

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Malcolm Sargeant (Reino Unido), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Alma Elena Rueda (México), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

La contratación pública de servicios en la administración como el gran mercado de la subcontratación y un problema: la práctica colusoria o del reparto de la tarta creando un *monopsonio*

Jesús DE VAL ARNAL*

RESUMEN: La Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 15 de Enero del 2015, del expediente S/0429/12 sobre el del sector de recogida y limpieza de residuos urbanos y residuos industriales, alumbra una sanción de alrededor de 100 millones de Euros impuesta a unas 41 sociedades y 3 asociaciones de empresarios por prácticas de reparto del mercado. Esta Resolución ha sido revisada, hasta la fecha, por 30 Sentencias de la Audiencia Nacional en las que se ha tratado sobre la infracción continuada de la Ley de la Competencia, así como de la legalidad de la entrada y registro en los domicilios de las personas jurídicas, y la caducidad del procedimiento. Este artículo estudiará la resolución y las Sentencias. La Contratación Pública Española en materia de servicios supone para este sector una gran parte de los ingresos así como para los trabajadores permite el mantenimiento de sus puestos de trabajo. Por ello la práctica del reparto de las contrataciones impidiendo una auténtica libertad de competencia hace que la figura del comprador único (monopsonio) pudiera a llegar a ser un auténtico problema al poder sancionar a estas empresas con la prohibición de contratar con la Administración Pública y por ende dificultades en las relaciones laborales.

Palabras clave: Contratación Pública, subcontratación, competencia, infracción continuada, monopsonio.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El derecho a la inviolabilidad del domicilio y la orden de entrada en las empresas por motivo de la inspección de la comisión nacional de la competencia. 3. La caducidad del procedimiento. 4. La infracción continuada. 5. Las consecuencias de la sanción para las relaciones laborales. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* Profesor TEU de Derecho del Trabajo de la Universidad de Zaragoza.

The public procurement of services in the administration as the great market of the subcontractation and a problem: The collusive practice or the distribution of the pie creating a *monopsony*

ABSTRACT: The Resolution of the Chamber of Competition of the Council of the National Commission of Markets and Competition of January 15, 2015, file S / 0429/12 on the sector of collection and cleaning of urban waste and industrial waste, illuminates a sanction of around 100 million Euros imposed on some 41 companies and 3 business associations for market share practices. This Resolution has been reviewed, to date, by 30 Sentences of the National Court in which it has dealt with the continued infringement of the Law of Competition, as well as the legality of entry and registration in the homes of persons legal, and the expiration of the procedure. This article will study the resolution and the Sentences. The Spanish Public Procurement in the matter of services supposes for this sector a great part of the income as well as for the workers allows the maintenance of their jobs. For this reason, the practice of the distribution of contracts preventing an authentic freedom of competition makes the figure of the sole buyer (monopsony) could become a real problem to be able to sanction these companies with the prohibition of contracting with the Public Administration and for he has difficulties in labor relations.

Key Words: Public Contracting, subcontracting, competition, continuous infringement, monopsony.

1. Introducción

Como nos enseñó el Prof. Rivero Lamas el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nos puede llevar a conocer de asuntos tangenciales a nuestra Área de conocimiento pero que inciden, siempre, en las relaciones laborales.

La Resolución sancionadora de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante SCCCNMC) de 15 de Enero del 2015, es la conclusión a un procedimiento que se inició el 16 de julio de 2012 con el nº S/0429/12, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen, en su caso, la incoación de expediente sancionador, después de un año de inspecciones en las sedes de las empresas y con 17.183 folios de expediente. La resolución sancionadora por práctica colusoria afectaba a 54 sociedades y tres asociaciones de empresarios del sector de limpieza urbana y recogida de residuos industriales. Sin duda un caso de gran envergadura que en estos momentos también ha fructificado en 30 Sentencias de la Audiencia Nacional que han revisado tal resolución¹.

La importancia de la contratación pública para este sector, y para todo el sector servicios, es de tal calado, como demuestra que en Presupuestos del año 2015 de la Administración General del Estado, de las Comunidades

¹ 1.- SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), sentencia de 27 febrero 2018. (RJCA 2018\81); 2- Sentencia de 22 febrero 2018. (JUR 2018\66237); 3- sentencia de 28 diciembre 2017. (RJCA 2017\868); 4- sentencia de 28 diciembre 2017. (JUR 2018\59833); 5- sentencia de 26 febrero 2018. JUR 2018\66008; 6- sentencia de 23 febrero 2018. JUR 2018\66238; 7- sentencia de 22 febrero 2018. JUR 2018\66940; 8- sentencia de 10 enero 2018. JUR 2018\59376; 9- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\26629; 10- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\26628; 11- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\26627; 12- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\26307; 13- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\26306; 14- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\26137; 15- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25946; 16- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25944; 17- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25943; 18- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25777; 19- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25613; 20- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25612; 21- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25610; 22- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25462; 23.- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25461; 24- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\25460; 25- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\60490; 26- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\59369; 27- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\59368; 28- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\60335; 29- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\60334; 30- sentencia de 28 diciembre 2017. JUR 2018\59667.

Autónomas, de la Administración Institucional y de las Corporaciones Locales, a través de la Contratación Pública, en la actividad de prestación de servicios, dónde la mano de obra es esencial, el gasto alcanzó unos 12.000.000.000 millones de euros. Pues bien, en este sector de la recogida de residuos urbanos e industriales así como la limpieza, estaríamos hablando de unos 5.000 millones de euros² de la contratación pública.

El expediente y la sanción lo son por conductas prohibidas del artículo 1 de la LDC y en el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio (RCL 1989, 1591), de Defensa de la Competencia (en adelante LDCV), dos normas de tipificación debido a los años en que se considera la infracción continuada: por el repartos de clientes públicos y privados, de actividades, fijación de condiciones comerciales y decisiones o recomendaciones colectivas con el objeto y/o efecto de restringir la competencia, todo ello referido a mercados de producto ligados a las actividades de gestión de residuos y de saneamiento urbano (lo cual abarca alcantarillado, tratamiento de aguas, etc.) en varias comunidades autónomas del territorio nacional, e incluso en el conjunto del territorio nacional.

No existe unanimidad en la Resolución sancionadora, ya que existen dos votos particulares, que tratan desde los problemas de aplicación del principio de Jerarquía Normativa, del Principio de Legalidad y del Principio de Proporcionalidad de las Sanciones³, así como de la caducidad del procedimiento e incluso de la forma del cálculo de la cuantía de la multa. Esta disparidad en la interpretación de la normas se volverá a repetir en la Audiencia Nacional.

Y por ello, nuestro artículo se centrará en:

- en primer lugar las cuestiones procedimentales, sin entrar en el fondo, que hayan causado lesiones a los derechos fundamentales de las personas jurídicas: el derecho a la inviolabilidad del domicilio, así como el principio de seguridad jurídica por la falta de cumplimiento de los plazos. Estas dos cuestiones en las 30 Sentencias de la Audiencia Nacional no han sido estimadas, pero si cuentan con votos particulares sobre todo en lo que atañe a la caducidad del procedimiento que parecen muy contundentes.
- en segundo lugar la infracción continuada al art. 1 de la LDC;
- en tercer lugar en las posibles consecuencias sobre las relaciones laborales de estas empresas.

Sin duda es apasionante observar el arduo trabajo de la CDC, el trabajo de la Abogacía del Estado, el de los abogados de las empresas y Asociaciones

² Informe DBK Servicios Urbanos: <https://www.dbk.es/es/estudios/15535/summary>.

³ Voto particular discrepante que formula el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz, pp. 170 a 181 y el del Consejero D. D. Benigno Valdés Díaz, pp. 182 a 197 cuyo criterio supondría que las sanciones alcanzasen 323 millones de Euros.

Empresariales, así como el de la Audiencia Nacional, todo ello bajo el temor de que las sanciones se convirtieran en definitivas y se abriera la aplicación del art. 72 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 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP2017), y la declaración de la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas con lo que nos encontraríamos ante una consecuencia futura y directa con respecto a los trabajadores: la desaparición de la empresa, si bien la subrogación establecida en los convenios colectivos serviría de red garantizadora del contrato de trabajo. Un caso difícil, complicado, y con el marco de la Potestad Sancionadora de la Administración que nos recuerdan las palabras del Profeta Oseas: *Pues siembran vientos, recogerán tempestades*⁴.

2. El derecho a la inviolabilidad del domicilio y la orden de entrada en las empresas por motivo de la inspección de la Comisión Nacional de la Competencia

El estudio de la titularidad del derecho a la inviolabilidad de domicilio, reconocido en el artículo 18.2 de la Constitución, exige principalmente dar respuesta a dos órdenes de cuestiones: a saber su extensión a las personas jurídicas⁵, tanto las de carácter privado como las de ámbito público, y, la problemática de su ejercicio en los supuestos de titularidad plural o compartida. Si en ámbito del Derecho administrativo sancionador, las personas jurídicas son sujetos con capacidad infractora, esto es, imputables de ilícitos administrativos y, por ello, sancionables, tienen sin duda el derecho a no sufrir sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio de culpabilidad. Pues bien, la Sección 6ª de la AN planteó de oficio a las partes para que alegasen sobre los efectos que pudiera tener la reciente sentencia del Tribunal Supremo dictada en fecha 31 de octubre de 2017 (RJ 2017, 5102) en relación con la validez de la orden de investigación (en adelante OI) emitida por la CNMC para llevar a cabo la inspección en la sede de las empresas pero sólo lo plantea en dos

⁴ Oseas 8-7, “El castigo”, *Antiguo Testamento*, BAC, Madrid, 1975, p. 1177.

⁵ Sobre la extensión de los Derechos Fundamentales a las personas jurídicas: Lasagabaster, K., *Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho público*, Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. García de Enterría, Ed. Cívitas. Madrid, 1991, p. 674.

Sentencias⁶, en concreto las del mes de febrero del 2018. En la Resolución sancionadora de la SCCCNMC ya se exponía, sobre la base de diversos autos de los Juzgados de lo Contencioso, la proporcionalidad de la solicitud de entrada e inspección.

En relación con los indicios que llevaron a la Dirección de la Competencia (en adelante DC) a iniciar el presente procedimiento sancionador, el acuerdo de 16 de julio de 2012 expresa que la misma es necesaria porque se dispone de cierta información relacionada con posibles prácticas anticompetitivas en los mercados de recogida, transporte y tratamiento de residuos.

A ello hay que añadir que, tal y como la DC manifiesta, todas las órdenes de investigación del presente expediente permitían identificar los elementos esenciales fijados en el artículo 13.3 del Real Decreto 261/2008 por el que se aprueba el reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia, (en adelante RDC), en concreto su objeto y su ámbito, tanto de producto como geográfico⁷.

En cuanto a la nulidad de las inspecciones motivada por la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las inspeccionadas, en la medida en que para todas y cada una de las inspecciones ordenadas la DI solicitó autorización judicial de entrada en domicilio, siendo todas ellas concedidas, no procede considerar vulnerado el mencionado derecho fundamental.

En todos los casos eran necesarios los permisos de autorización de los Juzgados. En los autos de autorización se menciona en todo caso, como prueba de la necesidad, la proporcionalidad y legalidad de las inspecciones a realizar⁸.

Para la AN no se han proporcionado argumentos que permitieran concluir que la selección documental realizada durante la inspección de su sede se realizara sin atender a unos criterios específicos y razonados de búsqueda, coherentes con la propia OI, como pone de manifiesto la relación de palabras significativas usadas como apoyo en la selección documental y que se proporcionó a las inspeccionadas al final de la inspección. Las Actas de Inspección reflejan que las inspecciones se desarrollaron conforme a los estándares de procedimiento legalmente

⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 27 febrero 2018, (JUR\2018\64247) y de 22 de febrero del 2018 (JUR\2018\66237).

⁷ En relación con la concreción del objeto de las inspecciones, conviene traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 trata sobre el contenido del artículo 13 del RDC.

⁸ Ver los diversos autos mencionados por la Resolución sancionadora pp. 60 y ss. en: https://www.cnmec.es/sites/default/files/561162_1.pdf.

previstos y habituales y de acuerdo con los estándares de proporcionalidad y corrección exigibles, como se desprende de su lectura.

La clave para salvaguardar la presunción de inocencia se encuentra en los requisitos que debe reunir la OI a fin de preservar el derecho a la inviolabilidad del domicilio, pero también la presunción de inocencia frente a solicitudes de entrada en el domicilio de las empresas afectadas en una investigación de la CNMC por posibles prácticas restrictivas de la competencia y así la Orden deberá cumplir unos requisitos de doble naturaleza:

Por una parte, y desde un punto de vista formal, deberá completar las indicaciones previstas en el artículo 13.3 del RDC, esto es: *el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y, el alcance de la misma. La autorización escrita incluirá, asimismo, las sanciones previstas en la LDC, para el caso de que las empresas no se sometan a las inspecciones ni obstruyan por cualquier medio la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia. También deberá indicar los recursos que procedan contra la misma.*

Por otra parte, ya desde un plano material, y para garantizar el derecho de oposición de la entidad investigada, deberá describir las características básicas de la infracción en cuestión, identificando el mercado de referencia, los sectores afectados por la investigación y la naturaleza de las presuntas infracciones.

El criterio asentado por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2017 (RJ 2017, 5102), debió ser aplicable en el expediente S/0429/12 en que la OI⁹. Así pues, nada se especifica en la OI sobre el fundamento de la inspección que allí se acuerda y *nada se dice en la Orden acerca de qué concretas razones determinan la necesidad de la medida interesada de entrada en las sedes.* Ahora bien, para la Sala 6ª de lo Contencioso Administrativo de la AN esta falta del contenido no determina, sin más, la nulidad de la OI pues una cosa son los elementos que la OI debe contener que es a lo que se refiere la sentencia del Tribunal Supremo al analizar la negativa de un Juzgado de lo Contencioso a autorizar la entrada en la sede de una empresa con fundamento en tal orden, y otra que, en el marco de la investigación de un presunto cartel de empresas la omisión de alguno de ellos se traduzca en una efectiva indefensión para la empresa sometida a ella pues ese aspecto es el relevante y al que tendencialmente se dirige el criterio sentado por el Tribunal Supremo.

⁹ Fundamento de Derecho Quinto de la AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), sentencia de 27 febrero 2018. RJCA 2018\81.

Pero en realidad la inviolabilidad del domicilio protege otro Derecho Fundamental que es la presunción de inocencia y éste es la clave.

3. La caducidad del procedimiento

El expediente sancionador fue incoado el 4 de julio de 2013, por lo que el plazo para notificar la resolución sancionadora vencía el 4 de enero de 2015. La resolución sancionadora fue dictada el 8 de enero de 2015 y notificada a las empresas y asociaciones de empresario el 15 de enero de 2015.

Sucede, sin embargo, que por Acuerdo de fecha 27 de noviembre de 2014, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC, acordó suspender el plazo máximo para resolver el expediente de referencia hasta que por parte de unas empresas se aportasen los datos relativos al volumen de negocio consolidado en el sector de residuos y saneamiento urbano, relativo a los años 2010 a 2013. La suspensión fue levantada mediante Acuerdo de 18 de diciembre, con efectos de 16 de diciembre de 2014.

Al notificar a las empresas la resolución sancionadora, el 15 de enero de 2015, se le notificó también el acuerdo de suspensión de 18 de diciembre de 2014. La suspensión del procedimiento fue notificado inicialmente sólo a los destinatarios de esa solicitud de información, no a todos los interesados en el procedimiento sancionador, incumpliendo lo dispuesto en el art. 37.5 de la LDC, cuando dice que: "Contra el acuerdo que resuelva sobre la suspensión o sobre la ampliación de plazos, que *deberá ser notificado a los interesados*, no cabrá recurso alguno en vía administrativa. Pues bien la pregunta a resolver es: ¿tal incumplimiento determina la caducidad del procedimiento ya que para estas empresas no se había suspendido el plazo para resolver?

El art. 12.2 del RDC establece que: "(...) acuerdo de levantamiento de la suspensión será *igualmente* notificado a los interesados". El adverbio *igualmente* solo puede significar que el acuerdo de suspensión debe notificarse a los interesados en el procedimiento sancionador y estos son todas las empresas investigadas. Pues bien, para la Sala de lo contencioso administrativo de la AN la falta de comunicación no va en contra de lo dicho por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de marzo de 2015 (PROV 2015, 89377), que aprecia caducidad respecto de aquellos a los que no se notificó la suspensión. Sin embargo, para los Magistrados D. Ana Isabel Resa Gómez y D. José Guerrero Zaplana sí que se ha producido una irregularidad en el procedimiento y el plazo para dictar la resolución había terminado en el procedimiento y por ello se debería

estimar la nulidad del mismo¹⁰.

4. La infracción continuada¹¹

Sobre la base de la figura penal regulada en el art. 74 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, hemos de señalar que en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador la infracción continuada se regula, si se puede admitir como regulación, en el art. 29.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP). Aunque ya existía una ordenación de la misma como ha señalado la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) Sentencia de 1 diciembre 2009. (RJCA 2010\139) en el artículo 4.6 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (en adelante RPEPS).

Sí que ha existido una llamada de atención sobre que esta norma reglamentaria y entender que la misma no cubre la laguna y por ende existe falta de cobertura legal de la figura como se ha apuntado por la Sentencia AN de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 18 de enero de 2010 (PROV 2010, 43020) (Sec. 8.ª). Esta sentencia se refiere a la ausencia de explícita cobertura legal de la institución contenida en el artículo 4.6 del RPEPS y considera inaplicable al caso concreto la institución *porque comportaría contravención de la necesaria proporcionalidad entre la infracción y la sanción; porque, por la singular naturaleza económica de la actividad, iría en fomento de la infracción en lugar de operar el principio de prevención (general y especial)*. Ahora en nuestro Ordenamiento disponemos de los siguientes artículos que intentan regular la infracción continuada: así en el art. 63 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con ocasión del inicio de los procedimientos sancionadores en su apartado 3º y en la LRJSP, en concreto en el art. 29 sobre graduación de las infracciones, y el art. 30.2 sobre el plazo de prescripción de las infracciones continuadas o permanentes.

Pero aún, con estas llamadas a la figura de la infracción continuada, no podemos hablar de una regulación concreta que permita que se cumpla

¹⁰ Este voto particular se mantiene conjuntamente por los Magistrados citados anteriormente en 19 sentencias; en 7 sólo lo suscribe el Magistrado Zaplana y sin voto particular en 4 de las 30 que han revisado la resolución sancionadora de la SCCCNMC.

¹¹ Sobre el tema el trabajo más reciente que recoge las últimas Sentencias: Górriz Gómez, B., "La infracción continuada", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8, 2017, parte Legislación, doctrina (BIB 2017\12726).

una de las manifestaciones específicas del principio de legalidad en materia sancionadora: que el tipo de lo ilícito debe ser previsto en una ley con una adecuada descripción de todos sus elementos.

La AN elabora, sobre la base de las Sentencias de los órganos jurisdiccionales comunitarios, el tipo para considerar que exista la infracción continuada.

De acuerdo, con el artículo 4.6 del RPEPS citado y la jurisprudencia invocada¹², la apreciación de una infracción continuada exige la presencia de una pluralidad de acciones u omisiones, que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, y que las mismas se hayan realizado en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

No hay evidencia de que en el supuesto del expediente S/0429/12 por la CNMC exista tal infracción. Pero estos árboles que constituyen las 30 Sentencias de la Audiencia Nacional no deben obviar el problema (el bosque) que constituye que una figura como la infracción continuada, no tenga una regulación, es decir, no existe esa infracción y por consiguiente la consecuencia jurídica es la más sencilla siguiendo al Marques de Beccaria: *nulla pena sine previa legge*.

5. Las consecuencias de la sanción para las relaciones laborales

En la resolución sancionadora de la SCCCNMC no se dispone de la posibilidad de implantar la prohibición en la contratación pública de estas Sociedades del sector de recogida de residuos. Las denominadas consecuencias accesorias (prohibición de contratación, inscripción en el listado de empresas sancionadas) derivadas de una infracción administrativa o de un delito penal mantienen una vieja disputa teórica sobre su naturaleza jurídica¹³: ¿son una sanción?. De todo ello, se podría concluir que esta medida prohibitiva sí tiene un carácter pseudo-

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 junio 2015, asunto C-263/2013; sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de diciembre de 2012 (TJCE 2012, 371), Asunto Verhuizingen Coppens, C- 441/11; sentencia de 6 de febrero de 2014, asunto T-27/10 AC- Treuhand AG; de 17 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 116) Asunto T-147/09 Trelleborg Industrie Trelleborg Industrie; sentencia de 16 de junio de 2011 (TJCE 2011, 199), Asunto T-211/08, Puffers International NV.

¹³ Así, Morell Ocaña, L., “Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas (arts. 10 a 23 de la Ley”, en Gómez-Ferrer Morant, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004 (2.ª ed.), pp. 157 a 159, señala que, es muy nebulosa la distinción entre ambas figuras. Sin embargo en Ruiz Ojeda, A., *Derecho de la contratación pública y regulada*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 180 y 181, se defiende el carácter genuinamente sancionador de las prohibiciones.

sancionador, al conllevar efectos desfavorables para el interesado y perjuicio en sus derechos, si bien nuestros tribunales se ha manifestado reiteradamente en contra de la ecuación: *prohibiciones de contratar es igual a sanción administrativa*. Los Tribunales del Orden Contencioso Administrativo parecen tenerlo muy claro. La Audiencia Nacional en su Sentencia de 23 mayo del 2016 (JUR\2016\130556), así lo establece recogiendo lo fundamentado por otras anteriores del mismo Tribunal¹⁴: Así mismo, el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 31 de mayo de 2007 (RJ 2007, 5402), 1 de junio de 2007 (RJ 2007, 5405) y en las que allí se citan, establecen que la prohibición de contratar no tiene carácter sancionador. Sin embargo el Tribunal Constitucional en la STC Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1990, de 29 de marzo (RTC 1990, 61) parece reconocer el carácter sancionador de la misma y al no aplicar principios propios del Derecho Administrativo Sancionador decide revocar la decisión de pérdida de la licencia de Detective Privado.

Pero la cuestión es que no se analiza con profundidad por qué¹⁵ tales medidas no tienen carácter sancionador, si bien, al ser un acto limitativo de derechos, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1990, de 29 de marzo, deben aplicarse a éstas ciertos principios y garantías propios del procedimiento sancionador.

La CNMC, en el informe que emitió sobre el anteproyecto LCSP2017 al analizar las causas de prohibición de contratar, señalaba *que sería conveniente dejar a este órgano un margen de apreciación*. Y pone como ejemplo el *programa de clemencia*, advirtiendo que podría ponerse en riesgo su efectividad si no se pudiesen eximir de esta prohibición a los operadores que se acojan a este programa.

Conviene recordar que la incursión en prohibición de contratar no constituye causa de resolución del contrato, por lo que la declaración de prohibición de contratar no afectará a contratos vigentes. Así lo entendió la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 45/13, de 26 de febrero de 2015, en el que al tratar esta cuestión en relación a una consulta de un Ayuntamiento que solicita informe acerca del alcance de

¹⁴ Las Sentencias de Audiencia Nacional, entre otras las Sentencias de fecha 15 de diciembre de 2011 (JUR 2011, 436010); 14 de mayo de 2009 (JUR 2010, 332048); 11 de diciembre de 2008 (JUR 2009, 34893) y 18 de enero de 2006 (JUR 2006, 243880) todas ellas de la Sección Sexta ha declarado que esta prohibición de contratar no es una sanción. También la Sentencia de 15 abril 2013 (JUR 2013\160983) de la AN Sala 7ª mantiene el carácter no sancionador.

¹⁵ Sobre el tema el último trabajo de Huergo Lora, A., “La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia”, *REDA*, n. 182, 2017, parte Estudios, Editorial Civitas, SA, Pamplona, 2017, BIB 2017\506.

los efectos de la prohibición de contratar sobre contratos en vigor en el momento en que se acuerda la misma. El Ayuntamiento acordó la resolución de uno de los contratos por causa de incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato imputable al contratista y la consecuente prohibición de contratar quedando vigente el otro de los contratos, dice: “En el artículo 223 del TRLCSP2011, se establece que no son causa de resolución de los contratos la prohibición de contratar en las que incurra el adjudicatario, como indica la propia Resolución, pero lo que dice el art. 223 del TRLCSP2011 es que no se encuentra en las causas de resolución no por que lo diga expresamente o literalmente”¹⁶. Esto es, el hecho de que se acuerde la prohibición de contratar afecta a la aptitud del contratista para contratar que a partir de ese momento carecerá de ella (art. 73 LCSP2017). No así a los contratos de los que resulte adjudicatario en un momento anterior, aunque consecuencia del incumplimiento de cualesquiera de ellos, incurra en prohibición de contratar. Los efectos de la prohibición de contratar se producen desde la fecha en que se inscribe la misma en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Contratistas del Estado, sin que llegue a producir eficacia retroactiva respecto de los contratos que están en vigor en el momento en que se acuerde aquélla. No hay duda de que dicha circunstancia determinará que, en muchas ocasiones, la declaración de prohibición por prácticas anticompetitivas carezca de virtualidad en la medida en que la entidad sancionada, especialmente si se trata de una gran empresa, podrá mantener contratos vigentes de larga duración.

Otras voces, que se han dejado oír sobre este tema, se recogieron en el dictamen 4/2006, de 20 de febrero, del Consejo Económico y Social, al anteproyecto de la LCSP del año 2007 y en el voto particular de los consejeros del grupo segundo, es decir los designados por las organizaciones empresariales más representativas dijeron que: *las prohibiciones de contratar, teniendo en cuenta la relevancia que tienen para las empresas, deben ser consideradas como derecho sancionador y atenerse a los principios que lo rigen, máxime cuando al órgano de contratación se le permite instar estas prohibiciones, incluso, por nuevas circunstancias accesorias o puramente formales*¹⁷.

Si no tuviera ese ánimo coercitivo, correctivo, y punitivo, no se recogería la posibilidad de suspender la prohibición o de dejarla sin efecto en este

¹⁶ Para consultarla en: <https://seu-e.cat/documents/28142/3674220/Junta+Consultiva+Contractacio+Administrativa+prohibicio+de+contractar.pdf/8f40647a-51fb-48cf-bc07-7d56db291f81>.

¹⁷ Así se recoge en AA.VV. (Mestre Delgado, J.F. y Manent Alonso, L. dirs.), *La Ley de Contratos del sector público ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Ed Tirant Lo Blanch, Valencia 2018, p. 385.

mismo artículo, a través del programa de clemencia cuyo procedimiento se regula en el RDC, en el capítulo II, arts. 46 a 53.

La gravedad para las empresas de la prohibición de contratar, nos llevaría a una causa productiva que permitiera la extinción de los contratos en aplicación del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores. En este caso la medida tendría una doble consecuencia, para la empresa y los trabajadores. Sin contratación pública las 43 empresas sancionadas se encontrarían abocadas al cierre de su actividad.

6. Conclusiones

Primera: El Derecho de la Competencia, en caso de su conculcación por prácticas contrarias al art. 1 de LDC que acarreen sanciones administrativas de multa y otras consideradas accesorias pero que incluso pueden ser más duras que la propia multa como lo es la prohibición de la contratación pública regulada en el art. 71 y sgs de la LCSP2017, puede tener consecuencias graves para las relaciones laborales de éstas empresas.

Segunda: La Contratación Pública de Servicios de la Administración es el gran mercado de la Subcontratación. El sector de recogida de residuos ha intentado repartirse el mercado mediante la figura del monopsonio durante más de 10 años.

Tercera: La Resolución de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de 15 de Enero del 2015, del expediente S/0429/12, ha puesto sobre la mesa un grave problema y a la vez cuestiones jurídicas de gran calado, como son la falta de regulación de la infracción administrativa continuada, la necesidad de concretar la naturaleza jurídica de la prohibición de contratar con la Administración Pública y el derecho a regular con exhaustividad el contenido de las Ordenes de inspección como actividad previa en los procedimientos sancionadores que no limiten el Derecho a la presunción de inocencia y la inviolabilidad del domicilio de la personas jurídicas.

Cuarta: Más de 17.000 folios de expediente, 30 Sentencias de la Audiencia Nacional no han cerrado un caso que nos plantea grandes dificultades, aún siendo un pequeño país, en el marco de la contratación pública y de las prácticas de las empresas para limitar la competencia y así permitir un único licitador ante la Administración que tiene que limpiar nuestras calles, recoger nuestras basuras y los residuos industriales. Ahora le toca al Tribunal Supremo resolver los recursos de casación, pero a las empresas que les han devuelto la cantidad de las multas pagadas, por los fallos de las Sentencias de la Audiencia Nacional, de momento les ha correspondido

alrededor de un 9,5 % de interés legal del dinero por las cantidades pagadas, que pagamos todos los ciudadanos. Un caso complicado que demuestra que el Derecho no es una ciencia exacta sino un Arte.

7. Bibliografía

AA.VV. (Mestre Delgado, J.F., Manent Alonso, L. dirs.), *La Ley de Contratos del sector público ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Ed Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

Górriz Gómez, B., “La infracción continuada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 8, 2017, parte Legislación, doctrina (BIB 2017\12726).

Huergo Lora, A., “La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia”, *REDA*, n. 182, 2017, parte Estudios, Editorial Civitas, SA, Pamplona, 2017 (BIB 2017\506).

Lasagabaster, K., *Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho público*, Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. García de Enterría, Ed. Cívitas, Madrid, 1991.

Morell Ocaña, L., “Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas (arts. 10 a 23 de la Ley)”, en Gómez-Ferrer Morant, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004.

Ruiz Ojeda, A., *Derecho de la contratación pública y regulada*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

Web sites

<https://www.cnmc.es/>.

<https://www.dbk.es/es/estudios/15535/summary>.

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo