que, aunque una lectura inicial de la LDC pudiera hacer pensar que su aplicación corresponde solo a la CNMC, el en su día denominado con acierto, a nuestro juicio, “Sistema español de defensa de la competencia se configura mediante un sistema de competencias exclusivas y excluyentes entre la CNMC y las autoridades autonómicas de competencia (que no ha dejado de suscitar ciertas críticas al considerarse más operativo el modelo europeo de “autoridad mejor situada”, reconociendo la potestad de avocación de la Comisión Europea), que se recoge en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia.

²¹ En la exposición de motivos, se explica y justifica, aludiendo a la competencia, la modificación que en la propia LCSP se hace del número 8.º del artículo 7 de la Ley del IVA (Ley 28/2014, de 27 de noviembre, por la que se modifican la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del impuesto sobre el valor añadido, la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias, la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de impuestos especiales, y la Ley 16/2013, de 29 de octubre, por la que se establecen determinadas medidas en materia de fiscalidad medioambiental y se adoptan otras medidas tributarias y financieras), destacándose en ella que “(...) se hace necesario excluir, desde la entrada en vigor de esta modificación normativa, de la consideración de subvenciones vinculadas al precio de las operaciones que constituyen la base imponible de las operaciones sujetas al IVA aquellas aportaciones financieras que las administraciones públicas realizan al operador de determinados servicios de competencia pública cuando no existe distorsión de la competencia, generalmente porque, al tratarse de actividades financiadas total o parcialmente por la Administración, no se prestan en régimen de libre concurrencia, como por ejemplo los servicios de transporte municipal o determinadas actividades culturales financiadas con estas aportaciones”.

²² A título de ejemplo, *vid.* la reciente Resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2021, en el Expediente S/DC/0627/18, CONSULTORAS. Acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3493822_57.pdf.

previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”.

Lo primero que hay que señalar es que el de la libre competencia es un principio más entre los que enuncia como rectores de la misma la LCSP; ni más ni menos importante que los demás enunciados, pero cuya incorporación expresa resulta, sin embargo, a nuestro juicio, especialmente relevante y que por ello ha de tomarse en consideración de forma específica a la hora de interpretar y aplicar el texto de la LCSP en su conjunto. Por otro lado, la exigencia de salvaguardar la libre competencia en la contratación pública al definir el propio objeto de la Ley 9/2017 revela claramente la voluntad del legislador europeo y, por ende, nacional, de que la contratación pública sea, dentro de las posibilidades que cada caso y circunstancia permitan, lo más abierta y competitiva posible, pues sólo así se satisfaría adecuadamente el interés general que mediante la apelación al mercado se hace en la LCSP.

El alcance de esta apelación, incluyendo las posibles exclusiones de la propia LCSP, son decisiones básicas que con carácter previo debe tomar la Administración pública cuando necesite proveerse de los bienes y servicios que precisa para cumplir las misiones que se le han encomendado. La competencia es una premisa, pero no absoluta ni insoslayable, sino que debe ser ponderada por el contratante motivando suficientemente todas y cada una de sus concretas y sucesivas decisiones, consciente de que la regla ha de ser la de salvaguardar todo lo posible el funcionamiento competitivo del mercado.

Esta evaluación y toma de decisiones motivada resultan esenciales para el diseño de un contrato público o para optar por cualquiera otra posible alternativa y debe realizarse ya desde la fase previa o preparatoria del eventual contrato público. Esta cuestión es analizada con atención por la LCSP y a ella se dedica de forma específica y especializada desde la perspectiva de la competencia la reciente *Guía sobre contratación pública y competencia; fase 1: La planificación de la contratación pública*”, aprobada por la CNMC en plena pandemia, el 16 de diciembre de 2020, con la que se actualiza siguiendo las fases habituales de la contratación pública la celebrada *Guía sobre contratación pública y competencia* de 2011²³, centrándose en la que debe ser la primera fase, la de la planificación de la contratación pública²⁴, aunque sea identificada por la propia CNMC como *Guía actualización 2021*²⁵.

No debemos olvidar, como ya adelantamos, que es en esta fase previa cuando se adoptan una serie de decisiones fundamentales, como la de si se decide acudir al mercado mediante la celebración de un contrato público, un convenio o acudir a medios propios, así como las condiciones básicas de cómo hacerlo²⁶.

²³ La versión original de esta guía se puede consultar en: <https://www.cnmc.es/guia-contratacion-publica-competencia>.

²⁴ En esta guía, la CNMC destaca la importancia de la planificación como herramienta para promover la competencia y la eficiencia, su contenido y fases, y ofrece una serie de recomendaciones relevantes desde la perspectiva de la competencia dirigidas a los entes públicos contratantes. Esta actualización de la guía se puede descargar en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3334635_3.pdf.

²⁵ Véase: <https://www.cnmc.es/prensa/actualizacion-guia-contratacion-20210129>.

²⁶ En el momento en el que estábamos haciendo la revisión final, la CNMC abrió una consulta pública sobre las alternativas a la contratación pública: convenios y medios propios. Cfr. <https://www.cnmc.es/prensa/consulta-publica-contratacion-2021>.

La primera de las remisiones expresas que la LCSP hace a la competencia y que, por lo tanto, debe interpretarse tomando en consideración su reconocimiento expreso como principio en el artículo 1 LCSP ya citado aparece en el artículo 33 LCSP, dedicado a los “*Encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados*”.

Esta norma se introduce a propósito de las anteriormente denominadas “*encomiendas de gestión*”²⁷, por lo que debemos recordar nuevamente que acudir al mercado, en sentido amplio, o a proveerse mediante esta posibilidad es legítimo, pero debe decidirse con carácter inicial, ponderando sus ventajas e inconvenientes. Se trata, en consecuencia, de la primera decisión que debe tomar una Administración pública que quiera proveerse de los bienes o servicios que precisa, donde ya tiene relevancia para la competencia, pues debe resolver si acude al mercado para ello sacándola a licitación pública o puede satisfacerla acudiendo a otras vías, como la del convenio, la encomienda de gestión o los medios propios (art. 6 LCSP. “*Convenios y encomiendas de gestión*”²⁸). Esta decisión debe tomarse atendiendo a criterios de eficiencia económica, pero también siendo consciente de que la contratación pública

²⁷ A esta singularidad de la contratación pública hace ya referencia la propia exposición de motivos de la LCSP cuando señala que “En el libro I, relativo a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, aparece en primer lugar una nueva regulación del llamado «medio propio» de la Administración, encomiendas de gestión o aplicación práctica de la técnica denominada «*in house*», que pasa ahora a llamarse «encargos a medios propios». Así, nos encontramos los casos de encargos entre entidades del sector público, como supuestos de ejecución directa de prestaciones a través de medios propios personificados, distinguiéndose entre el encargo hecho por un poder adjudicador de aquel que hubiera realizado otra entidad que no tenga la consideración de poder adjudicador, manteniéndose los casos de la ejecución directa de prestaciones por la Administración pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados. En la ley, siguiendo las directrices de la nueva Directiva de contratación, han aumentado las exigencias que deben cumplir estas entidades, con lo que se evitan adjudicaciones directas que pueden menoscabar el principio de libre competencia. Se encuentran aquí requisitos tales como que la entidad que tenga el carácter de «medio propio» disponga de medios personales y materiales adecuados para cumplir el encargo que se le haga, que haya recabado autorización del poder adjudicador del que dependa, que no tenga participación de una empresa privada y que no pueda realizar libremente en el mercado más de un 20 por ciento de su actividad”. Este tema ya había sido abordado por la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC), hoy COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC), *Informe de 2013: Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia*, 2013. Acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/1186066_1.pdf.

²⁸ Cfr. artículo 6. Convenios y encomiendas de gestión. Para una visión actualizada, véase, MIÑO LÓPEZ, A.M., “Prácticas anticompetitivas en el ámbito de los encargos a medios propios”; Díaz Bravo, E. y Moreno Molina, J.A. (dirs.), *Contratación pública global: Visiones comparadas*, Tirant lo Blanch, Universidad Santo Tomás (Chile), Chile, 2020, pp. 141-170.

1. Quedan excluidos del ámbito de la presente ley los convenios cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración general del Estado, las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, las universidades públicas, las comunidades autónomas y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, las entidades locales, las entidades con personalidad jurídica pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídica privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador.

Su exclusión queda condicionada al cumplimiento de las siguientes condiciones:

- a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje, se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial mediante proyecciones de negocio.
 - b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.
 - c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.
2. Estarán también excluidos del ámbito de la presente ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta ley o en normas administrativas especiales.

genera una lucha por el mercado entre los licitadores que es positiva desde la perspectiva del desarrollo económico²⁹.

Conforme al artículo 33 LCSP:

“1. Las entidades del sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador podrán ejecutar de manera directa prestaciones propias de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios a cambio de una compensación valiéndose de otra persona jurídica distinta a ellos, previo encargo a esta, con sujeción a lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando la persona jurídica que utilicen merezca la calificación jurídica de medio propio personificado respecto de ellos, de conformidad con lo dispuesto en el apartado siguiente. El encargo que cumpla estos requisitos no tendrá la consideración de contrato.

2. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una entidad perteneciente al sector público que no tenga la consideración de poder adjudicador, aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos siguientes:

a) Que el ente que hace el encargo ostente control, directo o indirecto, en el sentido del artículo 32.2.a), primer y segundo párrafos de esta ley, sobre el ente destinatario del mismo.

b) Que la totalidad del capital social o patrimonio del ente destinatario del encargo sea de titularidad pública.

c) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por la entidad que realiza el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que realiza el encargo.

3. El apartado 2 del presente artículo también se aplicará en los casos en que una entidad del sector público estatal realice un encargo a otra del mismo sector, siempre que la entidad que realiza el encargo y la que lo reciba estén controladas, directa o indirectamente, por la misma entidad de dicho sector y, además, la totalidad del capital social o patrimonio de la entidad destinataria del encargo sea de titularidad pública. En este supuesto, el requisito del apartado 2.c) anterior, cuya acreditación deberá reflejarse en la forma dispuesta en él, se entenderá cumplido por referencia al conjunto de actividades que se hagan en el ejercicio de los

3. Asimismo, quedan excluidas del ámbito de la presente ley las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público.

²⁹ En este sentido, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Compliance y Defensa de la Competencia: La Promoción de la Cultura del Cumplimiento Antitrust «en el Sector Público»”, Campos Acuña, M.ªC. (dir.) *Guía Práctica del Compliance en el Sector Público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020, pp. 357 a 383, donde destacamos que para poder celebrar convenios o encomiendas de gestión deberán cumplirse los requisitos establecidos en el artículo 6 LCSP, algo que debería recordar un programa de cumplimiento.

cometidos que le hayan sido confiados por la entidad que realiza el encargo, por la entidad que controla directa o indirectamente tanto a la entidad que realiza el encargo como a la que lo recibe, así como por cualquier otra entidad también controlada directa o indirectamente por la anterior. En estos casos, la compensación a percibir por la entidad que reciba el encargo deberá ser aprobada por la entidad pública que controla a la entidad que realiza el encargo y a la que lo recibe, debiendo adecuarse dicha compensación y las demás condiciones del encargo a las generales del mercado de forma que no se distorsione la libre competencia”.

Resulta evidente, a nuestro juicio, tras la lectura del artículo 33 LCSP, reproducido en su integridad para hacerlo más evidente, que, además de cumplir los requisitos que exigen los artículos 6 y 33 LCSP, la Administración contratante deberá valorar el efecto incentivador o desincentivador que, para la competencia, en las concretas circunstancias del caso, tenga optar o no por el mercado, siendo posible optar por un enfoque procompetitivo si el efecto incentivador así lo justificara.

Por su parte, el artículo 64.1 LCSP, dedicado a la lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses, está igualmente relacionado con la libre competencia. Así, impone a los órganos de contratación que “1. (...) deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores”.

La lectura de este precepto pone en evidencia la íntima conexión entre la distorsión de la competencia y otras prácticas contra las que el legislador europeo y español trata de luchar denodadamente³⁰, como es el fraude y la corrupción, sin que en ningún caso se deba identificar la “colusión” con la corrupción”, aunque en no pocas ocasiones puedan ir unidas.

Otro de los preceptos importantes en la relación entre LCSP y LDC es el artículo 69 LCSP³¹, dedicado a las uniones temporales de empresas (UTE). Conforme a dicho precepto:

“Artículo 69. Uniones de empresarios.

1. Podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las

³⁰ A este respecto, podemos citar el reciente Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

³¹ Como acertadamente destaca MIÑO, con quien coincidimos (agradeciéndole que nos permitiera consultar su trabajo, todavía en imprenta, MIÑO LÓPEZ, A.M., “La comunicación de prácticas anticompetitivas a las autoridades de defensa de la competencia por los órganos de la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 212, 2021), “Los artículos 69 y 150 LCSP limitan el deber de notificación de los órganos y mesas de contratación a las prácticas restrictivas («colusión», «conductas colusorias»). El tenor literal de ambos preceptos es muy preciso al respecto. Pero los órganos de contratación y las mesas están sometidos también a lo dispuesto en el artículo 132.2 LCSP; por ello, están también obligados a notificar a las autoridades de competencia cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia”.

mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.

2. Cuando en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación apreciase posibles indicios de colusión entre empresas que concurran agrupadas en una unión temporal, los mismos requerirán a estas empresas para que, dándoles plazo suficiente, justifiquen de forma expresa y motivada las razones para concurrir agrupadas”.

Las cautelas con las que se contemplan las UTE (criterio que entendemos que debe trasladarse igualmente a las agrupaciones de interés económico o figuras equivalentes³²) reside en que empresas que podrían haber presentado ofertas de forma individual habrían optado por asociarse sin otra finalidad real que la de no competir, repartiéndose de ese modo el mercado, lo que contravendría la esencia misma de la contratación pública.

Sin perjuicio de lo que podamos señalar más adelante, este potencial peligro de la constitución de UTE (preconstitución realmente, pues la UTE solo se constituye si resulta adjudicataria) para concurrir a licitaciones públicas puede apreciarse con claridad, por ejemplo, en la RCNMC de 12 de noviembre de 2019, en el Expte. S/0010/19, ITV COMERCIALES EN CARRETERA³³, donde la Sala de Competencia de la CNMC resolvió no incoar procedimiento sancionador y acordar el archivo de las actuaciones seguidas como consecuencia de la puesta en conocimiento de la DGT de las circunstancias en las que se han venido desarrollando los procedimientos de contratación del servicio de inspección técnica en carretera para vehículos comerciales, por considerar que en este expediente no hay indicios de infracción del artículo 1 de la LDC.

Esta resolución y el precepto que interpreta merece, al menos, dos reflexiones básicas: la primera es que la apreciación del carácter eventualmente colusorio de la unión temporal debe apreciarse por la mesa de contratación *motu proprio* o a instancia de cualquiera de los licitadores, y es sin duda dicha mesa de contratación el órgano más cualificado para esa evaluación, al menos indicaría, sin perjuicio de que pueda probarse que la voluntad única de la UTE era precisamente falsear la competencia³⁴.

³² Respecto de las AIE, *vid.* Ley 12/1991, de 29 de abril, de agrupaciones de interés económico.

³³ Cfr. https://www.cnmc.es/sites/default/files/2750229_38.pdf.

³⁴ Acerca del tema de las UTE y de la prueba por indicios de la existencia de una práctica concertada colusoria por su objeto en la constitución de UTE, véanse las recientes sentencias del Tribunal Supremo (STS), de fechas 15 de marzo de 2021 (casación 3045/2020), 16 de marzo de 2021 (casación 2040/2020), 17 de marzo de 2021 (casación 1363/2021) y 4 de mayo de 2021 (casación 3333/2020), en las que el alto tribunal desestima el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, n. 812/2019, de 15 de octubre, que anuló la Resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia (TCDC), de la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO), de 9 de febrero de 2016 (Expediente n.º 57/2014, Fisiogestión). La citada sentencia del TSJC seguiría la senda marcada por las sentencias de la Audiencia Nacional que en 2018 anularían los recursos interpuestos contra la Resolución de la CNMC de 8 de enero de 2015, en el Expte. S/0429/12 RESIDUOS (entre otras, SAN 22/02/2018 en el recurso 115/2015). Con ello, se consolidaría la evolución del análisis de la capacidad de las empresas para ir individualmente a las licitaciones y la ilegalidad implícita de la UTE en la que participarían (denominado “test de capacidad” o “indispensabilidad”, que sería el utilizado por la CNMC y la ACCO) hacia uno basado en la “razonabilidad empresarial” de la decisión (test de la razonabilidad empresarial). Esta interesantísima y relevante cuestión es abordada por GONZÁLEZ DE ZÁRATE, P., “Los tribunales vuelven a cuestionar el «test de capacidad» utilizado por la CNMC y la ACCO a la hora de analizar la compatibilidad de las UTEs con el derecho de la competencia”, *Blog Ramón y Cajal Abogados*,

Desde un punto de vista más general y procompetitivo, nos atrevemos a sugerir desde una perspectiva estructural de los mercados la necesidad de determinados sectores de que muchos de sus operadores adquieran mayor dimensión, principalmente a través de procesos de integración horizontal (concentraciones horizontales), de forma que se configuren mercados más contestables, más competitivos, pues tal situación incrementaría la tensión competitiva y evitaría situaciones de poder de mercado excesivo fruto de la presencia simultánea de grandes operadores y de un número muy amplio de medianos y pequeños operadores³⁵.

Otra interesantísima previsión desde la perspectiva de la competencia –aunque no sea citada por la LDC– es la contenida en el artículo 70.1 LCSP, dedicado a las “*condiciones especiales de compatibilidad*”, expresión ambigua e imprecisa respecto de su contenido. Conforme a este precepto:

“1. El órgano de contratación tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación en la licitación de las empresas que hubieran participado previamente en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato o hubieran asesorado al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación no falsee la competencia. Entre esas medidas podrá llegar a establecerse que las citadas empresas, y las empresas a ellas vinculadas, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio, puedan ser excluidas de dichas licitaciones cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato. (...)”

Entre las medidas a las que se refiere el primer párrafo del presente apartado, se encontrarán la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas.

Las medidas adoptadas se consignarán en los informes específicos previstos en el artículo 336”.

Este precepto se enmarca en el contexto de las denominadas “*consultas preliminares del mercado*” (art. 115 LCSP), que permiten a los órganos de contratación recabar información adicional para preparar el contrato, si bien no debe desdeñarse el peligro de que el órgano de contratación pueda verse influenciado en exceso por los operadores consultados, quienes podrían aprovechar su participación en esta fase preliminar del procedimiento de contratación para influir en el diseño de los pliegos, de manera que estos resulten más favorables a los mismos. Esta posibilidad lo debe llevar a tomar ciertas cautelas, como ampliar sus fuentes de información,

17 de junio de 2021. Acceso web: <https://www.ramoneycajalabogados.com/es/noticias/los-tribunales-vuelven-cuestionar-el-test-de-capacidad-utilizado-por-la-cnmc-y-la-acco-la>.

³⁵ Son ejemplos clásicos de lo que señalamos el sector primario en general en España, donde el poder de mercado de la distribución puede distorsionar la competencia o el sector del transporte de viajeros por carretera.

acudir, si fuera preciso, a informes independientes o incluso a la experiencia de otras autoridades, incluidas las de competencia, por ejemplo, en expedientes de concentraciones económicas recientes, pues en ellos se analiza en detalle el mercado o mercados afectados.

La relevancia del artículo 70.1 LCSP deriva de su carácter cautelar, pues se dirige a evitar que quienes han colaborado en la preparación de un contrato lo hayan hecho en su exclusivo interés y no en el de la Administración contratante. Debemos mencionar en este punto la importancia de la “*neutralidad tecnológica*” y el peligro de que una opción inicial cierre el mercado a futuras tecnologías alternativas o configure exclusividades peligrosas desde la perspectiva de la competencia y los valores que esta implica respecto del estímulo de la innovación.

Otro de los ámbitos en los que la conexión entre la LCSP y LDC es intensa y que, a nuestro juicio, ejemplifica perfectamente las dificultades que anticipamos para cohesionar ambos ámbitos normativos (libre competencia y contratación pública, LDC y LCSP) es el de las denominadas “*prohibiciones de contratar*”³⁶, reguladas en los artículos 71 a 73 LCSP, cuya aplicación suscita todavía hoy numerosas interrogantes, algunas de las cuales están en la actualidad pendientes de pronunciamientos judiciales³⁷.

Conforme al artículo 71 LCSP:

“1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente ley, con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

(...)

b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia (...) de falseamiento de la competencia (...).”

Por su parte, el artículo 72 LCSP, al regular la apreciación de la “competencia y procedimiento” en relación con estas prohibiciones de contratar, señala que:

“5. Cuando, conforme a lo señalado en este artículo, sea necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, el alcance y duración de esta se determinarán siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta ley se establezca.

No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas

³⁶ Las prohibiciones de contratar se recogían ya en los artículos 60 a 61 bis del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSPP), incluyéndose ya como causa en su artículo 60.1.b) “haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave (...) de falseamiento de la competencia (...)”.

³⁷ En este sentido, resulta elocuente BACHES OPI, S., “La prohibición de contratar con las administraciones públicas por infracciones del Derecho de la competencia: «*Setung a sale on a sea of doubts*»”, Canedo Arrillada, M.P. (dir.), *La competencia como motor de desarrollo económico*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 167-211.

e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia³⁸ en materia de falseamiento de la competencia. Este párrafo no resultará de aplicación cuando resulte aplicable la causa de prohibición de contratar a que se refiere el artículo 71.1, letra a). La prohibición de contratar, así declarada, podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia, cuando la persona que haya sido declarada en situación de prohibición de contratar acredite el cumplimiento de los extremos a que se refiere el párrafo anterior. El órgano competente para conocer de la citada revisión será el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar (...)”.

Como ya tuvimos ocasión de señalar recientemente³⁹, es preciso destacar, con SANZ DE LA ASUNCIÓN y ARECES LÓPEZ⁴⁰, que la mayor novedad de su nueva regulación sería la transposición de las denominadas “medidas de autocorrección” o *self-cleaning*, que permite la dispensa de la prohibición de contratar mediante la adopción por el empresario de medidas correctivas. Se trata de los conocidos programas de cumplimiento (*compliance programmes*)⁴¹, si bien, a diferencia de lo previsto en la Directiva 2014/24/UE, que condicionaba la dispensa a que la empresa presentase pruebas suficientes para demostrar su fiabilidad, consideran que tal apreciación es discrecional, aunque queda sometida a tres requisitos: (i) demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, (ii) que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y (iii) que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o nuevas faltas. Sin embargo, la LCSP, en su transposición únicamente incluye dos de esos tres requisitos que consideran que se configurarían como automáticos para el otorgamiento de la dispensa en sede de trámite de audiencia del procedimiento correspondiente: (i) acreditar el pago de la multa o compromiso de pago de la multa impuesta; y (ii)

³⁸ Al denominado Programa de Clemencia haremos una breve mención más adelante.

³⁹ En este sentido, *vid.* RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., PÉREZ FERNÁNDEZ, P. y SUDEROW, J., “Una visión integral de la prevención de los cárteles: análisis desde la perspectiva de las empresas, las Administraciones Públicas y las autoridades de competencia”, Beneyto Pérez, J.M. y Maíllo González-Orús, J. (dirs.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 109-156; y MIÑO LÓPEZ, A.M., “Programas de cumplimiento y defensa de la competencia en la contratación pública: principios y modalidades”, *Diario La Ley*, n. 9813, 2021.

⁴⁰ Cfr. SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. y ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, *cit.*, p. 109.

⁴¹ Para una visión general de los programas de cumplimiento en materia antitrust, véanse, entre otros, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Capítulo 21: Prevención de cárteles, promoción de la competencia y programas de cumplimiento”, Beneyto Pérez, J.M. y Maíllo González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 845-876; y RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “El reto de la implantación de los PDC en materia antitrust en España”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n. 17, 2015, p. 6.

la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas⁴².

Sin olvidar la importancia de ambos requisitos, el último de los cuales se remite a un programa de cumplimiento, queremos llamar la atención sobre la omisión del requisito relativo al pago de la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta. Entendemos que su mantenimiento, extendiéndolo a los ilícitos anticompetitivos, habría sido fundamental para prevenir nuevas conductas infractoras.

También se ha subrayado⁴³ la novedad relativa de que la LCSP se refiere a la posibilidad de la empresa de acogerse al “programa de clemencia”, como medida equivalente al segundo de los aludidos requisitos (adoptar medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas)⁴⁴.

La LCSP⁴⁵ introduce la previsión de que la decisión de la compañía de acogerse al programa de clemencia (exención del pago de la multa *ex* artículo 65 LDC) permitirá también eludir la prohibición para contratar sin necesidad de acreditar ningún otro extremo. Por el contrario, como subrayan SANZ DE LA ASUNCIÓN y ARECES LÓPEZ, *en el caso de que a la empresa incurso en la prohibición se le hubiera concedido dicha reducción conforme al artículo 66 LDC, será necesario que acredite el pago de la multa reducida para que no se declare la prohibición o para que sea revisada si ya ha sido declarada*⁴⁶.

En relación con las medidas de autocorrección (*self-cleaning*) y el deber de cooperación en la aclaración de los hechos, debemos resaltar que la cooperación no se limita solo a la cooperación con las autoridades de competencia, sino que las empresas

Regap



ESTUDIOS

⁴² Cfr. SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. y ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, cit., p. 109.

⁴³ Cfr. SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. y ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, cit., pp. 109 y 110. Para estos autores, la asimilación de la adopción de medidas organizativas a la decisión de la compañía de acogerse al programa de clemencia supone que, en aquellos supuestos en los que se haya solicitado (y otorgado) la exención del pago de la multa conforme al artículo 65 LDC, no se aplicará la prohibición para contratar sin necesidad de acreditar ningún otro extremo. Por el contrario, en el caso de que a la empresa incurso en la prohibición se le haya concedido la reducción del pago de la multa de conformidad con el artículo 66 de la LDC, será necesario que acredite el pago de la multa reducida para que no se declare la prohibición o para que sea revisada si ya ha sido declarada.

⁴⁴ Esta apelación directa a una figura propia del derecho de la competencia nos reafirma en la idea de que las indemnizaciones aludidas serían incluir también las derivadas de ilícitos antitrust. Lo anterior nos lleva a pensar que sería positivo incluir en los pliegos que la empresa disponga de un programa de cumplimiento que previera específicamente los ilícitos antitrust y también, en su caso, un compromiso de asumir el pago de una indemnización, que podría estar fijada de antemano, para reparar posibles perjuicios derivados de infracciones antitrust o el compromiso de renuncia al contrato en caso de infracción antitrust. No obstante, la exigencia lógica de que recaiga sentencia firme podría hacer esta última previsión.

⁴⁵ Cfr. artículo 72.5 (“Apreciación de la prohibición de contratar. Competencia y procedimiento”).

⁴⁶ La razón de la inclusión del Programa de Clemencia como medida correctora residiría, a juicio de SANZ DE LA ASUNCIÓN y ARECES LÓPEZ, en que, sin una mención expresa, parecería difícil integrar la participación en un Programa de Clemencia en el supuesto de adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal (denominado, comúnmente, como programa de *compliance*). En segundo lugar, su alusión se funda en el temor expresado por la CNMC en su Informe al Anteproyecto de la Ley de que la no introducción de una mención expresa a este respecto pudiera afectar negativamente (en el sentido de desincentivar) al Programa de Clemencia previsto en la LDC. Asumen, en consecuencia, que resulta razonable pensar que la efectividad de este programa quedaría en entredicho si los solicitantes, pese a lograr una exención o reducción del pago de la multa que se pudiera imponer y tras aportar pruebas de la existencia de un acuerdo secreto entre competidores, se les aplicara la prohibición de contratar con el sector público. Ha de tenerse en cuenta que, para muchas empresas, el sector público es su principal o único cliente, de manera que esta prohibición podría suponer un daño o perjuicio mayor que al derivado de la multa que la CNMC pudiera imponer a la empresa en cuestión (SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. y ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, cit., p. 109).

deben cooperar también con el poder adjudicador para esclarecer de forma exhaustiva un posible falseamiento de la competencia. En efecto, el TJUE en la Sentencia C124/17 de 24 de octubre de 2018, en el asunto *Vossloh-Laeis vs. Stadtwerke München GmbH*, en contra de lo propuesto por el abogado general en sus conclusiones de 16 de mayo de 2018, concluye que el operador económico no solo debe colaborar con la autoridad de competencia, sino que también debe colaborar con el poder adjudicador en la aclaración exhaustiva de los hechos y circunstancias que guarden relación con la infracción cometida⁴⁷. El riesgo de que la transmisión del documento pueda facilitar la acción de responsabilidad civil por parte del propio poder adjudicador no debe servir para eludir la obligación de colaborar. El propio TJUE recuerda que la empresa, para demostrar su fiabilidad, debe aportar prueba de que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción.

Asimismo, la entrega al poder adjudicador de la resolución sancionadora en la que se constata la infracción cometida por la empresa licitadora basta para demostrar al poder adjudicador que dicho operador económico ha aclarado de manera exhaustiva los hechos y circunstancias colaborando con el poder adjudicador.

Debemos distinguir entre las dos cuestiones tratadas en este caso: la obligación de esclarecer los hechos pasados relacionados con la infracción y el alcance de la información suficiente a aportar para restablecer la fiabilidad del operador económico.

Gracias a esta sentencia, queda claro que la exclusión es un mecanismo que puede resultar efectivo y facilitar, en su caso, no solo la selección del mejor licitador y la adopción de programas de *compliance* serios y efectivos, sino que también facilita la reparación del daño causado por el cártel a la Administración pública.

La limitación del deber de cooperación y de esclarecimiento frente a la autoridad de competencia hubiese supuesto una importante erosión del principio de cooperación y del alcance de las medidas de autocorrección recogido en la Directiva 2014/24, ya que, gracias al programa de clemencia, la posición del solicitante e infractor hubiese quedado blindada frente al poder adjudicador. Por ello, esta sentencia debe ser bienvenida y, en opinión de los autores, contiene importantes avances tanto en relación con la exclusión como en relación con las acciones de daños que plantea la Administración pública. Así las cosas, debemos recordar que la protección del programa de clemencia se limita al procedimiento sancionador frente a la autoridad de competencia y no se debe extender a otros procedimientos como pueden ser la exclusión por falta de fiabilidad o cualquier acción de daños *follow on*. Esta última cuestión puede provocar, en buena medida, que el éxito que hasta la fecha han tenido los programas de clemencia pueda verse resentido, pero ello no debe impedir que los daños antitrust sean adecuadamente reparados.

La figura de la prohibición de contratar es, en consecuencia y sin lugar a dudas, una figura de singular relevancia práctica, puesto que, aunque se suele descartar el

⁴⁷ Véase al respecto SUDEROW, J., "Europa: STJUE 24.10.18, C 124/17, Vossloh laeis GMBH y Stadtwerke München GMBH Contratación pública, compliance y acciones de daños", *osservatorioantitrust.eu*, 7 de noviembre de 2018. Acceso web: <https://www.osservatorioantitrust.eu/es/europa-stjue-24-10-18-c-124-17-vossloh-laeis-gmbh-y-stadtwerke-munchen-gmbh-contratacion-publica-compliance-y-acciones-de-danos>.

carácter de “sanción” en sentido estricto de esta prohibición, su relevancia y consecuencias hacen de ella un instrumento en manos de las autoridades de competencia cuyo temor supera, con frecuencia, a las potenciales multas.

Entendemos que las cuestiones que esta regulación no deja del todo claras serán resueltas por la práctica y confirmadas por los tribunales. En esta línea, debemos apuntar, por ejemplo, su carácter automático, se mencione o no en la correspondiente resolución sancionadora; que sea aplicable en caso no solo de infracción grave, sino coherentemente en el caso de infracción muy grave; que su determinación puede hacerla directamente la autoridad de competencia (con o sin propuesta del órgano instructor) o ser determinada por la junta consultiva de contratación administrativa competente, así como las cuestiones relativas al denominado, siguiendo la terminología anglosajona, como *self-cleaning*, esto es, la posible enervación de la prohibición mediante la implantación de programas de cumplimiento. En la actualidad, la CNMC⁴⁸, la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC)⁴⁹ o la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía⁵⁰ han optado por no proceder a dicha determinación (a pesar de algún voto particular en el caso de la CNMC⁵¹), mientras que autoridades autonómicas de competencia como la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO)⁵² y la Comisión Gallega de la Competencia⁵³ las han fijado en sus resoluciones. Entendemos que ambas vías son válidas.

En todo caso y en lo que respecta al órgano de contratación y a la labor de la mesa de contratación, deberán estar debidamente informados de la vigencia de la prohibición y de las condiciones en su determinación para su efectividad en licitaciones concretas.

De lo que sí tenemos constancia, que ya ha admitido a trámite el Tribunal Supremo, por su interés casacional, es de la eventual suspensión cautelar de la prohibición de contratar, tomando especialmente en consideración si su previsión en la resolución sancionadora dictada por la CNMC implica su ejecución inmediata (aun cuando no

⁴⁸ En el caso de la CNMC, además de sus notas de prensa y el buscador, pueden consultarse sus memorias anuales, disponibles en <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/memorias>. Téngase en cuenta que no todas las comunidades autónomas disponen de órgano de resolución de los expedientes sancionadores, por lo que, aunque la instrucción se desarrolle en las mismas, la resolución corresponde a la Sala de Competencia de la CNMC. A título de ejemplo en materia de licitación pública, véanse las resoluciones del Consejo de la CNMC de 9 de marzo de 2017, en el Expdte. S/DC/0512/14, Transporte Balear de Viajeros (acceso web: <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc051214>), o de 20 de junio de 2019, Expdte. SAMUR/02/18, Transporte Escolar Murcia (acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2811227_92.pdf) o 9 de septiembre de 2020, en el Expdte. SANAV/02/19, Transporte Escolar de Viajeros Navarra (acceso web: <https://www.cnmc.es/sites/default/files/3136435.pdf>).

⁴⁹ Cfr. Resolución de 27 de diciembre de 2017, en el Expediente 130-SAN-2016, Transporte de Viajeros de Gipuzkoa. Acceso web: https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/adjuntos/130_RESOLUCION_TRANSPORTE_GIPUZKOA_web_es.pdf.

⁵⁰ Cfr. Resolución de 16 de diciembre de 2019, recaída en el Expediente S/11/2019, Contratación Pública Vivienda. Acceso web: <http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/Resolucion-S-11-2019.pdf>.

⁵¹ Cfr. voto particular de la consejera María Pilar Canedo (apartado C. Sobre la prohibición de contratar, pp. 222 y ss.), a la Resolución de 1 de octubre de 2019, en el Expdte. S/DC/0612/17, Montaje y Mantenimiento Industrial. Acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3408914_2.pdf.

⁵² Cfr. Resolución de 23 de diciembre de 2019, recaída en el Expediente 94/2018, Licitaciones Servicio Meteorológico de Cataluña. Cfr. http://acco.gencat.cat/web/.content/80_accos/documents/arxiu/actuacions/20200121_Resolucion-exp-94-18-PUB.pdf.

⁵³ Cfr. Resolución 3/2020 – ARRIVA NOROESTE, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, S.L.). Disponible en la web oficial CGC en la dirección https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/RES_3_2020_cast_0.pdf.

esté determinada la duración y el alcance de dicha prohibición), o si la ejecutividad del acto resulta del procedimiento administrativo posterior ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como la incidencia que ello pueda tener en la pieza separada de medidas cautelares, precisando que *“se trata de interpretar el artículo 130 LJCA en relación con los artículos 71.1.b) y 72 (apartados 2, 3, 5 y 7) LCSP, a fin de aclarar si la prohibición de contratar que incluye la resolución sancionadora dictada por la CNMC ha de entenderse inmediatamente ejecutiva a los efectos de su eventual suspensión cautelar o, por el contrario, la ejecutividad de dicha medida se produce en un momento posterior tras la tramitación del procedimiento correspondiente ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa”*⁵⁴.

Otro ámbito en el que se aprecia la interrelación entre ambas normas es la regulación de los “*lotes*”, modificada en la actual LCSP. De este modo, el artículo 99 LCSP (“*Objeto del contrato*”) dispone en la actualidad:

*“3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta”*⁵⁵.

Esta previsión está pensada para la fase de preparación del contrato y está dirigida a quienes preparan la licitación. Son ellos quienes deben decidir si procede definir lotes y cuáles se establecen. La idea es que, a mayor número de lotes, más opciones de que se presenten licitadores y que estos puedan ser pyme. El poder adjudicador deberá valorar, no obstante, sus necesidades, evitando caer en el peligro de que el excesivo fraccionamiento del contrato ponga en peligro la finalidad de este o pueda

⁵⁴ Cfr. ROJ: ATS 29/04/2021 – ECLI:ES:TS: 2021:2904A, de fecha 18 de marzo de 2021. Durante la última revisión de este trabajo, se publicó la Sentencia 1115/2021, de 14 de septiembre de 2021 (recurso de casación 6372/2020), en la que el Tribunal Supremo (TS) se pronuncia por vez primera sobre la posibilidad de que la Audiencia Nacional (AN) suspenda la ejecución de resoluciones sancionadoras de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC no solo en lo relativo al pago de la sanción económica impuesta, sino también en lo atinente a la prohibición para contratar. Para un comentario de esta sentencia, véase la nota del despacho Clifford Chance en España: ALMENAR, J., ALCARAZ, C. y IRISSARRY, B., “El Supremo invita a pedir la suspensión cautelar de las prohibiciones para contratar, aunque no sean inmediatamente ejecutivas”, *Boletín Clifford Chance*, octubre, 2021. Acceso web: <https://www.cliffordchance.com/briefings/2021/10/el-supremo-invita-a-pedir-la-suspension-cautelar-de-las-prohibic.html>.

⁵⁵ La disposición adicional cuarta tiene por objeto los “contratos reservados” a favor de “1. (...) Centros Especiales de Empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante Real decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, de 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, a condición de que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los Centros Especiales de Empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea el previsto en su normativa de referencia y, en todo caso, al menos del 30 por 100”. Sobre esta DA cuarta, véase el Informe Función Consultiva FC 3/2020, CONSULTA SOBRE CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO, disponible en la web de la Comisión Gallega de la Competencia, www.competencia.gal, concretamente en la dirección: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/03/INFORME%20FUNCION%20C3%93N%20CONSULTIVA%20FC%203-2020%20CENTROS%20ESPECIALES%20DE%20EMPLOO_g%20_0.pdf. En esta misma línea, véanse las conclusiones del abogado general, el Sr. EVGENI TANCHEV, presentadas el 29 de abril de 2021, en el Asunto C-598/19, cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el caso Confederación Nacional de Centros Especiales de Empleo (CONACEE) contra la Diputación Foral de Guipúzcoa y Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo (FEACEM). Acceso web: <https://www.crisisycontratacionpublica.org/wp-content/uploads/2021/05/CONCLUSIONES-AG-29-04-2021.-Contratos-reservados.Centros-especiales-de-empleo.-Pais-Vasco.pdf>.

considerarse un intento de fraccionar el contrato, si bien en esta última hipótesis no se podría hablar, en puridad, de “lotes”.

Es más explícita, sin embargo, la mención que a la libre competencia hace el artículo 285 LCSP al regular los “pliegos y anteproyecto de obra y explotación”, citando expresamente el artículo 99.3 LCSP:

“1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas deberán hacer referencia, al menos, a los siguientes aspectos:

a) Definirán el objeto del contrato, debiendo prever la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, sin merma de la eficacia de la prestación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99.3, con la finalidad de promover la libre competencia”.

No obstante, constatando la importancia de lo ya expuesto hasta ahora en el repaso lineal de la LCSP, lo cierto es que los dos puentes o pasarelas más explícitos y directos que se lanzan a la LDC son los contenidos en los artículos 132 y 150 LCSP⁵⁶. Por seguir el orden de la propia LCSP, nos referiremos ahora al primero de estos preceptos, el artículo 132 LCSP, abordando el segundo de ellos tras examinar el artículo 139 que se intercala entre ambos.

El artículo 132 LCSP se ocupa del principio de igualdad, transparencia y libre competencia, dedicando a esta última su apartado 3.º, conforme al cual:

“3. Los órganos de contratación velarán en todo el procedimiento de adjudicación por la salvaguarda de la libre competencia. Así, tanto ellos como la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, los órganos consultivos o equivalentes en materia de contratación pública de las comunidades autónomas, y los órganos competentes para resolver el recurso especial a que se refiere el artículo 44 de esta ley, notificarán a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a las autoridades autonómicas de competencia, cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación”.

⁵⁶ Como acertadamente destaca MIÑO LÓPEZ, añadiendo a estos dos preceptos el artículo 69 LCSP ya analizado: “Los tres artículos estudiados imponen la obligación de notificación sean cuales sean el procedimiento de licitación y la forma de adjudicación empleados por el órgano de contratación. La actuación de la autoridad de competencia no entra a considerar las eventuales infracciones de la normativa de contratación pública y se desarrolla al margen y de forma paralela a la licitación y al recurso administrativo especial en materia de contratación pública, salvo que los órganos competentes suspendan la tramitación de dichos procedimientos” (MIÑO LÓPEZ, A.M., “La comunicación de prácticas anticompetitivas a las autoridades de defensa de la competencia por los órganos de la contratación pública”, cit.).

Este precepto, que en términos similares se recogía ya en el TRLCSP de 2011⁵⁷ y en una Ley de Galicia de 2013⁵⁸, es uno de los preceptos claves para la relación entre contratación pública y competencia. Su redacción sigue siendo ambigua e incompleta, pues parece centrarse únicamente en los acuerdos anticompetitivos de carácter colusorio, cuando cabe que la conducta anticompetitiva pueda encajar, además de en los artículos 1 LDC/101 TFUE, cuya redacción transcribe de forma casi literal la LCSP, en los artículos 2 LDC/102 TFUE y, en el caso de España, en el singular artículo 3 LDC. Hay que reconocer, no obstante, que los acuerdos colusorios son la práctica más habitual de las detectadas hasta la fecha.

Es preciso señalar, respecto de su contenido, que la expresión “órganos de contratación” es, a nuestro juicio, deliberadamente amplia para incluir a todos los que desde la Administración puedan detectar indicios de una eventual práctica anticompetitiva (mesa de contratación, órgano de resolución de recursos especiales...⁵⁹), aunque, sin duda, suele ser la mesa de contratación la que dispone de mayor información. Asimismo, el uso del plural “indicios”, a pesar de que no excluye que un único indicio pueda llevar a apreciar la posible existencia de la práctica, todo parece apuntar a que deban ser varios⁶⁰, y lo más evidentes posible, puesto que en muchos casos no va a poder disponerse de pruebas directas (*smoking gun*)⁶¹, incluso aunque se verifique por parte de la autoridad de competencia una inspección domiciliaria con los poderes recién ahora reforzados del órgano de inspección de las mismas⁶².

Debe señalarse, no obstante, que, sin perjuicio de lo que se dirá respecto del artículo 150 LCSP, la comunicación del órgano de contratación no afecta directamente al

⁵⁷ Cfr. disposición adicional vigésima tercera (Prácticas contrarias a la libre competencia) del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público (TRLCSP).

⁵⁸ Cfr. artículo 23.2 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico (de Galicia), conforme al cual: “2. Los órganos de contratación, la Asesoría Jurídica General de la Xunta de Galicia, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia y los órganos competentes para resolver el recurso especial referido en el artículo 40 del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público le notificarán a la Comisión Gallega de la Competencia cualquier hecho, del que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones, que pueda constituir infracción de la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación”.

⁵⁹ En el caso de Galicia, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Galicia (TACGal) ha enviado diversas comunicaciones al amparo del artículo 132.3 LCSP que han dado lugar a expedientes sancionadores. A título de ejemplo, Resolución 3/2019 – Licitación servicio salvamento y socorrismo en las playas de A Coruña, del Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia, de 27 de junio de 2019. Acceso web: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Res3_2019_licitacion_salvamento_cast.pdf.

⁶⁰ La CNMC publicó en 2017 en un sencillo y útil folleto una *Guía sobre la lucha contra el fraude en la contratación pública* que expone una serie de indicios relevantes de colusión. Acceso web: <https://www.dipucuenca.es/documents/34525/36926/D.+SANTIAGO+P%C3%89REZ+OSMA.+Gu%C3%ADa+contra+el+fraude+CNMC.pdf/c94fea11-fc77-451e-eae3-79688f7f0690>.

⁶¹ En la Resolución R 2/2017 – Contrato público de suministro de calderas, del PCGC, de 24 de julio de 2017 (acceso web: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/R2_calderas2017_cast.pdf), las empresas sancionadas habían revelado al órgano de contratación su voluntad de intercambiarse los contratos en que habían resultado adjudicatarios, concurriendo los representantes de ambas empresas. Al advertírseles que no era posible, ambas renunciaron al contrato que habían ganado, dejando paso al segundo clasificado, que eran ellas mismas pero intercambiada su posición, pues cada una había resultado segunda en el lote en el que la otra había quedado primera. La sanción fue confirmada por el TSJG en su Sentencia 00470/2018, de 7 de noviembre de 2018 (acceso web: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Sentencia_TSJG_00470_2018_Calderas.pdf).

⁶² Ténganse en cuenta las modificaciones de la LDC introducidas por el Real decreto-ley 7/2021, en especial, en la nueva redacción del artículo 40 LDC.

expediente de licitación, salvo que este tome medidas de acuerdo con la propia LCSP⁶³ “CASO LACERA”, pues la eventual sanción solo sería posible, en su caso, tras finalizar el correspondiente expediente sancionador incoado por la autoridad de competencia, que dispone para ello, una vez incoado, de al menos 18 meses. La vía del expediente de contratación y de competencia correrían vidas paralelas y la sanción tendría únicamente carácter represivo y, en su caso, disuasorio, pero no reparador. Los efectos anticompetitivos que pudieran haberse producido y probado habrían de reclamarse en sede judicial (aplicación privada), que, tratándose de una Administración la que lo ha sufrido, debería ser la que instase dicha reclamación⁶⁴.

Otra norma relevante de la LCSP a los efectos de este trabajo, a pesar de que no incluya una mención directa a la legislación de defensa de la competencia, es la que consagra el denominado “*principio de proposición única*” (también conocido como “*principio independiente*”)⁶⁵, que recoge en la actualidad el artículo 139 LCSP. Así, conforme al artículo 139 LCSP:

“Artículo 139. Propositiones de los interesados.

(...)

3. Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 142 sobre admisibilidad de variantes y en el artículo 143 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.

4. En la proposición deberá indicarse, como partida independiente, el importe del impuesto sobre el valor añadido que deba ser repercutido”.

De nuevo nos encontramos ante una irregularidad propia de la contratación pública que, en su caso y bajo ciertas premisas, infringe la legislación de competencia. De este modo, la exclusión de los licitadores, que es una de las medidas que puede tomar el órgano de contratación, puede dar lugar, como la Comisión Gallega de la Competencia ha evidenciado, a una sanción por vulneración del artículo 1 LDC, incluso

⁶³ A título ilustrativo, podemos destacar, por ejemplo, cómo en un caso el órgano de contratación acordó, al considerar que había existido, a su juicio, una infracción no subsanable de las normas de contratación pública, en virtud de lo dispuesto en el artículo 152.4 LCSP, el desistimiento del procedimiento de adjudicación del servicio en cuestión, así como, entre otros extremos, ordenar el inicio inmediato de la tramitación de un nuevo procedimiento de licitación para la contratación del mismo, además de trasladar los hechos, en virtud del artículo 132.3 LCSP, a la autoridad de competencia correspondiente.

⁶⁴ Así lo hemos afirmado ya en RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., PÉREZ FERNÁNDEZ, P. y SUDEROW, J., “Una visión integral de la prevención de los cárteles: análisis desde la perspectiva de las empresas, las Administraciones Públicas y las autoridades de competencia”, cit., pp. 109-156.

⁶⁵ Acerca de este principio, vid. FERNÁNDEZ ESTUDILLO, J.M., “El principio de proposición única, la presentación de proposiciones por empresas vinculadas y los acuerdos colusorios”, *Observatorio de la Contratación Pública*, 7 de abril de 2014. Acceso web: <http://obcp.es/opiniones/el-principio-de-proposicion-unica-la-presentacion-de-proposiciones-por-empresas>. Muy interesante también INFONALIA, “Presentación de ofertas por empresas pertenecientes al mismo grupo”, *INFONALIA. Consultoría de Licitación Pública*, 18 de diciembre de 2020. Acceso web: <https://www.infonalia.es/presentacion-de-ofertas-por-empresas-pertenecientes-al-mismo-grupo/>.

con sanción personal al directivo en el que concurren las condiciones previstas en el artículo 63.2 LDC⁶⁶.

Un ejemplo claro de lo indicado lo tenemos en la Resolución 3/2019 – Licitación servicio salvamento y socorrismo en las playas de A Coruña, del Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia (PCCG), de 27 de junio de 2019⁶⁷, en la que el TACGal remitió una resolución en la que confirmaba la exclusión de dos licitadores que habían infringido el principio de proposición única y, al mismo tiempo, habían actuado como un cártel, tal y como en la citada resolución apreció atendiendo a los múltiples indicios concurrentes la citada CGC y confirmó el Tribunal Superior de Justicia de Galicia⁶⁸.

La misma situación se dio en la Resolución 4/2020 – Licitación transporte escolar, del PCCG, de 15 de diciembre de 2020⁶⁹, en la que, tras la remisión por el TACGal de su resolución en un recurso especial, el PCCG llegó a la conclusión de que las tres empresas, que eran independientes entre sí al no constituir grupo alguno, habían decidido coludir para presentarse a la licitación controvertida.

Lo que debe quedar claro a la vista de estos y otros numerosos ejemplos es que la vulneración de dicho principio, que desde la perspectiva de la contratación pública puede dar lugar a diversas consecuencias, como la aludida exclusión de los licitadores⁷⁰ afectados o incluso a la anulación de la adjudicación, puede, sin embargo, desde la perspectiva estrictamente antitrust, revelar la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1 LDC (o incluso 3 LDC) cuando las empresas respecto de las que se aprecie la vulneración de principio de proposición única no forman parte del mismo grupo, pues en dicho caso no podría hablarse de colusión al estar amparada su conducta por el conocido como “*privilegio de grupo*”⁷¹, conforme al cual, al no tratarse de empresas independientes entre sí, sino vinculadas, de modo que no puede hablarse de “*acuerdo*”, tal y como prevé el artículo 1 LDC (y el 101 TFUE), que sanciona conductas de cooperación entre competidores.

⁶⁶ Conforme al artículo 63.1 LDC, “2. Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en la conducta”.

⁶⁷ Acceso web: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Res3_2019_licitacion_salvamento_cast.pdf.

⁶⁸ STSJG de 26 de marzo de 2021, N.I.G.: 15030 33 3 2019 0001140.

⁶⁹ Esta resolución se puede consultar también en la web oficial de la CGC (www.competencia.gal). Acceso web: https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/03/Resolucion%204-2020%20Licitacion%20transporte%20escolar%20%20PAX%20WEB%20_0.pdf.

⁷⁰ Cfr. PÉREZ DELGADO, M. y RODRÍGUEZ PÉREZ, R.P., “Exclusión del licitador por prácticas colusorias”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 173, Sección: La administración opina, mayo-junio 2021, pp. 105-107; y la Ley 5256/2021.

⁷¹ Como expone de forma breve y clara ALONSO SOTO, “[d]el denominado «privilegio del grupo», que consiste en que, al ser considerado el grupo de empresas como un único sujeto, no existirá una pluralidad de voluntades independientes entre las sociedades o empresas que forman parte del grupo, de modo que, desde un punto de vista técnico, no tendrán la consideración de acuerdos o prácticas concertadas los pactos que se celebren entre la matriz y sus filiales o entre las distintas sociedades que forman parte del grupo”. (ALONSO SOTO, E., “La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales (1)”, *Noticias de Competencia*, Gómez-Acebo & Pombo, Madrid, 2012, pp. 18 a 23, p. 19. Acceso web: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/LA-RESPONSABILIDAD-DE-LA-SOCIEDAD-MATRIZ-POR-LAS-PRACTICAS-ANTICOMPETITIVAS-DE-SUS-FILIALES.pdf>).

Como ya anticipamos, unos de los preceptos más relevantes en la relación LCSP y LDC es el artículo 150 LCSP⁷², que, sin embargo, tiene la poco expresiva rúbrica de “*clasificación de las ofertas y adjudicación del contrato*”.

A este respecto y anticipando lo que advertiremos más adelante, debemos destacar que la LCSP tiene una marcada tendencia a identificar práctica anticompetitiva con práctica o conducta colusoria, lo que no es del todo correcto y habremos de matizar más adelante, puesto que en una licitación pública cabe también la eventual infracción del artículo 2 LDC (102 TFUE) o del artículo 3 LDC.

La amplia casuística de acuerdos colusorios en materia de contratación pública ha permitido extraer ya una primera serie de indicios de la misma, sirviendo como pauta de investigación y, al mismo tiempo, para delimitar ciertos indicadores que revelarían su existencia⁷³. Por ello, se ha considerado adecuado introducir cambios en la LCSP en la previsión contenida ya en el TRLCSP⁷⁴ respecto de la comunicación de indicios a las autoridades de competencia que, además de en el actual artículo 1322.3 LCSP, ya citado, se añade la del artículo 150 LCSP.

En efecto, el artículo 150.1, párrafo tercero LCSP, dispone ahora que:

“Si en el ejercicio de sus funciones la mesa de contratación o, en su defecto, el órgano de contratación, tuviera indicios fundados de conductas colusorias en el procedimiento de contratación, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, los trasladará con carácter previo a la adjudicación del contrato a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia o, en su caso, a la autoridad de competencia autonómica correspondiente, a efectos de que a través de un procedimiento sumarísimo se pronuncie sobre aquellos. La remisión de dichos indicios tendrá efectos suspensivos en el procedimiento de contratación. Si la remisión la realiza la mesa de contratación dará cuenta de ello al órgano de contratación. Reglamentariamente se regulará el procedimiento al que se refiere el presente párrafo”.

La norma está, en realidad, todavía pendiente de desarrollo reglamentario, y resulta, desde la perspectiva de la competencia, un tanto pretenciosa, puesto que parece inducir que en un plazo sumario el órgano de competencia (obsérvese que cita, además de a la CNMC, a las autoridades autonómicas de competencia) habrá de anticipar lo que en la práctica suele hacerse tras una información reservada (art. 49 LDC), en su caso con inspección y, en todo caso, tras instruir un procedimiento sancionador que puede durar hasta 18 meses.

⁷² Resulta de interés la lectura del Informe de la CNMC, INF/CNMC/085/2018 sobre el artículo 150 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 22 de noviembre de 2018. Acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/2216888_0.pdf.

⁷³ Resultan especialmente útiles los recogidos en la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, publicada en 2010 (acceso web: <https://www.cnmc.es/file/123708/download>), y de forma más sintética y específica en el tríptico publicado por la CNMC en 2017, titulado *Guía contra el fraude en la licitación pública* (acceso web: https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/2017/20170118_CNMC_licitaciones_01_2017.pdf).

⁷⁴ Cfr. disposición adicional vigésima tercera (“Prácticas contrarias a la libre competencia”), del Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, y artículo 23.3, de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico.

Con este precepto, se pretende dar un paso más en la imbricación entre contratación pública y competencia, al abrir la posibilidad de que la autoridad de competencia se pronuncie de forma sumaria sobre los indicios que se le trasladan. No obstante, ha permitido que los órganos de contratación vean en las autoridades de competencia una posible ayuda ante irregularidades que percibían pero que no sabían cómo gestionar adecuadamente.

Siguiendo el orden de la propia LCSP, la última remisión que esta hace a la LDC es el artículo 321 LCSP, dedicado a la adjudicación de contratos de las entidades del sector público que no tengan el carácter de poderes adjudicadores.

“2. No obstante lo indicado en el apartado anterior, los órganos competentes de las entidades a que se refiere este artículo podrán adjudicar contratos sin aplicar las instrucciones aprobadas por ellos con sujeción a las siguientes reglas:

a) Los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de servicios y suministros, podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación que, en su caso, sea necesaria para realizar la prestación objeto del contrato.

b) Los contratos o acuerdos de valor estimado igual o superior a los indicados en la letra anterior o los que se concierten para la selección de proveedores se sujetarán, como mínimo, a las siguientes reglas, respetándose en todo caso los principios de igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad y libre concurrencia:

1. El anuncio de licitación se publicará en el perfil de contratante de la entidad, sin perjuicio de que puedan utilizarse otros medios adicionales de publicidad. Toda la documentación necesaria para la presentación de las ofertas deberá estar disponible por medios electrónicos desde la publicación del anuncio de licitación.

2. El plazo de presentación de ofertas será fijado por la entidad contratante teniendo en cuenta el tiempo razonablemente necesario para la preparación de aquellas, sin que en ningún caso dicho plazo pueda ser inferior a diez días a contar desde la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante.

3. La adjudicación del contrato deberá recaer en la mejor oferta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145. Excepcionalmente la adjudicación podrá efectuarse atendiendo a otros criterios objetivos que deberán determinarse en la documentación contractual.

4. La selección del contratista, que deberá motivarse en todo caso, se publicará en el perfil de contratante de la entidad (...)⁷⁵.

⁷⁵ La disposición final 40.5 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2021, añade a este artículo 321 LCSP un apartado 6 con el siguiente tenor:

2.2 De competencia a contratación pública (disp. adic. 2.ª y art. 65.3 LDC)

Como hemos señalado, además de las remisiones que la LCSP hace a las normas de competencia, la propia LDC hace alguna mención a la contratación pública.

Hasta fechas muy recientes, la única mención se encontraba en la definición de cártel, cuya redacción inicial fue modificada por el Real decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, ofrezca hoy una nueva definición de cártel dando nueva redacción a la disposición adicional cuarta. 2.ª (Definiciones), de la vigente LDC. Concretamente en su apartado 2:

“2. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones⁷⁶, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia”⁷⁷.

A efectos del presente trabajo, podemos anticipar que el cártel es el acuerdo, práctica concertada o conscientemente paralela de carácter colusorio que, de forma más o menos expresa o, más comúnmente, intercambiando entre sí información

⁶ Estarán excluidos de la aplicación de esta ley los contratos entre dos sociedades mercantiles pertenecientes al sector público que no ostenten el carácter de poder adjudicador, siempre y cuando se cumplan todas y cada una de las siguientes condiciones:

- a) Que la sociedad contratante ostente de manera directa o indirecta la totalidad del capital social de la contratista o viceversa, o que una tercera sociedad, también del sector público, que tampoco tenga el carácter de poder adjudicador ostente de manera directa o indirecta la titularidad del 100 por 100 del capital social de las dos primeras.
- b) Que los contratos tengan por objeto la adquisición de bienes o la prestación de servicios que sean necesarios para la realización de la actividad mercantil propia del objeto social de la entidad contratante.
- c) Que los contratos no distorsionen la libre competencia en el mercado.

A los efectos de lo establecido en el párrafo anterior el Departamento ministerial u organismo al que corresponda la tutela de la sociedad contratante solicitará un informe previo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia o, en su caso, de la autoridad de competencia autonómica correspondiente que analice los contratos concretos o categorías generales de contratos de similares características que las sociedades prevean suscribir. El informe será evacuado en el plazo máximo de veinte días hábiles”.

⁷⁶ La redacción de este apartado 2 fue modificada por el Real decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores (artículo tercero. Modificación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, en materia de ejercicio de las acciones de daños y perjuicios por infracciones del derecho de la competencia), que añadió también el apartado 3 a esta DA. La redacción de la versión original de la LDC era más lacónica e imprecisa, aunque ya aludía a “pujas fraudulentas”: “2. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”.

⁷⁷ La redacción original de la Ley 15/2007 era: “2. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entiende por cártel todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones”. Acerca del concepto de cártel y de esta primera definición, *vid.* RINCÓN GARCÍA DE LOIGORRI, A., “¿Qué es un cártel para la CNMC?”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 69-105.

sensible, les permite coordinar sus ofertas falseando la competencia en la licitación o licitaciones afectadas eludiendo de este modo concurrir entre sí al objeto de repartirse el mercado, fijar precios o cualquier otra circunstancia esencial de la licitación.

A esta única y genérica referencia directa, aunque sin duda importante, ha añadido la reciente modificación de la LDC llevada a cabo para adaptarla a la conocida como “Directiva ECN Plus”⁷⁸, al dar una nueva redacción al artículo 65 LDC, que regula la “exención del pago de la multa”, denominación técnica elegida en su día por esta ley para regular en nuestra disciplina lo que se conoce como “política de clemencia”. En efecto, la nueva redacción de este precepto incorpora al mismo una previsión específica para las prohibiciones de contratar reguladas en la LCSP, al afirmar en su apartado 4 que queda ahora del siguiente tenor:

“4. La exención prevista en el apartado 1 comprenderá también la de la prohibición de contratar prevista en el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”.

De este modo, se colma una laguna que la LCSP no había alcanzado a cubrir satisfactoriamente respecto a uno de los instrumentos de la política de la competencia, la clemencia⁷⁹, que más eficaces han venido siendo, pero cuya aplicación práctica puede resultar en ocasiones comprometida por la falta de coordinación con otras previsiones, incluso de la propia LDC (*piénsese, por ejemplo, en las reclamaciones de daños antitrust causados a los beneficiarios de la clemencia*).

2.3 De libre competencia a competencia desleal (art. 3 LDC)

La vigente LDC contiene todavía hoy, “*contra viento y marea*”⁸⁰, un interesante puente entre la LDC y la LCD, esto es, entre la legislación de defensa de la competencia y la

⁷⁸ Se trata del ya citado Real decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

⁷⁹ Esta figura se recoge en los artículos 65 y 66 LDC, bajo las rúbricas de “Exención del pago de la multa” y “Reducción del importe de la multa”, respectivamente afectados por la reforma introducida por el Real decreto-ley 7/2021, ya mencionado. En este sentido, en la nota de Uría/Menéndez, “El Consejo de Ministros reforma la Ley de defensa de la competencia para trasponer la Directiva ECN+”, de 30 de abril de 2021, p. 3 (acceso web: <https://www.uria.com/documentos/circulares/1401/documento/12284/UM-nota.pdf?id=12284>), se señala que “(...) en el caso de las empresas que soliciten clemencia y obtengan una exención completa de la multa (normalmente, las empresas que proporcionan en primer lugar información sobre un cártel no conocido por la CNMC), la ley aclara ahora –en línea con la práctica previa a la reforma– que estas también obtienen una exención de la prohibición de contratar con la Administración que podría derivarse de la resolución sancionadora de la CNMC. En el caso de empresas que obtengan solo una reducción de la multa (ya sea porque no han sido las primeras en solicitar clemencia o porque la CNMC ya contaba con información sobre el cártel con anterioridad), la ley indica que en estos casos el beneficio de la clemencia «podrá comprender» la exclusión de la prohibición de contratar con la Administración, sin indicar en qué casos lo hará y en qué casos no”.

⁸⁰ Durante la tramitación de la vigente LDC, se cuestionó la necesidad de mantener una norma como el que es ahora el artículo 3 LDC y era el artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia. Acerca de este debate que, finalmente, mantuvo esta previsión, véase, DÍAZ ESTELLA, F., “¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 5, 2005, pp. 1284-1296. Acceso web: [http://www.fernandodiezestella.com/otras_publicaciones/el_art_7_ldc_\(2005\).pdf](http://www.fernandodiezestella.com/otras_publicaciones/el_art_7_ldc_(2005).pdf); DÍAZ ESTELLA, F., “Las complicadas relaciones entre la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n. 213, 2001, pp. 11-28; y, menos crítico con dicho precepto, en DÍAZ ESTELLA, F., “El artículo 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 330, 2012 (ejemplar dedicado a derecho de la competencia), pp. 83-94; y en DÍAZ ESTELLA, F., “El art. 3 LDC falseamiento de la competencia por actos desleales”, Beneyto Pérez, J.M. y

de competencia desleal, regulada en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, a la que implícitamente se remite el artículo 3 LDC al regular el “falseamiento de la competencia por actos desleales”. Conforme a dicho precepto:

“Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las comunidades autónomas conocerán en los términos que la presente ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público”.

Como ya ha afirmado la Comisión Gallega de la Competencia, en su Resolución 3/2020 – ARRIVA NOROESTE, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, SL⁸¹):

“El artículo 3 de la LDC establece la prohibición de actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público. Del tenor literal del precepto se deduce que incurren en dicha prohibición las conductas que cumplen, acumulativamente, los tres requisitos siguientes: a) constituyan un acto de competencia desleal; b) que falsee la libre competencia; y c) afecte al interés público. La doctrina mayoritaria considera que, desde un punto de vista sustantivo, es necesaria la presencia de dos condiciones: a) un acto de competencia desleal, b) afecte al interés público por falsear significativamente la competencia en el mercado. En definitiva, este artículo no tutela otro interés público que la competencia efectiva en los mercados”.

Añadiendo más adelante que:

“En muchas ocasiones se consideraba que para apreciar la concurrencia del ilícito del artículo 3 de la LDC se debería calificar en primer lugar si se trataba de un acto de competencia desleal, para a continuación pasar a ver si afectaba al interés público, de tal manera que no concurriendo el primero ya no se analizaba el segundo. Sin embargo, desde hace años tanto las resoluciones de la autoridad de la competencia estatal (Resolución del TDC de 4 de diciembre de 1998, Expdte. R 332/98 Porvasal; Resolución de la CNC de 13 de marzo de 2008, Expdte. R 718/07 Puertos de Andalucía; Resolución de la CNC de 11 de marzo de 2008, Expdte. S/0041/08, Tu billete; Resolución de la CNC de 15 de diciembre de 2011, Expdte. S/0350/11 Asistencia en carretera, entre otras) como sectores de la doctrina científica consideran que debe analizarse en primer lugar si la conducta investigada es apta para afectar al interés público por falsear significativamente la competencia para después analizar si es un acto de competencia desleal, sistemática que utilizaremos en esta resolución”.

Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, tomo 1, Bosch, Barcelona, 2017 (tomo I), pp. 505-553.

⁸¹ Cfr. el punto 6.3. Falseamiento de la competencia por actos desleales, de esta resolución, disponible en la web oficial CGC en la dirección https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/RES_3_2020_cast_0.pdf.

Esta misma resolución hace un exhaustivo análisis de la concurrencia de la afectación del interés general que resulta, en la mayoría de los casos, una de las cuestiones más difíciles de apreciar dado el carácter restrictivo con el que debe interpretarse⁸².

3 Algunas ideas básicas sobre los ilícitos antitrust en la contratación pública

La finalidad del presente trabajo es facilitar, en la medida de lo posible, a quienes han de aplicar la LCSP la interpretación de los preceptos de los que se infieren los conceptos básicos del derecho de la competencia a los que se remite la LCSP. Por ello, y tras exponer los enlaces y puentes que el legislador ha establecido entre ambas normativas, vamos a exponer, aunque de forma breve, los conceptos esenciales que permitirán interpretar los citados preceptos de la forma más homogénea y armonizada posible.

Así, empezaremos por enmarcar los cárteles en su contexto en la LDC, que no es otro que la prohibición de las “*conductas colusorias*” que tipifican el artículo 1 LDC, que habrá de aplicar de forma conjunta con el artículo 101 TFUE cuando se aprecie la posible afectación del mercado interior europeo o una parte significativa de este. Lo mismo haremos respecto del abuso de posición de dominio, recogido en los artículos 2 LDC y, en su caso, 102 TFUE; o un caso en el que se aprecie un posible falseamiento de la competencia por acto desleal, que es lo que tipifica el artículo 3 LDC y que no tiene equivalente en el TFUE.

Antes de exponer las líneas básicas de la vigente interpretación de dichos preceptos, obra en gran medida de la jurisprudencia europea y española, debemos anticipar dos cuestiones esenciales.

La primera es que la aplicación de los artículos de la LDC y, en su caso, del TFUE es una cuestión que únicamente afecta al órgano de contratación a los efectos de la remisión de las comunicaciones que en su caso efectúe al órgano que considere competente para conocer de la posible conducta anticompetitiva, lo que no hace sino abrir el trámite interno de asignación para determinar la efectiva atribución de competencia para conocer los hechos⁸³.

Asimismo, es también preciso sentar con carácter preliminar, como ya reconoció en su día nuestro Tribunal Supremo, la singularidad de estas prohibiciones, pues, como estableció la Sentencia de la Sala Tercera (Sección 3.ª) de 2 de noviembre de 2015 (rec. 1523/2013), “*frente a esta técnica penalista de la tipicidad o de deslinde preciso de lo que está prohibido (y, por exclusión, lo no penado), el Derecho de la competencia (nacional*

⁸² Nos remitimos expresamente a la lectura del extenso y minucioso apartado 38, de la citada resolución ARRIVA.

⁸³ *Vid.* Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del Estado y las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia, respecto de la aplicación de la LDC y el Reglamento (CE) n. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado CE (hoy artículo 101 y 102 TFUE), publicado en el DOUE L 1, de 4 de enero de 2003, p. 1. A este respecto, entre otras muchas publicaciones, *vid.* RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Capítulo 4. Autoridades responsables de la lucha contra los cárteles en España y la Unión Europea”, Beneyto Pérez, J.M. y Maíllo González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 131 a 171.

y comparado) utiliza la técnica de la cláusula general prohibitiva, precisamente porque la utilización de la técnica de la tipicidad penal, en un ámbito como el mercado, atendería al principio de seguridad jurídica, atendida la dificultad o imposibilidad de tipificar con la precisión exigida en el Derecho penal la multiplicidad de formas que puede adoptar el comportamiento restrictivo de los operadores económicos en el mercado. Una cláusula general prohibitiva de la colusión (art. 1.1 LDC y 101.1 TFUE) que se define por relación a los destinatarios (todo operador económico), al medio por el cual la conducta se establece (toda forma de concertación: acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas) y, en particular, por la finalidad perseguida y prohibida (la causación actual o potencial de un daño a la competencia efectiva en los mercados). Por tanto, una cláusula general o tipo abierto deliberadamente impreciso que constituye, en cierta forma, un mandato implícito del legislador a las autoridades administrativas y jurisdiccionales encargadas de su aplicación para elaborar de forma progresiva el Derecho de la competencia”⁸⁴.

La que entendemos “singularidad” de las normas de competencia determina igualmente como rasgo propio que se admita en mayor medida que en otros ámbitos normativos la prueba indiciaria o de presunciones⁸⁵ como medio para dar como probada la comisión del ilícito anticompetitivo.

3.1 Cárteles y clemencia

Conforme al artículo 1.1 LDC (y en términos equivalentes, que no idénticos, el artículo 101.1 TFUE), la prohibición de las conductas o prácticas colusorias se extiende a todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, siendo el modelo de la Unión Europea o en todo o en parte del territorio nacional⁸⁶.

Ambos preceptos ofrecen una lista ejemplificativa de los supuestos más graves de acuerdos colusorios, tanto entre competidores (acuerdos horizontales) como

⁸⁴ Cfr. FJ 4.º de la STS 3631/2018, de 10/10/2018 (ECLI: ES:TS:2018:3631).

⁸⁵ Como recuerda el Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia (en adelante PCGC), en su reciente Resolución 4/2020 – Licitación transporte escolar, de 15 de diciembre de 2020, con amplia cita jurisprudencial, la aplicación de esta prueba de presunciones en el ámbito del procedimiento sancionador no es algo extraño y está admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional, como la STC 76/1985, de 26 de junio (BOE n. 170, de 17 de julio de 1985) y la STC 174/1985, de 17 de diciembre (BOE n. 13, de 15 de enero de 1986), siendo igualmente admitida por el Tribunal Supremo en materia sancionadora por infracciones de las normas de defensa de la competencia (STS de 6 de marzo de 2000, recurso 373/1993, en la que afirma que “hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibitiva, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”.

⁸⁶ En una muy reciente comunicación (Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública... cit., apartado 1.1.), la Comisión Europea afirma: “El concepto de colusión en la contratación pública (también denominado «licitación colusoria») hace referencia a los acuerdos ilegales entre operadores económicos destinados a falsear la competencia en los procedimientos de adjudicación. Estos acuerdos entre operadores económicos con fines de colusión pueden adoptar diversas formas; por ejemplo, pueden consistir en fijar previamente el contenido de sus ofertas (especialmente el precio) al objeto de influir en el resultado del procedimiento, abstenerse de presentar una oferta, asignar el mercado basándose en la ubicación geográfica, el poder adjudicador o el objeto de la contratación pública o establecer sistemas de rotación para una serie de procedimientos. El objetivo de todas estas prácticas es permitir que un licitador predeterminado obtenga un contrato mientras se crea la impresión de que el procedimiento es realmente competitivo”.

entre operadores que actúan en fases diferentes de la cadena productiva (acuerdos verticales).

Se citan así, entre los primeros, los que tengan por objeto o efecto (incluso potencial):

a) La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.

b) La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.

c) El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.

Y entre los segundos (restricciones verticales).

d) La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Esta enumeración carece por completo de carácter exhaustivo, si bien identifica las conductas que tradicionalmente han sido consideradas más graves, lo que se ha predicado, por lo general, de los acuerdos horizontales frente a los verticales. Los acuerdos, entendido en sentido amplio que son relevantes desde la perspectiva de la aplicación de la LCSP, son, sin duda, los horizontales, entre los que se sitúan los cárteles.

La interpretación de unos preceptos redactados en términos tan abiertos plantea indudables problemas prácticos, solo en parte solucionados por la jurisprudencia y por la adopción de reglamentos de exención que excluyen de la prohibición general determinados tipos o categorías de acuerdos (art. 103 TFUE y 1.4.º y 5.º LDC), bajo determinadas condiciones, extendiendo la posible excepción individual que consagran los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC.

La clarificación de los conceptos se extiende no solo al alcance de la conducta (acuerdo, decisión/recomendación, práctica concertada, o “conscientemente paralela”), sino también, de forma especialmente relevante, a la cuestión de las denominadas infracciones “por objeto” o “por efecto” (tengan como objeto restringir la competencia o cuyos efectos sean efectivamente restrictivos de la competencia), distinción clave, ya que cuando una conducta se califica como anticompetitiva por su objeto, no se hace preciso un examen exhaustivo de sus efectos, aun potenciales, sobre la competencia⁸⁷.

Esta distinción adquiere así un valor crucial, puesto que el excesivo formalismo priva a los operadores de la posibilidad de acudir a nuevas fórmulas cuyo efecto

⁸⁷ Acerca de esta fundamental cuestión en la jurisprudencia española y europea, véase el fundamento jurídico tercero de la reciente STS 356/2021, de 15/03/2021 (ROJ: STS 1011/2021 – ECLI:ES:TS:2021:1011). Acceso web: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/47c54a4d73e1a196a95bb5076f88477c49a319365802d218>. Consideramos igualmente de interés la lectura de IBÁÑEZ COLOMO, P., “Persistent myths in competition law (II): «the analysis of the counterfactual is not relevant when a practice is restrictive by object»”, *Chilling Competition*. Acceso web: <https://chillingcompetition.com/2019/05/30/persistent-myths-in-competition-law-ii-the-analysis-of-the-counterfactual-is-not-relevant-when-a-practice-is-restrictive-by-object/>.

restrictivo se vea compensado con sus efectos procompetitivos, posibilidad que recoge de forma individual el artículo 101.3 TFUE y su equivalente, el artículo 1.3 LDC.

La prohibición no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que: a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas; b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

Esta excepcionalidad individualizada *case-by-case* se vio pronto completada con las ya aludidas exenciones por categorías de las reglas de los acuerdos de importancia menor.

Sin embargo, determinar cuándo estamos o no ante una práctica prohibida se ha convertido en una tarea especialmente compleja que recae ahora sobre las empresas al transformarse, desde la aprobación del Reglamento (CE) n. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los actuales artículos 101 y 102 TFUE⁸⁸, el inicial sistema de notificación previa y autorización, en su caso, por parte de la Comisión Europea o la autoridad de competencia correspondiente, por el de autoevaluación, que exige que la empresa valore la licitud de su práctica o su eventual posibilidad de exención si se cuestiona su corrección⁸⁹.

Aunque en sede de competencia la prueba por presunciones ha adquirido un valor substancial, pues, incluso tras una inspección en la sede de las empresas, analizando su documentación y material informático, es infrecuente encontrar una prueba directa e incuestionable del acuerdo, la jurisprudencia no duda en rechazar la evidencia de colusión reconocida por las autoridades de competencia. Resulta ilustrativa de esta situación la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional, de 18 de diciembre de 2020⁹⁰ que anula la Decisión de la CNMC de 5 de septiembre de 2016, en el Expediente S/DC/0525/14, CEMENTOS⁹¹. Sin perjuicio de lo que pueda resolver en su día el Tribunal Supremo en un eventual recurso de casación, para la Sección 6.ª, de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional:

⁸⁸ DOUE L 1 de 4 de enero de 2003, p. 1.

⁸⁹ En la actualidad existen exenciones por categorías en materia de acuerdos de cooperación horizontal en el ámbito de investigación y desarrollo y de especialización y respecto de los cuerdos verticales, que amparan, entre otros, la figura de las franquicias, la distribución exclusiva o la selectiva, aunque la jurisprudencia haya considerado ilícita, con carácter general, la restricción de la limitación de las ventas por internet. Acerca de esta cuestión, véase, entre otros muchos, por su visión general y didáctica nuestro trabajo: RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A. "Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias", *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 12, n. 18, enero-junio 2020, pp. 155 a 182.

⁹⁰ ROJ: SAN 4177/2020 – ECLI:ES:AN:2020:4177.

⁹¹ Esta resolución se puede consultar en la web oficial de la CNMC en la dirección https://www.cnmc.es/sites/default/files/960603_351.pdf.

“OCTAVO. - (...) A juicio de la Sala, algunos de los correos analizados, aunque sean de referencia, reflejan, efectivamente, la existencia de contactos indebidos entre empresas desde el punto de vista de la necesidad de mantener una conducta independiente entre ellas, pero la mera referencia de terceros a conductas realizadas por la actora sin datos objetivos que lo avalen no permite tenerlas por acreditadas.

Ha de tenerse en cuenta, además, que como recuerda la Sentencia del Tribunal General de 6 de febrero de 2014, en el asunto T-27/10, AC-Treuhand AG: el concepto de infracción única se refiere a una situación en la que varias empresas participan en una infracción constituida por un comportamiento continuado que tiene una única finalidad económica, dirigida a falsear la competencia, o también por infracciones individuales relacionadas entre ellas por una identidad de objeto (la misma finalidad de todos los elementos) y de sujetos (la identidad de las empresas de que se trata, conscientes de participar en el objetivo común) (sentencias del Tribunal de 8 de julio de 2008, BPB/Comisión, T-53/03, Rec. p. II-1333, apartado 257, y Amann & Söhne y Cousin Filterie/Comisión, antes citada, apartado 89)”.

Ahora bien, a CEMEX se la sanciona por participar en una infracción única y continuada respecto de la que no se ha acreditado, por las razones expuestas, que aquella conociera el objetivo ilícito anticompetitivo y que contribuyera a su realización. Procede, en consecuencia, *“la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida”*.

En otras ocasiones, sin embargo, los indicios obtenidos del propio expediente resultan tan evidentes que la presunción de inocencia cede ante estos. Tal es el caso de la confirmación por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG), en su Sentencia 00131/2021, de 26 de marzo de 2021⁹², la Resolución 3/2019 - Licitación servicio salvamento y socorrismo en las playas de A Coruña del Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia, de 27 de junio de 2019⁹³, en la que la Sección 3 de la Sala de lo Contencioso de dicho TSJG rechaza la indefensión alegada por no haberse practicado la prueba solicitada por las sancionadas en vía administrativa ante los múltiples indicios existentes, afirmando en su fundamento jurídico quinto que:

“QUINTO.- (...) en efecto, la práctica de aquellas pruebas con base en el artículo 51.1 de la Ley 15/2017, sin embargo, dicho precepto deja claras varias consideraciones esenciales para resolver la cuestión planteada en el caso que nos ocupa como que la práctica de la prueba es potestativa y no obligatoria y que dichas pruebas han de referirse a pruebas distintas de las ya practicadas ante la Dirección de Investigación en la fase de instrucción (efectivamente esos documentos ya han sido tenidos en cuenta) y precisamente los documentos pretendidos por la Federación se refieren al expediente de contratación del Ayuntamiento de A Coruña y al expediente relativo

⁹² Cfr. N.I.G.: 15030 33 3 2019 0001140.

⁹³ Esta resolución se puede consultar en la web oficial de la Comisión Gallega de la Competencia, en la dirección https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/Res_3_2019_CGC_gal.pdf.

al recurso n. 34/2018, tenidos en cuenta por la subdirección de investigación para elaborar el pliego de concreción de hechos (así se recoge en el EA en el folio 908).

(...)

No toda denegación, pues, o silencio sobre las pruebas propuestas puede dar lugar a la nulidad de la resolución, sino solo aquellos casos, que su omisión produzca indefensión, cosa que en el caso presente no ha ocurrido y, por otra parte, el art. 24.2 CE no establece un derecho hipotético de poderse realizar una actividad de prueba ilimitada, y, como hemos anticipado, en el presente caso el artículo 51 de la Ley 15/2007 señala que su práctica será potestativa y siempre que se trate de pruebas que no hayan sido ya practicadas en fase de instrucción como el caso que nos ocupa.

Por último, señalar como la jurisprudencia destaca que la denegación de una prueba en vía administrativa no causa indefensión, incluso en los casos en que la denegación sea tácita, por ejemplo, cuando resultare inútil e impertinente”.

Aun en una exposición tan sintética como la presente debemos hacer referencia a la denominada “política de clemencia”⁹⁴, que permite a los que han participado en un cártel eludir la sanción que les correspondería o una buena parte de ella o la terminación convencional⁹⁵ si la práctica no ha llegado a producir daños significativos, en espera de que la tramitación como proyecto de ley⁹⁶ del Real decreto-ley 7/2021 incorpore a la LDC, además de otras reformas necesarias, la figura de la transacción⁹⁷.

Regap



ESTUDIOS

3.2 El abuso de posición de dominio en la contratación pública

Pero la LDC y el TFUE consideran, además de las conductas colusorias, igualmente prohibidas otras prácticas restrictivas de la competencia que pueden darse también, aunque en menor frecuencia, en la contratación pública. Nos referimos al abuso de posición de dominio (art. 2 LDC y 102 TFUE) y al falseamiento de la competencia por actos desleales que recoge el artículo 3 LDC.

El “abuso de posición dominante” (art. 102 TFUE y su correspondiente nacional, el artículo 2 LDC) se extiende a la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado europeo o nacional.

⁹⁴ Para una visión básica de la clemencia, además de la lectura de los artículos 65 y 66 LDC, dedicados respectivamente a la “exención del pago de la multa” y a “reducción del importe de la multa”, véase MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., “Capítulo 7. Prohibición de prácticas colusorias (II): cárteles, clemencia y daños”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 285 a 329.

⁹⁵ Cfr. artículo 52 LDC. OLMEDO PERALTA, E., *Las decisiones de compromisos (commitment decisions) y la terminación convencional de los procedimientos en el Derecho de la competencia europeo y español*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2020.

⁹⁶ Para más información: https://www.congreso.es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XIV&_iniciativas_id=130%2F000047.

⁹⁷ La transacción, que ya existe en el marco de la UE, era una de las novedades que con motivo de la trasposición de la Directiva ECN Plus incorporaba el malogrado que aparecía en el anteproyecto de ley, de 31 de julio de 2020. Cfr. https://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/ECO_Pol_AP_20200731_MAIN_APL_EC�.pdf.

Al igual que en materia de acuerdos, la norma, tanto europea como nacional, ofrece ejemplos de conductas abusivas, pero no define ni qué es posición de dominio ni cuándo se puede afirmar que se abusa de ella. No obstante, ambos preceptos ofrecen una lista ejemplificativa y no exhaustiva de supuestos de abuso de posición dominante, tanto de exclusión o de expulsión de competidores como explotativas, en las que el abuso pretende maximizar el poder de mercado a costa de proveedores, clientes, etc.

Se citan, así, como supuestos de abuso de posición dominante:

a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos; b) la limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores; c) la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios; d) la aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; o e) la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

La prohibición se aplicará también en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.

El concepto de “abuso” de una “posición dominante”⁹⁸ en derecho de la competencia no se define en la norma, que usa los conceptos de “abuso” y de “posición dominante” sin definirlos en ningún momento. Por ello, como en general en los conceptos básicos del derecho de la competencia, ha sido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y de nuestro Tribunal Supremo quienes lo han configurado como una noción “objetiva”.

En concreto, para la jurisprudencia del TJUE, el concepto de “abuso” es “un concepto objetivo” que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia⁹⁹.

De este modo, un abuso será cualquier comportamiento injustificado de una empresa dominante en el mercado, consistente en aprovechar esa posición de dominio para alcanzar ventajas que serían inasequibles en condiciones de mayor competencia.

Es preciso puntualizar que lo prohibido no es la posición de dominio, sino que desde esa posición se realicen comportamientos que puedan reputarse abusivos.

⁹⁸ Seguimos en este punto a BAENA, R., “Capítulo 10. Prohibición del abuso de posición dominante (I): aspectos generales y análisis de la posición de dominio individual y colectiva”, Beneyto Pérez, J.M. y Maíllo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 429-456.

⁹⁹ Por todas, STJUE de 13 de febrero de 1979 en el caso Hoffmann-La Roche (ECLI:EU:C:1979:36), punto 91.

En consecuencia, la apreciación de este supuesto exige determinar dos cuestiones básicas:

1) Delimitar un mercado relevante (de producto o servicio, territorial y, en su caso, temporal), dentro del que la empresa o empresas concretas (“*posición de dominio conjunta o colectiva*”) ostenten un poder económico o poder de mercado, entendido como aquel que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, haciéndole posible actuar, en gran medida, de manera independiente con respecto a sus competidores, a sus clientes y, en definitiva, a los consumidores (poder de mercado).

Fijada la posición dominante en el mercado o mercados de referencia porque se acredite ese poder en el mercado o mercados de referencia, la prohibición sólo se extiende a aquellos comportamientos que, como ha confirmado la jurisprudencia, además de realizarse desde una posición de poder de mercado: 1) puedan afectar a la estructura de mercado; 2) se hagan empleando métodos distintos de la competencia basada en los méritos que no serían posibles o efectivos de no existir la posición dominante, 3) impidan o dificulten el mantenimiento del nivel de competencia existente o su incremento, y 4) provoquen un perjuicio a consumidores, clientes, proveedores o competidores.

La práctica reciente recoge un interesante ejemplo de los que podrían, en su caso, reputarse un abuso de naturaleza explotativa (“*precios excesión*”) en una investigación recién iniciada por la CNMC, en el mercado de la fabricación y suministro en España del medicamento CDCA-Leadiant®.

Como informa la CNMC¹⁰⁰, este fármaco se utiliza para el tratamiento de una anomalía metabólica que produce daños irreparables en el organismo. Se trataría de un medicamento de los conocidos como “*huérfanos*” ya que, como explica la CNMC, carece de alternativa terapéutica equivalente. Este expediente, todavía en curso, ha sido ampliado por la CNMC¹⁰¹.

La CNMC ha ampliado dicho expediente en curso para incluir a Leadiant GmbH y Sigma Tau Arzneimittel GmbH en el expediente sancionador del mercado del medicamento “*huérfano*” CDCA-Leadiant®.

3.3 El falseamiento de la competencia por actos desleales en la contratación pública

Nuestra legislación interna (LDC) incluye también, como ya anticipamos, una conducta prohibida singular; esto es, que no recoge ni el derecho europeo de la competencia (el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE) ni la Sherman Act norteamericana. Nos referimos al falseamiento de la competencia por actos

¹⁰⁰ Vid. CNMC (nota de prensa), “La CNMC inicia un expediente sancionador contra Leadiant Biosciences Spa y Leadiant Biosciences Ltd por presuntas prácticas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia”, 22 de diciembre de 2020. Acceso web: <https://www.cnmc.es/prensa/inocacion-leadiant-20201222>.

¹⁰¹ Cfr. CNMC (nota de prensa), “La CNMC incluye a Leadiant GmbH y Sigma Tau Arzneimittel GmbH en el expediente sancionador del mercado del medicamento “huérfano” CDCA-Leadiant®”, 11 de febrero de 2021. Acceso web: <https://www.cnmc.es/novedad/ampliacion-inocacion-leadiant-medicamento-huerfano-cnmc-20210211>.

desleales, cuya aplicación al campo de la contratación pública ha sido evidenciada en su día por el Consejo Gallego de la Competencia y hoy por la Comisión Gallega de la Competencia, que en diversas resoluciones ha sancionado la ilicitud competitiva del incumplimiento por parte de un licitador incumbente; es decir, titular de la concesión que sale nuevamente a licitación, de la información que el órgano de contratación le requiere (pues es ese operador quien la conoce), respecto del personal adscrito a la concesión que, en su caso, habría de subrogarse.

Nos referimos al cumplimiento efectivo del actual artículo 130 LCSP, relativo a la “información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo”. Conforme al primero de sus apartados:

“1. Cuando una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicará tal medida, debiendo hacer constar igualmente que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el presente artículo.

A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este. Como parte de esta información en todo caso se deberán aportar los listados del personal objeto de subrogación, indicándose: el convenio colectivo de aplicación y los detalles de categoría, tipo de contrato, jornada, fecha de antigüedad, vencimiento del contrato, salario bruto anual de cada trabajador, así como todos los pactos en vigor aplicables a los trabajadores a los que afecte la subrogación. La Administración comunicará al nuevo empresario la información que le hubiere sido facilitada por el anterior contratista”.

Primero el Pleno del Consejo Gallego de la Competencia (antecesor de la actual Comisión Gallega de la Competencia), en el Expdte. S 10/2014, que fue su Resolución de 6 de junio de 2016, Licitación pública seguridad Ayuntamiento de Lugo, que, si bien fue anulada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su Sentencia 128/2018, de 28 de marzo de 2018, en la que el tribunal consideró que la información aportada por la sancionada no había incurrido en la exigencia legal, sin cuestionar en ningún caso la posible aplicación del artículo 3 LDC.

Posteriormente, el PCGC ha aplicado igualmente el artículo 3 LDC al apreciar que al incumplir el deber de aportar la información solicitada se afectaba deslealmente la competencia, en el sentido del artículo 15 LDC. Nos referimos al ya citado caso Arriva, y a su Resolución 3/2020 – ARRIVA NOROESTE, S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, S.L.¹⁰²).

¹⁰² Cfr. el punto 6.3.- Falseamiento de la competencia por actos desleales, de esta resolución, disponible en la web oficial CGC en la dirección https://competencia.gal/sites/default/files/documents/2021/01/RES_3_2020_cast_0.pdf.

4 Consideraciones finales y perspectivas de futuro

Llegados a este punto, soy plenamente consciente de las cosas que me quedan por explicar. Sin embargo, creo haber ofrecido una panorámica general de las relaciones entre contratación pública y competencia que, lejos de disminuir, se incrementarán en breve.

La razón no va a estar en el desarrollo futuro del artículo 150 LCSP, que tarde o temprano se producirá, sino en la cada vez mejor formación que en el ámbito de la competencia están adquiriendo los ya expertos en contratación pública y en la percepción que estos tengan de que los objetivos que persiguen las autoridades de competencia son, en buena medida, coincidentes y, en todo caso, complementarios de los suyos.

Las sanciones de competencia tratan de disuadir a quienes tratan de sacar ventaja ilegalmente de la contratación pública a costa del erario y de sus rivales honestos. Los técnicos de competencia y las autoridades de competencia formamos parte del mismo equipo, como la siempre leal infantería y la no menos noble artillería pesada. Usar unas u otras armas dependerá del caso y el éxito del resultado, de la habilidad para combinar ambos instrumentos, la LCSP y la LDC. A las autoridades de competencia corresponde además una labor que no hemos abordado en este trabajo y tal vez hagamos en el futuro, la promoción de la competencia o “*advocacy*”, no menos relevante que la defensa de la competencia, pero, a diferencia de esta, más cargada de futuro.

Ánimo a todos.

Bibliografía

- ALMENAR, J., ALCARAZ, C. e IRISSARRY, B., “El Supremo invita a pedir la suspensión cautelar de las prohibiciones para contratar aunque no sean inmediatamente ejecutivas”, *Boletín Clifford Chance*, octubre, 2021. Acceso web: <https://www.cliffordchance.com/briefings/2021/10/el-supremo-invita-a-pedir-la-suspension-cautelar-de-las-prohibic.html>.
- ALONSO SOTO, E., “La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas de sus filiales (1)”, *Noticias de Competencia*, Gómez-Acebo & Pombo, Madrid, 2012. Acceso web: <https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2018/03/LA-RESPONSABILIDAD-DE-LA-SOCIEDAD-MATRIZ-POR-LAS-PRACTICAS-ANTICOMPETITIVAS-DE-SUS-FILIALES.pdf>.
- BACHES OPI, S., “La prohibición de contratar con las administraciones públicas por infracciones del Derecho de la competencia: «*Setung a sale on a sea of doubts*»”, Canedo Arrillada, M.P. (dir.), *La competencia como motor de desarrollo económico*, Aranzadi, Pamplona, 2018.
- BAENA, R., “Capítulo 10. Prohibición del abuso de posición dominante (I): aspectos generales y análisis de la posición de dominio individual y colectiva”, Beneyto

- Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2017.
- BENEYTO PÉREZ, J.M. y MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, 2 vols., Bosch, Barcelona, 2017.
- DÍAZ ESTELLA, F., “Las complicadas relaciones entre la Ley de defensa de la competencia y la Ley de competencia desleal”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, n. 213, 2001.
- DÍAZ ESTELLA, F., “¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de defensa de la competencia?” , *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 5, 2005.
- DÍAZ ESTELLA, F., “El artículo 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales”, *Noticias de la Unión Europea*, n 330, 2012 (Ejemplar dedicado a: derecho de la competencia).
- DÍAZ ESTELLA, F., “El art. 3 LDC falseamiento de la competencia por actos desleales”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, tomo 1, Bosch, Barcelona, 2017 (tomo I).
- FERNÁNDEZ ESTUDILLO, J.M., “El principio de proposición única, la presentación de proposiciones por empresas vinculadas y los acuerdos colusorios”, *Observatorio de la Contratación Pública*, 07 de abril de 2014. Acceso web: <http://obcp.es/opiniones/el-principio-de-proposicion-unica-la-presentacion-de-proposiciones-por-empresas>.
- GONZÁLEZ DE ZÁRATE, P., “Los tribunales vuelven a cuestionar el «test de capacidad» utilizado por la CNMC y la ACCO a la hora de analizar la compatibilidad de las UTEs con el derecho de la competencia”, *Blog Ramón y Cajal Abogados*, 17 de junio de 2021. Acceso web: <https://www.ramonycajalabogados.com/es/noticias/los-tribunales-vuelven-cuestionar-el-test-de-capacidad-utilizado-por-la-cnmc-y-la-acco-la>.
- IBÁÑEZ COLOMO, P., “Persistent myths in competition law (II): «the analysis of the counterfactual is not relevant when a practice is restrictive by object»”, *Chilling Competition*. Acceso web: <https://chillingcompetition.com/2019/05/30/persistent-myths-in-competition-law-ii-the-analysis-of-the-counterfactual-is-not-relevant-when-a-practice-is-restrictive-by-object/>.
- INFONALIA, “Presentación de ofertas por empresas pertenecientes al mismo grupo”, *INFONALIA. Consultoría de Licitación Pública*, 18 de diciembre de 2020. Acceso web: <https://www.infonalia.es/presentacion-de-ofertas-por-empresas-pertenecientes-al-mismo-grupo/>.
- MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., “Capítulo 7. Prohibición de prácticas colusorias (II): cárteles, clemencia y daños”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de derecho de la competencia: Unión Europea y España*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 2017.
- MIÑO LÓPEZ, A.M., *La defensa de la competencia en la contratación del sector público*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2019.

- MIÑO LÓPEZ, A.M., “Prácticas anticompetitivas en el ámbito de los encargos a medios propios”, Díaz Bravo, E. y Moreno Molina, J.A. (dirs.), *Contratación pública global: Visiones comparadas*, Tirant lo Blanch, Universidad Santo Tomás (Chile), Chile, 2020.
- MIÑO LÓPEZ, A.M., “La comunicación de prácticas anticompetitivas a las autoridades de defensa de la competencia por los órganos de la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 212, 2021.
- MIÑO LÓPEZ, A.M., “Programas de cumplimiento y defensa de la competencia en la contratación pública: principios y modalidades”, *Diario La Ley*, n. 9813, 2021.
- NEIRA BARRAL, D., “Los efectos de la Directiva ECN+ en el sistema de competencia español”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 61, febrero/junio 2021.
- OLMEDO PERALTA, E., *Las decisiones de compromisos (commitment decisions) y la terminación convencional de los procedimientos en el Derecho de la competencia europeo y español*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2020.
- PÉREZ DELGADO, M. y RODRÍGUEZ PÉREZ, R.P., “Exclusión del licitador por prácticas colusorias”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 173, Sección: La administración opina, mayo-junio 2021.
- REALP i CAMPALANS, M., “La lucha contra la colusión en la contratación pública”, *Economía Industrial*, n. 415, 2020. Acceso web: <https://www.mincotur.gob.es/Publicaciones/Publicacionesperiodicas/EconomiaIndustrial/RevistaEconomiaIndustrial/415/REALP%20i%20CAMPALANS.pdf>.
- RINCÓN GARCÍA DE LOIGORRI, A., “¿Qué es un cártel para la CNMC?”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los estados: el reto de la eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis”, *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, n. 60, julio-diciembre 2020. Acceso web: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/issue/view/289/PDF%20Galego>.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “El reto de la implantación de los PDC en materia antitrust en España”, *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, n. 17, 2015.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Capítulo 4. Autoridades responsables de la lucha contra los cárteles en España y la Unión Europea”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Capítulo 21: Prevención de cárteles, promoción de la competencia y programas de cumplimiento”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 12, n. 18, enero-junio 2020.

regap



ESTUDIOS

- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., “Compliance y Defensa de la Competencia: La Promoción de la Cultura del Cumplimiento Antitrust «en el Sector Público»”, Campos Acuña, M.^a C. (dir.), *Guía Práctica del Compliance en el Sector Público*, El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A., PÉREZ FERNÁNDEZ, P. y SUDEROW, J., “Una visión integral de la prevención de los cárteles: análisis desde la perspectiva de las empresas, las Administraciones Públicas y las autoridades de competencia”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Novedades y retos en la lucha contra los cárteles económicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
- SALA ARQUER J.M., GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, A., MASSAGUER FUENTES, J. y FOLGUERA CRESPO, J. (dirs.), *Comentario a la Ley de defensa de la competencia (Dúo)*, 2 vols., 6.^a ed., Civitas, Madrid 2020.
- SANZ DE LA ASUNCIÓN, J. y ARECES LÓPEZ, C., “Puntos de encuentro entre la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público y el Derecho de la Competencia”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n. 47, 2017. Acceso web: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/5663/documento/esp05.pdf?id=7553>.
- SUDEROW, J., “Europa: STJUE 24.10.18, C 124/17, Vossloh laeis GMBH y Stadtwerke münchen GMBH Contratación pública, compliance y acciones de daños”, *os-servatorioantitrust.eu*, 7 de noviembre de 2018. Acceso web: <https://www.os-servatorioantitrust.eu/es/europa-stjue-24-10-18-c-124-17-vossloh-laeis-gmbh-y-stadtwerke-munchen-gmbh-contratacion-publica-compliance-y-acciones-de-danos>.
- VÁZQUEZ, J., “La comunicación sobre prácticas colusorias en contratación pública”, *Guías Prácticas con Recursos y consejos para luchar contra la colusión en contratación pública*, 26 de mayo de 2021. Acceso web: <https://www.javiervazquezmatilla.com/la-comunicacion-sobre-practicas-colusorias-en-contratacion-publica/>.
- VÉLEZ, A.M., “Competencia advierte de que los cárteles para repartirse contratos públicos copan la mitad de las multas que impone”, *eldiario.es*, 28 de abril de 2021. Acceso web: https://www.eldiario.es/economia/competencia-advierte-carteles-repartirse-contratos-publicos-copan-mitad-multas-impone_1_7879944.html.