

Opinión

La CNMC concretará la prohibición de contratar en sus resoluciones

Tomás Arranz
y Ana Sabiote

Tras el trámite de audiencia seguido a finales del año 2022, el pasado viernes, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) hizo pública la comunicación 1/2023 sobre criterios para determinar la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia. Con ella, este organismo fija su posición y lanza dos mensajes claros.

El primero, que esta prohibición –vigente en nuestro ordenamiento desde octubre de 2015– será efectiva desde que la Comisión adopte sus resoluciones y no dependerá de pronunciamientos de otros organismos públicos. El segundo, que el alcance y la duración deberán modularse atendiendo a las características del caso concreto y las medidas adoptadas por las empresas en materia de cumplimiento.

Nos encontramos ante un cambio en la actuación de la autoridad de competencia. Hasta la fecha, la CNMC se limitaba a señalar que procedía aplicar al sancionado una prohibición de contratar con el sector público y daba traslado a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado para que fuera esta la que, tras un procedimiento específico y diferenciado, propusiera la duración y alcance de esa prohibición a la ministra de Hacienda y Función Pública. En la mayoría de los casos, este proceder se ha traducido en un retraso a la hora de aplicar una prohibición, dada la habitual suspensión cautelar del procedimiento de determinación mientras no se resolvieran los recursos judiciales contra la resolución sancionadora.

Con esta comunicación, Competencia aclara que determinará por sí misma la duración y alcance, de manera que la prohibición de contratar sea aplicable desde que se declare en una de sus resoluciones, sin perjuicio de que pueda seguir siendo objeto de suspensión cautelar por parte de los tribunales.

En cuanto a su contenido, esta comunicación parte de la asunción de un aspecto que no ha estado exento de controversia y respecto del que todavía debe pronunciarse el Tribunal Supremo: la competencia de la Comisión para declarar y determinar el alcance de una prohibición.

A partir de ahí, la CNMC establece los criterios que guiarán su actuación en la concreta determinación del alcance de la prohibición en los procedimientos que se incoen con posterioridad a la publicación de la comunicación. La Comisión aclara que el ámbito objetivo de aplicación serán las infracciones graves o muy graves en materia de falseamiento de la competencia, con independencia de que hayan afectado a licitaciones públicas o no, pero específica que las infracciones “meramente procedimentales” no deberán activar la prohibición.

En cuanto al ámbito subjetivo, se circunscribe a las empresas sancionadas, aunque pudiendo abarcar a las personas físicas que también hayan recibido una sanción.

A los efectos de fijar el alcance de la prohibición de contratar, la CNMC tomará como principal referencia el mercado relevante afectado por la infracción, tanto en lo que se refiere a su ámbito geográfico como de producto o servicio. No obstante, advierte de que en determinados casos puede resultar necesario que la prohibición alcance a otros productos, servicios o territorios.

Interés público

Competencia reconoce que un factor determinante al declarar la prohibición debe ser su utilidad para el interés público. Así, si los efectos de la prohibición pudieran causar más perjuicios al interés público que beneficios a la competencia (piénsese, por ejemplo, en un sector con pocos operadores), la prohibición de contratar no debería en principio imponerse.

Son especialmente relevantes los criterios que la Comisión adopta para exonerar de la prohibición a empresas sancionadas. Por un lado, se prevé la exoneración automática del beneficiario de exención bajo el programa de clemencia, siendo la exoneración potestativa para los beneficiarios de reducción. Por otro, podrá acordarse la exoneración para aquellas empresas que acrediten –en trámite de audiencia tras la propuesta de resolución– medidas técnicas, organizativas y de personal suficientes y adecuadas para evitar futuras infracciones.

Para su evaluación, la CNMC tendrá en cuenta su propia Guía del año 2020 sobre programas de cumplimiento, por lo que los programas específicos en materia de competencia seguirán ganando relevancia.

Aún así, el estudio de la idoneidad y suficiencia de las medidas sugiere dificultades prácticas, pues deben ser específicas para resolver los problemas identificados en el expediente, que pueden no resultar evidentes hasta la última fase del procedimiento, lo que dificulta (i) su diseño e implementación por las empresas antes de que termine el trámite de audiencia, y (ii) su correcta valoración por parte de la CNMC junto con el resto de alegaciones, que debe realizar en unos pocos meses antes de la resolución. No obstante, la citada comunicación incluye la posibilidad genérica de revisión de la prohibición de contratar, que en la práctica podría ser una respuesta a estos problemas.

Estamos ante un cambio de paradigma en la aplicación de la prohibición de contratar asociada a las infracciones por falseamiento de la competencia. Será la práctica, con la revisión jurisdiccional, la que termine definiendo la eficacia de una medida que, pese a los esfuerzos de la CNMC, se impone años después de la conducta y puede ser suspendida en sede jurisdiccional.

Abogados de Uría Menéndez



Hipocresía fiscal, riqueza y equidad



Antonio Durán-Sindreu Buxadé

La cercanía del 23J aviva el debate sobre las inevitables “promesas” fiscales que unos y otros nos hacen. A poco que nos fijemos, nadie, o casi nadie, nos plantea propuestas claras que promuevan la generación de riqueza. Y sin riqueza, recuérdelo, no hay redistribución posible.

Nadie, tampoco, nos hace una propuesta clara de modelo económico que garantice una vida digna para todos; esto es, una vida sin riesgo de inclusión en el umbral de la pobreza. Un modelo que garantice, en definitiva, el bien común.

Sin embargo, la creación de riqueza es el verdadero quid de la cuestión. Crear riqueza aumenta inexorablemente la recaudación y permite financiar mayores políticas públicas, reducir los impuestos, o ambas cosas.

La riqueza es sinónimo de estabilidad económica, crecimiento, y bienestar social. La riqueza es, pues, la vía para disminuir la pobreza. Pero es obvio que el bienestar social no se limita solo a crear riqueza, sino a redistribuirla adecuadamente. Y es obvio que ésta hoy se distribuye de manera ineficiente. El “esfuerzo fiscal” del que tanto se habla es un claro ejemplo de ello.

Se dice, y es cierto, que nuestro esfuerzo fiscal es mayor al de otros países. Pero no se dice, en cambio, que lo es porque dicho esfuerzo se concentra de forma desigual entre los diferentes tipos de renta en perjuicio de las rentas medias y bajas.

Esto significa que la progresividad no se distribuye de forma eficiente en la medida que quien más riqueza produce no hace un esfuerzo fiscal equivalente al que obtiene una menor riqueza.

Y no me refiero al IRPF, sino a la fiscalidad en su conjunto. A lo que cada uno pagamos en total con relación a nuestro propio nivel de riqueza. Me refiero, pues, a la progresividad del sistema tributario.

Lagados a este punto, y para evitar mezclar temas que son distintos, es necesario distinguir entre creación de riqueza y su redistribución. El problema no es “ganar dinero”, sino pagar los impuestos que razonablemente corresponden en función del nivel de riqueza que se produce. Esto es, hacer un esfuerzo fiscal equivalente.

Reconocer el problema exige dejar de ser hipócrita y asumir que un sistema tributario justo exige un

mayor esfuerzo fiscal de las rentas más altas. Vaya, de las muy altas.

Sin embargo, la hipocresía fiscal promueve la presión del Impuesto sobre el Patrimonio (que puede hasta compartir), sin exigir, en paralelo, una fiscalidad equitativa de la riqueza.

Omite, conscientemente, la inequidad entre las rentas del capital y las del trabajo, cuyo problema no es la diferencia de tipos entre unas y otras, sino el momento en el que tributan.

Omite, también, reconocer que los beneficios fiscales por empresa familiar que nuestro país concede exceden de los recomendados por la Unión Europea que se limitan, únicamente, a las pymes.

Ignora, igualmente, la actual tributación de los beneficios no distribuidos y sus efectos en la equidad.

Y no. No se confundan. Digo tan solo lo que otros, por interés particular o por hipocresía, no dicen, o no se atreven a decir (aunque lo piensen).

Promover una amplia clase media

Pero entiéndaseme bien. Digo, tan solo, que dignifiquemos la riqueza. Que promovamos una amplia clase media. Que apoyemos a nuestras empresas y a la emprenduría.

Que no estigmaticemos la obtención de beneficios. Que promovamos la iniciativa privada y la libertad responsable. Que fomentemos la creación de trabajo, y no las ayudas. Que promovamos el desarrollo personal.

Pero digo, también, que reconozcamos que la distribución de la riqueza no es hoy equitativa.

Y eso, sin hablar del hipócrita debate sobre la presión del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, con el que el norteamericano más liberal está de acuerdo.

Riqueza y equidad. Este es el debate. Y eso exige un pacto social. Un nuevo y amplio contrato social. Dialogo. Equilibrio social.

Y ello nos lleva a la importancia de las políticas redistributivas. Esto es, a la distribución de la riqueza antes de los impuestos, que la renta se distribuya equitativamente de forma natural antes de los impuestos. Se necesitan, por tanto, políticas que incidan en la verdadera igualdad de oportunidades y políticas de gasto selectivas, no universales.

Todo lo anterior, claro está, sin olvidar la obligación constitucional de eficiencia en el gasto, prioridad principal y prioritaria de todo responsable político y servidor público; eficiencia, por cierto, compatible con un Estado del Bienestar rectamente entendido y razonablemente sostenible.

Profesor en UPF, socio director de DS