

Las prácticas colusorias en la contratación pública y los efectos del “*compliance antitrust*” y del “*leniency programme*”

Collusive practices in public procurement and the effects of the antitrust compliance and leniency program

EMILIANO GARCÍA COSO*

*Profesor Agregado de Derecho Internacional Público y Derecho de la UE
Universidad Pontificia Comillas-ICADE*

ORCID ID: 0000-0002-1853-4145

Recibido:06.06.2025/Aceptado:24.07.2025

DOI: 10.20318/cdt.2025.9879

Resumen: Este artículo se centra en el análisis de las prácticas colusorias en la contratación pública y la aplicación de las normas de competencia para proteger el interés general afectado tanto en el mercado europeo como, especialmente, en el mercado español. Las empresas licitadoras en la contratación pública pueden desarrollar carteles secretos o “*bid rigging*” que son difíciles de detectar por los órganos de contratación y por las autoridades de competencia. A pesar de las reformas introducidas en la legislación española de coordinación entre los órganos de contratación y las autoridades de competencia y la adopción como consecuencia jurídica de la prohibición de contratar, se siguen reiterando las “*bid rigging*”. Por ello, en el presente trabajo se analiza la mejora que puede suponer la introducción para las empresas licitadoras de un programa de cumplimiento de Derecho de la Competencia o “*compliance antitrust*” *ex ante*, que no sólo proteja el interés público sino también a las propias empresas licitadoras y sus directivos responsables de las sanciones administrativas que conlleva incurrir en prácticas colusorias. Por último, se aborda el recurso de los programas de clemencia o “*leniency*” como herramienta que facilita las investigaciones de las prácticas colusorias en la contratación pública pero que suscita ciertas dudas para los solicitantes por los efectos en las acciones privadas de reclamación de daños.

Palabras clave: Prácticas colusorias, “*bid rigging*”, contratación pública, programa de cumplimiento de Derecho de la Competencia, programa de clemencia.

Abstract: This article focuses on the analysis of collusive practices in public procurement and the application of competition rules to protect the affected public interest, both in the European market and, especially, in the Spanish market. Bidding companies in public procurement may engage in secret cartels or “*bid rigging*,” which are difficult for contracting authorities and competition authorities to detect. Despite the reforms introduced in Spanish legislation to coordinate between contracting authorities and competition authorities and the adoption of a prohibition on contracting as a legal consequence, bid rigging continues to occur. Therefore, this paper analyzes the potential benefits that can be achieved by introducing an *ex ante* competition law compliance program for bidding companies, or “antitrust compliance,” which not only protects the public interest but also the bidding companies themselves and their responsible executives from the administrative sanctions associated with engaging in collusive

* Profesor Propio Agregado de Derecho Internacional y Derecho de la UE en la Universidad Pontificia Comillas-ICADE.

practices. Finally, the use of leniency programs is addressed as a tool that facilitates investigations into collusive practices in public procurement, but which raises certain concerns for applicants due to its impact on private actions seeking damages.

Keywords: Collusive practices, bid rigging, public procurement, competition law compliance program, leniency program.

Sumario: I. Introducción: las prácticas colusorias en la contratación pública. II. La implementación de un “*compliance antitrust*” para las empresas participantes en la contratación pública. III. La clemencia como figura coadyuvante en la investigación y sanción de las colusiones por las autoridades de competencia. IV. Consideraciones finales.

I. Introducción: las prácticas colusorias en la contratación pública

1. El mercado de la contratación pública, tradicionalmente, por su organización y funcionamiento ha sido y es objetivo de prácticas colusorias que han alterado su nivel de competencia. Como destaca la Comisión Europea¹, los mercados de la contratación pública presentan características específicas o patrones, que los hacen más vulnerables a la colusión en comparación con otros mercados. Los procesos de contratación pública suelen caracterizarse por su previsibilidad material, formal y temporal facilitando las tendencias a la colusión². Esta caracterización se traduce en la práctica en que se repiten pautas de compra relativamente estables, con procedimientos similares en el tiempo, con cantidades y especificaciones del producto o servicio análogos. Estos elementos incitan o contribuyen a que las empresas concurrentes recurran a la colusión³ para reducir o eliminar los riesgos propios de una competencia abierta y transparente en el mercado de la contratación pública.

2. La principal práctica colusoria que se ha desarrollado en este ámbito son los denominados carteles secretos, en su modalidad de “*bid-rigging*”⁴, entre los intervinientes en una licitación pública o privada con el objetivo de eliminar la competencia entre ellos y repartirse las licitaciones, con el consiguiente perjuicio para el interés público de las Administraciones Públicas e, indirectamente, para los contribuyentes, usuarios y consumidores. Este análisis se centra en las prácticas colusorias en las licitaciones públicas, sin perjuicio de poder afirmar que se aplican los mismos criterios delimitadores respecto a la naturaleza, alcance y efectos de las prácticas colusorias en licitaciones privadas⁵.

¹ Comunicación 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 (2021/C 91/01), en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0318\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0318(01)).

² CH. JAY PIL, AND H. GERLACH, “Cartels and Collusion: Economic Theory and Experimental Economics”, in Roger D. Blair, and D. Daniel Sokol (eds), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume 2* (2014; online ed, Oxford Academic, 7 Apr. 2015), disponible en <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199388592.013.0017>,

³ A. HEIMLER, “Cartels in public procurement”, *Journal of Competition Law & Economics*, Volume 8, Issue 4, December 2012, Pages 849–862, disponible en <https://doi.org/10.1093/joclec/nhs028>

⁴ La definición de cártel introducida por el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo, Ref. BOE-A-2017-5855, en la Disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de Competencia (LDC) es la siguiente: «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 licitaciones**, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia» (negrita del autor).

⁵ Véase Expte. S/DC/0612/17 Montaje y Mantenimiento Industrial, Resolución de 1 de octubre de 2019, disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc061217>. Así, en la propia Resolución se afirma que “...En una interpretación sistemática del artículo 71.1.b) de la LCSP, las infracciones que conllevan prohibición de contratar por falseamiento de la competencia no tienen, ni se les exige, relación con la contratación administrativa”. Expediente S/DC/260/17. Combustibles Sólidos. Resolución de la CNMC de 12 de enero de 2021, <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc062017>.

3. El concepto de “*bid-rigging*” hace referencia al acuerdo ilegal entre operadores económicos con objeto de falsear la competencia en los procedimientos de contratación pública mediante diferentes modalidades, mayoritariamente, de concertación horizontal⁶, implementadas en el marco de las estrategias o comportamientos empresariales en apariencia en un proceso de licitación competitivo y transparente. Sin embargo, el recurso a estas prácticas colusorias en la contratación pública por la gravedad e intereses afectados ha suscitado un consenso generalizado a la hora de su tipificación como restrictivas por el objeto⁷ y no por sus efectos.

4. La casuística de la Comisión de Europea⁸ y de las Autoridades Nacionales de Competencia (en adelante ANC)⁹ permite identificar como formas de colusión contrarias al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) y, en el mercado español, al artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de Competencia (en adelante LDC), diversas prácticas empresariales, confirmadas por la jurisprudencia comunitaria,¹⁰ que no pueden ser concebidas como inocuas para la competencia.

5. Entre las prácticas colusorias más habituales extraídas de la experiencia de las autoridades de competencia se pueden señalar: fijar el contenido de sus ofertas, con especial énfasis en los precios, al objeto de influir en el resultado del procedimiento; abstenerse de presentar una oferta; repartirse el mercado o; establecer sistemas de rotación¹¹ retirándose de procedimientos siguiendo un orden acordado

⁶ Comunicación de la Comisión de 21 julio 2023 - Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2023-70032>. “La colusión en un procedimiento de licitación es una de las restricciones de la competencia por el objeto más graves y puede adoptar diversas formas; por ejemplo, puede consistir en fijar previamente el contenido de las ofertas de cada parte (especialmente el precio) al objeto de influir en el resultado del procedimiento, abstenerse de presentar una oferta, repartir 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. Desde el punto de vista de la competencia, la colusión en un procedimiento de licitación es una forma de cartel consistente en la manipulación de un procedimiento de licitación organizado en el contexto de la adjudicación de un contrato público... la colusión en un procedimiento de licitación no implica la participación conjunta en el proceso de licitación. Suele consistir en un acuerdo oculto o tácito entre los participantes potenciales para coordinar sus decisiones, aparentemente independientes, relativas a la participación en el procedimiento de licitación”.

⁷ Sentencias del TJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto C-382/12 P, MasterCard y otros contra Comisión Europea, ECLI:EU:C:2014:2201, párrafos 184 y 185; Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2016, asunto C-373/14 P, Toshiba Corporation contra la Comisión Europea, ECLI:EU:C:2016:26, párrafo 26.

⁸ Decisión C (2007) 512 final de la Comisión, de 21 de febrero de 2007, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 [CE] (Asunto COMP/E-1/38.823 – Ascensores y escaleras mecánicas), https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38823/38823_1340_4.pdf.

⁹ En el caso de la CNMC, ver Expediente S/0013/19, Conservación de carreteras, Resolución 17 agosto 2021, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/3660083_84.pdf con imposición de 61.28 millones de sanción a 12 empresas y propuesta de prohibición de contratar con la Administración por restringir el número de ofertas con bajas superiores a un umbral predeterminado. Resolución de 14 de marzo de 2019, Expte. S/DC/0598/2016 *Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias*, multa de 118 millones a 15 empresas habituales en licitaciones de Adif, evidente instrumentalización interesada y forzada de una serie de figuras jurídicas, como son las UTE y las subcontrataciones, que sirven a las empresas para simular una situación de normalidad competitiva en los procedimientos de licitación y así enmascarar una serie de acuerdos para repartirse los contratos.

¹⁰ STGUE de 13 de julio de 2011, Asunto T138/07, ECLI:EU: T:2011:362, en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62007TJ0138#Footref*. STJUE de 14 de enero de 2021, asunto C450/19, ECLI:EU:C:2021:10, “...las actuaciones de las empresas afectadas ... consistieron en la celebración de reuniones entre representantes de dichas empresas, en las que estos trataron y a veces prepararon, conjuntamente, estimaciones presentadas en forma de cuadros sobre las futuras licitaciones públicas para la construcción de líneas de transporte de energía eléctrica, los precios, los márgenes de beneficios que se podrían obtener y el reparto de esas licitaciones, así como sobre la presentación concertada de ofertas en las citadas licitaciones”. En <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=236423&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5190397>.

¹¹ K. KAWAI, J. NAKABAYASHI, J. ORTNER, S. CHASSANG, “Using Bid Rotation and Incumbency to Detect Collusion: A Regression Discontinuity Approach”, *The Review of Economic Studies*, Volume 90, Issue 1, January 2023, Pages 376–403, disponible en <https://doi.org/10.1093/restud/rdac013>

previamente; las ofertas de resguardo o de cobertura¹²; la presentación conjunta de ofertas¹³ entre empresas competidoras sin justificación objetiva; los intercambios de información estratégica y elaboración conjunta de las propuestas técnicas¹⁴, las repetidas subcontrataciones¹⁵ entre las mismas empresas.

6. Con carácter complementario, la Comisión Europea¹⁶ ha extraído de su experiencia investigadora un conjunto de comportamientos que podrían ser considerados como indicios de alerta de colusión. Entre las manifestaciones indiciarias se pueden citar entre otras: que un licitador haya celebrado un acuerdo de subcontratación con otro licitador del mismo procedimiento; ha encargado anticipadamente el material necesario para ejecutar el contrato en cuestión mucho antes de que haya finalizado la evaluación de las ofertas; la concurrencia de licitadores que nunca presentan una oferta en el mismo procedimiento de adjudicación o licitadores que solo presentan ofertas en determinadas regiones, zonas o para determinadas entidades públicas, etc.,

7. El objetivo de todas estas conductas o prácticas es permitir que uno o varios de los intervinientes obtengan la licitación bajo una apariencia falsa de procedimientos competitivos, abiertos y transparentes, menoscabando los principios inspiradores de la contratación pública y repercutiendo negativamente en el mercado de la contratación pública que representa en términos económicos un 14% del PIB de los 27 Estados miembros de la UE, una inversión de 2 billones de euros anuales, en cuya gestión están implicados más de 250.000 poderes adjudicadores en sus diferentes niveles (nacionales, regionales o locales)¹⁷.

8. En el caso del mercado de contratación pública en España¹⁸, el nivel de gasto público en el trienio 2021-2023 se encuentra en promedio en el 11,5% del PIB, ascendió a 202.231.275.036 euros, en el que el 70,7% de las empresas intervinientes son PYMES. Las principales prácticas colusorias detectadas en el mercado español de la contratación pública afectaban a los contratos de obra y servicios, especialmente en la ingeniería civil y la construcción de carreteras y vías férreas, puentes y túneles. En este período se impusieron 45 sanciones en el período 2020-2022, en las que se deben destacar la concurrencia de manera reiterada de un conjunto de empresas matrices o a través de sus filiales muy

¹² Véase Expediente S/DC/0612/17 Montaje y Mantenimiento Industrial, Resolución de 1 de octubre de 2019, la CNMC las define como “Mediante ellas, los supuestos competidores, una vez designado el ganador para cada contrato previsto, presentan ofertas deliberadamente por encima de un determinado importe acordado y/o con condiciones peores. Se genera así la falsa apariencia de que existe competencia ya que la oferta del adjudicatario es la más competitiva, pero lo es por la concertación previa entre los oferentes. Se ha acreditado que las ofertas de cobertura se presentaban en muchos casos a cambio de compensaciones sobre la misma licitación o para ser el adjudicatario de otras futuras”. Disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2674747_1.pdf.

¹³ C. RITTER, “Joint Tendering Under EU Competition Law” February 1, 2017. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2909572> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2909572>

¹⁴ Expte. S/0021/20, OBRA CIVIL 2, Resolución de 5 julio de 2022, “...las principales empresas constructoras de este país formaron un Grupo de cooperación entre ellas que estuvo operativo durante 25 años (1992-2017). El Grupo fue denominado “G7” en alusión al número de empresas que lo conformaron y que se corresponden con 7 de las principales empresas constructoras de nuestro país... Las entidades comparten información comercialmente sensible sobre su posición respecto de un elevado número de licitaciones que se convocan por diversas Administraciones y se toma la decisión de compartir parte de los trabajos que formarán parte de las ofertas que cada empresa presentará a las mismas de un modo sistemático”, disponible en <https://www.cnmc.es/expedientes/s002120>.

¹⁵ R.D. ANDERSON, AND A. JONES, AND W. E. KOVACIC., “Preventing Corruption, Supplier Collusion and the Corrosion of Civic Trust: A Procompetitive Program to Improve the Effectiveness and Legitimacy of Public Procurement”, *George Mason Law Review* 1233, (2019) 26(4), TLI Think Paper 5/2019, King’s College London Law School Research Paper No. 19-14, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3289170> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3289170>

¹⁶ Comunicación 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 (2021/C 91/01), en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0318\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0318(01)). Anexo.pto.3. pag.23.

¹⁷ Tribunal de Cuentas Europeo, Informe Especial 28/2023: Contratación pública en la UE – La competencia en la adjudicación de contratos de obras, bienes o servicios ha disminuido en los diez años anteriores a 2021, disponible en https://www.eca.europa.eu/ECAPublications/SR-2023-28/SR-2023-28_ES.pdf

¹⁸ Informe trienal relativo a la contratación pública en España en 2021, 2022 y 2023, en <https://www.hacienda.gob.es/DG-Patrimonio/Junta%20Consultiva/Informe-Trienal-2021-2022-2023.pdf>

significativas por su dimensión y cuota de mercado en España. Esta repetición de conductas colusorias por las mismas empresas indica un patrón de comportamientos en las licitaciones públicas en el mercado español merecedor no sólo de sanción administrativa sino también penal.

9. Estas prácticas colusorias, por su impacto en el mercado y en el interés público, han sido objeto de discusiones profundas a nivel internacional¹⁹ y europeo.²⁰ Estas iniciativas se han centrado en crear los mecanismos legales necesarios para actuar contra ellas, tanto a nivel administrativo como penal. Entre las acciones destacadas para ayudar a combatir los carteles en la contratación pública se encuentran: entender el mercado relevante y los proveedores potenciales; adoptar requisitos de participación de licitadores, especificaciones de licitación y criterios de selección favorables a la competencia; realizar licitaciones en formato electrónico; advertir a los licitadores de la existencia y alcance de las sanciones en caso de colusión.

10. Como se ha señalado anteriormente, el marco legal de referencia a escala europea contra los carteles en general y, en especial, las “*bid-rigging*”, se encuentra en su prohibición en el artículo 101 del TFUE y, en el caso español, en el artículo 1 de la LDC²¹. La vigilancia, garantía y aplicación de las sanciones que se deriven de la vulneración del artículo 101 del TFUE y, en su caso, del artículo 1 LDC, corresponde a la Comisión Europea o a la CNMC, como ANC, o autoridades autonómicas de competencia, según sea la dimensión geográfica de las prácticas colusorias y el impacto en el mercado interior.

11. Para el reparto de las funciones de vigilancia y sanción, se atiende a lo dispuesto en el Reglamento 1/2003²² que articula la descentralización de la aplicación de las normas de competencia en el mercado interior de la UE. En el plano interno español, la CNMC o a las entidades autonómicas de competencia, delimitan sus respectivos ámbitos de actuación en virtud de 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 Competencia²³. El criterio de reparto competencial en el mercado nacional atiende a si la práctica colusoria es de alcance supraautonómico o no.

12. En el mercado español de la contratación pública, con el objetivo de lograr una mayor eficacia en la identificación, investigación y sanción de las prácticas colusorias, se refuerza la cooperación entre los poderes adjudicadores y la CNMC²⁴ o autoridades autonómicas de competencia. Esta coope-

¹⁹ En 2009, el Comité de Competencia de la OCDE adoptó las Directrices para Combatir la Colusión en la Contratación Pública (“Directrices”) para ayudar a las autoridades a prevenir prácticas colusorias o, si ocurren, identificarlas y sancionarlas. La Recomendación sobre el combate contra la colusión en procesos de contratación pública, fue adoptada por el Consejo de la OCDE el 17 de julio de 2012, en <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0396> y la Recomendación sobre contratación pública de 18 febrero de 2015, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0411>.

²⁰ Comunicación de 2017 titulada «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa» COM (2017) 572, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=COM%3A2017%3A572%3AFIN>.

²¹ Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/15/con> y el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, en <https://www.boe.es/eli/es/rd/2008/02/22/261/con>.

²² 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 (Texto pertinente a efectos del EEE), en <http://data.europa.eu/eli/reg/2003/1/oj>

²³ 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 <https://www.boe.es/eli/es/l/2002/02/21/1/con>

²⁴ Como instrumento de empoderamiento de la CNMC cabe destacar la herramienta de Inteligencia Artificial “BRAVA” (*Bid Rigging Algorithm for Vigilance in Antitrust*). Se trata de una herramienta de detección de colusión basada en técnicas de Inteligencia Artificial: Aprendizaje Automático (Machine Learning) de tipo Supervisado “BRAVA... uses different AI models to classify the different bids submitted to a tender as likely to be collusive or competitive. The success rates obtained when these models were tested are largely satisfactory and at least 90%. The system employs supervised learning based on input variables (from the public procurement and commercial registry databases mentioned above) and on more than 20 coded statistical screening variables (screens), some based on the most recognised international academic works, and others developed from scratch by the UIE based on its experience in corruption and collusion”, en <https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LAC->

ración reforzada en el mercado español de la contratación pública se produce con la transposición que realizó la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP),²⁵ de las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, sobre contratación pública, y 2014/24/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

13. En concreto, el artículo 132.3 de la Ley 9/2017 LCSP, establece la obligación para los órganos de contratación de velar por la libre competencia y notificar a las autoridades de competencia afectadas, los eventuales indicios de prácticas colusorias que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.

14. En esta misma línea, las funciones de vigilancia y sanción de la CNMC o de las autoridades autonómicas de competencia, pueden ser activadas por los órganos de contratación de oficio o a instancia de las mesas de contratación, en virtud del artículo 150.1 de la Ley 9/2017 LCSP. El requerimiento a la CNMC o autoridades de competencia autonómicas, ante los indicios fundados de práctica colusorias en los procedimientos de contratación, implica la emisión de un informe en un plazo de 20 días hábiles sobre si los indicios detectados pueden ser constitutivos de práctica colusoria. La remisión a la CNMC o a las autoridades autonómicas lleva aparejada a la inmediata suspensión de la licitación, sin notificación a los licitadores para garantizar una investigación eficaz de los indicios de prácticas colusorias.

15. Una vez culminada la breve referencia al marco legal aplicable y a las autoridades competentes para garantizar la competencia en el mercado español de la contratación pública, es preciso analizar dos instrumentos con efectos en desincentivar las prácticas colusorias. En primer lugar, la implementación por las empresas licitadoras de programas de cumplimiento de Derecho de la competencia o “*compliance antitrust*” para reducir y prevenir los riesgos de incurrir en prácticas colusorias, eludiendo así las consiguientes sanciones para ellas y sus directivos responsables. En segundo lugar, el impacto de los programas de clemencia en los procesos de investigación de la existencia de prácticas colusorias en la contratación pública y su configuración como mecanismo para evitar, total o parcialmente, las sanciones económicas y las prohibiciones de contratar.

II. La implementación de un programa de “*compliance antitrust*” para las empresas participantes en la contratación pública

16. Las licitaciones públicas en España siguen siendo vulnerables a la ejecución de prácticas colusorias, especialmente, entre PYMES que, como se ha señalado, representan el 70,7% de las empresas licitadoras. Por su dimensión y recursos, pueden desconocer o minusvalorar que con la adopción de ciertas conductas empresariales están incurriendo en la vulneración del artículo 101 del TFUE o del artículo 1 de la LDC. Se hace preciso remarcar que la vulneración de estas disposiciones en el mercado español implica incurrir en una de las infracciones catalogadas como muy graves en el art.62.4 a) de la LDC.

17. La especial gravedad de la comisión de prácticas colusorias que dañan la competencia y el interés general llevan aparejadas multas²⁶ efectivas, proporcionales y disuasorias. La sanción de multa

CF(2024)8/en/pdf. Para otras experiencias de aplicaciones tecnológicas véase, SCHREPEL, THIBAUT AND GROZA, TEODORA, “Computational Antitrust Within Agencies: 3rd Annual Report”, 4 *Stanford Computational Antitrust*, 53 (2024), Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4861858> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4861858>

²⁵ 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, <https://www.boe.es/eli/es/l/2017/11/08/9/con>

²⁶ 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 (OJ L11, de 14 de enero de 2019, p.3-33), conocida como la Directiva ECN+. ELI: <http://data.europa.eu/eli/dir/2019/1/oj>. Su artículo 13 establece: “Para garantizar la aplicación efectiva y uniforme de los artículos 101 y 102 del TFUE, las autoridades administrativas nacionales de competencia deben tener la

puede ser de hasta el 10% del volumen de negocios total mundial de las empresas infractoras en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa de conformidad con el art.63.1 c) de la LDC para las empresas, así como la responsabilidad administrativa de los directivos o representantes legales en los términos previstos en el art.63.2 de la LDC, a los que se podrá imponer multas de hasta 60.000 euros. La imposición y cálculo de las multas no siempre ha sido una cuestión pacífica en la CNMC²⁷. Sin perjuicio, de las eventuales responsabilidades penales para las personas jurídicas y sus responsables²⁸ que, en el caso que se tuvieran que dirimir, implica la prejudicialidad penal frente a la administrativa en virtud del artículo 46 de la LDC.

18. A estas graves sanciones administrativas o penales, se suma que el artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), impone como consecuencia jurídica de las prácticas colusorias la prohibición de contratar²⁹ con los poderes adjudicadores, a las personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia. Esta prohibición de carácter automático que deriva *ope legis* a raíz de la resolución de la autoridad de competencia competente, se traduce en un coste económico adicional al poder ser excluidas las empresas sancionadas de futuras licitaciones.

19. En puridad, el artículo 71.1.b) de la LCSP debería también referirse a las infracciones muy graves puesto que esta es la consideración que tiene las prácticas colusorias en las licitaciones públicas atendiendo al artículo 62.4.a) de la LDC. Sin embargo, sólo alude a las infracciones graves, entre otros ámbitos, por falseamiento de la competencia. Pese a esta divergencia o error del legislador, esta omisión en el artículo 71.1.b) de la LCSP no ha sido óbice para que la CNMC interprete³⁰ que no es obstáculo

facultad de imponer multas efectivas, proporcionadas y disuasorias a las empresas y asociaciones de empresas que infrinjan los artículos 101 o 102 del TFUE”.

²⁷ Expte. S/DC/0598/2016 electrificación y electromecánicas ferroviarias, Resolución de 14 de marzo de 2019, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2380080_0.pdf . p. 351 y ss. La consejera María Pilar Canedo Arrillaga emitió un voto particular discrepando de las sanciones impuestas “...Considero que, ante la gravedad de las infracciones solventemente acreditadas y el desvalor que las mismas han generado en la sociedad y en la competencia, estas resultan claramente insuficientes. La metodología empleada por la Sala para imponerlas genera una tendencia a la fijación de multas de importe reducido, en detrimento de las arcas públicas y perjudicando al contribuyente. Por ello, en opinión disidente de esta consejera, las sanciones impuestas se basan en tipos sancionadores que no reflejan la gravedad de las conductas y tienen cuantías finales en algunos casos aún más bajas. Esta tendencia es más acusada en las empresas de mayor tamaño lo que supone una discriminación. Por cuanto antecede, esta consejera considera que las multas definidas no respetan los principios de efectividad, proporcionalidad y disuasión exigidos por la regulación española y europea...” (negrita del texto original).

²⁸ Las implicaciones penales no son objeto de análisis en el presente artículo, aunque se debe indicar que el artículo 46 de la LDC establece la prejudicialidad penal en detrimento del proceso administrativo iniciado por la CNMC o autoridades de competencia autonómicas. Hay que señalar que el reproche penal se encuentra regulado en el Código Penal en el artículo 262 relativo a la alteración de precios en concursos y subastas públicas y en el artículo 284.1 relativo a la alteración de precios. Sobre el primero de ellos y como primer pronunciamiento sobre la excusa absolutoria ver Sentencia 5 febrero de 2025 de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en el “Cartel del Fuego”, ROJ: SAN 138/2025– ECLI:ES:AN:2025:138, en <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/fbeb4c70cd380ec4a0a8778d75e36f0d> . Entre 1999 y 2018, un grupo de empresarios del sector de la navegación aérea de extinción de incendios, tras concertarse para repartirse geográficamente los concursos públicos licitados a nivel nacional, se coordinó con previos pactos clandestinos y ánimo de lucro, imponiendo a las administraciones contratantes precios superiores de los que derivarían de la libre y transparente concurrencia y ello mediante el reparto fraudulento del mercado, la licitación por parte de los asociados acusados con turnos y ofertas previamente pactadas entre ellos o, mediante la concurrencia de uno solo de los concertados, al tipo o con bajas insignificantes, también mediante la utilización de mecanismos de rotación. Incluso en los pactos rotarios alcanzados, tomaron en consideración los concursos en España, Portugal y el uso de aeronaves en Italia. Dimensión geográfica que suscita si el asunto no se debería haber remitido a la Comisión Europea para su investigación administrativa.

²⁹ Comunicación 1/2023, de 13 de junio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre criterios para la determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-15272.

³⁰ Considerandos 10-13, de la Comunicación 1/2023, de 13 de junio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre criterios para la determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-15272

para remitir la resolución sancionatoria para que la autoridad competente según la LCSP³¹ adopte el alcance y duración de la prohibición de contratar.

20. La duración y alcance de la prohibición en futuras licitaciones que, en todo caso, no puede superar los tres años, presenta una dualidad de cauces procesales de acuerdo con el artículo 72 de la LCSP.

21. Un primer cauce atiende a que la prohibición de licitar la podrá apreciar directamente el órgano de contratación si en la sentencia o resolución administrativa de la CNMC se hubiera pronunciado expresamente sobre la duración y el alcance. La CNMC atiende a los criterios clásicos de Derecho de la competencia para fijar los criterios de la duración y alcance de la prohibición, entre otros: el mercado geográfico y del producto o servicio afectado por la infracción; la duración de la infracción que en las prácticas colusorias en la contratación pública se ha acreditado que suelen ser largos períodos al amparo del secretismo; la gravedad y el grado de participación de cada uno de los intervinientes. Se excluye al primer solicitante de clemencia de la prohibición de contratar de manera automática y, de forma potestativa, a los siguientes peticionarios de clemencia. Sin descartar otros supuestos, como los acogidos a transacción o los que se comprometen a adoptar mecanismos internos de autocontrol o los previstos en el artículo 72.5 de la LCSP.

22. Un segundo cauce se activa en defecto de concreción de la prohibición de contratar en la sentencia o resolución administrativa, en cuyo caso, debe ser determinada por el Ministerio de Hacienda y Función pública a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de acuerdo con el artículo 72.2 de la LCSP o el poder adjudicador autonómico competente y con los efectos estipulados en el artículo 73 de la LCSP. Las prohibiciones de contratar, una vez adoptada la resolución correspondiente, se comunicarán sin dilación para su inscripción al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o el equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, en función del ámbito de la prohibición de contratar y del órgano que la haya declarado.

23. Una solución preventiva *-ex ante-* o reactiva *-ex post-* a las consecuencias jurídicas para las empresas licitadoras y sus responsables es promover e incentivar la introducción de un programa de cumplimiento específico de competencia.³² Este programa se debe estructurar en unas directrices precisas de auto regulación, centradas en sensibilizar y comprometer a toda la estructura organizativa de las empresas licitadoras de no incurrir en prácticas colusorias o, en el caso que se detecten, denunciarlas internamente y notificarlas a las autoridades de competencia competentes.

24. La Comisión Europea³³ y la CNMC señalan que los programas de cumplimiento deben ser considerados herramientas que permitan a los operadores económicos prevenir, detectar y reaccionar de manera temprana ante conductas ilícitas, susceptibles de generar responsabilidad penal y administrativa y afectar a su reputación.

³¹ Sobre la naturaleza jurídica de la prohibición de contratar y la autoridad competente para adoptarla, véase en el voto discrepante de la Resolución de 14 de marzo de 2019 de la CNMC, su defensa de que sea la CNMC la que adopte tales prohibiciones, cuando señala que “resulta imprescindible conceptuar las prohibiciones de contratar como medidas sancionatorias que buscan cumplir las funciones de represión y disuasión ... De la citada conclusión se deriva que es a la autoridad de competencia a quien compete definir para cada infracción el conjunto de consecuencias jurídicas que sirvan a los principios de eficacia, disuasión y proporcionalidad exigidos por la normativa europea. En el caso de que una reacción de tanta trascendencia como la prohibición de contratar quedara en manos de una administración diferente de la de competencia, la reacción ante la que el Tribunal Supremo denomina densidad antijurídica se vería dividida de manera artificial.”, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2380080_0.pdf . p.368.

³² P.J. WILS WOUTER, “Antitrust Compliance Programmes & Optimal Antitrust Enforcement” (October 31, 2012). *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 1, Issue 1, April 2013, pp. 52-81, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2176309>

³³ EUROPEAN COMMISSION, Compliance matters. What companies can do better to respect EU competition rules, disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a/language-en>, En esta misma línea, es muy completa la guía de la Cámara de Comercio Internacional, ICC (2024), Antitrust Compliance Toolkit, en <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2016/11/2024-ICC-Antitrust-Compliance-Toolkit-Second-Edition.pdf>

25. Como resultado de las consecuencias jurídicas y económicas descritas, las empresas que concurren a las licitaciones públicas deberían adoptar, *motu proprio*, programas de cumplimiento *ex ante* que prevengan que cualquier área de la empresa licitadora pueda recurrir a prácticas colusorias. Esta opción es preferible a un programa *ex post* que, aunque pueda atenuar las sanciones, implica que ya se ha incurrido en una práctica colusoria objeto de sanción.

26. Dentro de los programas de cumplimiento existentes es preciso abogar por la adopción de uno específico sobre normas de competencia que comprenda la especificidad de las prácticas colusorias en los procesos de contratación pública y sensibilice, haciéndolo suyo, a todos los licitadores participantes y a sus órganos de dirección.

27. Las dos referencias más relevantes en España -siguiendo el camino abierto por la Comisión Europea en 2012³⁴- para que las empresas intervinientes en procesos de contratación pública reduzcan los riesgos de incurrir en prácticas colusorias son la Guía de la CNMC sobre programas de cumplimiento de normas de competencias de 10 de junio de 2020³⁵ y la norma UNE 19603:2023 sobre Sistemas de Gestión de *Compliance* en materia de Libre Competencia (en adelante la Norma UNE de Competencia) de 22 de noviembre de 2023³⁶.

28. Desde la perspectiva de la CNMC, la adopción de un programa de cumplimiento de Derecho de la competencia presenta el rasgo común que no puede por sí mismo considerarse una circunstancia atenuante pero sí, según los casos, un elemento moderador de la sanción. De hecho, los programas de cumplimiento *ex ante* presentados hasta 2020 a la CNMC no reunían los mínimos necesarios para atenuar la responsabilidad de las empresas imputadas. Los programas de cumplimiento *ex post*, han sido mejor valorados al adaptarse a las prácticas colusorias objeto de sanción de una manera más precisa.

29. Los elementos comunes a tener en cuenta en la elaboración de un programa de cumplimiento³⁷ que prevenga, detecte y gestione el riesgo de incurrir en prácticas colusorias anticompetitivas son: la creación e integración como política de las empresas licitadoras de un mapa de riesgos en el que se delimite las áreas de negocios más expuestas a incurrir en prácticas colusorias; las prácticas presumibles como propias del negocio pero que pueden dar lugar a incurrir en una práctica colusoria en una determinada licitación pública calificada como infracción con las consecuencias jurídicas y económicas para la empresa y sus directivos; implementar una matriz de control con los protocolos y mecanismos de detección y reacción, así como los canales claros y precisos de protocolos de consulta y de denuncia interna y externa disponibles, acompañados de una obligación de notificación a las autoridades de competencia responsables; la adopción de medidas disciplinarias previsibles y transparentes ante el incumplimiento del programa de cumplimiento de Derecho de la competencia.

30. A pesar de que la adopción de un programa de cumplimiento de Derecho de la competencia sólo merece la consideración de elemento moderador de la sanción, se debe apostar por su implemen-

³⁴ Comunicación 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 (2021/C 91/01), en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0318\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0318(01)).

³⁵ MARTÍN MORAL, M. F. (2021). Programas de cumplimiento normativo en materia de competencia. Estudio de la guía española y otras experiencias de derecho comparado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 402-422. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6264>.

³⁶ Esta norma se basa en estándares previos, como la UNE 37301:2021 sobre sistemas de gestión de *compliance*, y la UNE 19601:2017 sobre sistemas de gestión de *compliance* penal. Su objetivo principal es mitigar los riesgos de infracciones de competencia, abordando áreas como conductas colusorias, abuso de posición dominante, actos desleales, infracciones en concentraciones, y control de ayudas de Estado. V. <https://www.une.org/encuentra-tu-norma/busca-tu-norma/norma/?c=N0072104>

³⁷ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE COMPLIANCE, *Libro Blanco sobre la Función de Compliance*, noviembre 2024, p.25 y ss, disponible en <https://asociacioncompliance.com/wp-content/uploads/2024/11/LIBRO-BLANCO-SOBRE-LA-FUNCION-DE-COMPLIANCE-2024.pdf>

tación *ex ante*, no sólo por las grandes empresas,³⁸ sino, especialmente, por las PYMES que, a pesar de que cuentan con una estructura organizativa y recursos menores, son las principales intervinientes en el mercado español. Además, las consecuencias jurídicas y económicas negativas de una sanción y prohibición de contratar tienen en las PYMES un mayor impacto por su dimensión y capacidad financiera.

31. Los programas de cumplimiento de Derecho de la competencia no deben ser considerados un coste sino una inversión que inspire la toma de decisiones e implique a toda la estructura empresarial. Es preciso reiterar que la existencia de estos programas de cumplimiento sirve para atenuar la responsabilidad y cuantía de las sanciones, así como exonerar de la prohibición de contratar con la Administración (art.71.1. b) LCSP), en los términos previstos en el artículo 72.5 de la LCSP³⁹, de cuya literalidad se puede interpretar o deducir que alude a la existencia de un programa de cumplimiento *ex post* al señalar 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 clemencia en materia de falseamiento de la competencia”.

32. Con esta redacción, una vez más, el legislador de la LCSP carece de la precisión y rigor necesario, dando a entender que el programa de cumplimiento y el programa de clemencia son equivalentes, cuando claramente son dos cuestiones totalmente distintas y no hay referencia alguna a medidas que puedan incentivar en los licitadores la adopción de programas de cumplimiento *ex ante*.

33. La defensa y promoción activa de la generalización de los programas de cumplimiento de Derecho de la competencia entre las empresas licitadoras debería ser un requisito previo a acreditar. Su implementación, por los intereses que salvaguardan con carácter preventivo, debería estar a la par que la acreditación de la solvencia económica y financiera, la solvencia técnica o profesional o la acreditación de normas de garantía de calidad y de gestión medioambiental, en los términos estipulados en los artículos 87 a 94 de la LCSP. Si bien, la exigencia de que no concorra prohibición de contratar del artículo 85 de la LCSP, en relación con el artículo 71 LCSP, pueda ser un incentivo indirecto para contribuir a la adopción de programas de cumplimiento *ex ante*, sería conveniente incluirlos dentro de los diferentes criterios exigidos por la LCSP, así como que se refleje documentalmente su existencia por las empresas inscritas en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE)⁴⁰.

34. En el plano interno de las empresas licitadoras uno de los elementos que pueden contribuir de manera activa al funcionamiento de los programas de cumplimiento de Derecho de la competencia *ex ante* -preferibles- o *ex post*, es crear un canal de denuncias interno en las empresas licitadoras garantizando el anonimato y la ausencia de represalias de toda índole. Este canal interno se ha visto complementado por un canal de denuncias externas como el que instauró la CNMC⁴¹, cumpliendo así con la

³⁸ Como ejemplos de un programa de cumplimiento de las normas de competencia haciendo frente a las actuaciones específicas en este ámbito se puede ver el de ACS, V. https://www.grupoacs.com/ficheros_editor/File/05_Compliance/Políticas/32_Política%20y%20Protocolo%20de%20cumplimiento%20en%20materia%20de%20competencia_2020.pdf, con mayor relevancia habida cuenta que ha sido objeto de varias sanciones previas por la CNMC en licitaciones públicas como en la Resolución de 14 de marzo de 2019, Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias expediente S/DC/0598/2016 y en la Resolución de 17 de agosto de 2021, en el expediente S/001/19 conservación de carreteras, entre otras. También es muy preciso el programa de cumplimiento de la Asociación Española de Fabricantes de Automóviles y Camiones (ANFAC), *Manual de Cumplimiento Normativo de la ANFAC en Defensa de la Competencia*, disponible en <https://anfap.com/wp-content/uploads/2022/07/Manual-Competencia-Actualizado-ANFAC-Version-Junio-2022.2.pdf>.

³⁹ Resolución 11 de mayo 2021, expediente S/DC/0627/18 Consultoras. En el caso de la empresa Indra, se le aplicó una reducción de la multa del 10% como consecuencia de las actuaciones adoptadas en el marco de sus programas de cumplimiento normativo, mientras que en el caso de PA Consulting Services Limited Sucursal en España y uno de sus directivos se le aplicó una reducción del 40% en el importe de la multa debido a sus solicitud de clemencia, en virtud del artículo 66 de la LDC y quedó exonerada de la prohibición de contratar, v. <https://www.cnmc.es/expedientes/sdc062718>, pag.284.

⁴⁰ Regulado en los artículos 337 a 345 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

⁴¹ MARTÍN MORAL, M. F. (2021). Programas de cumplimiento normativo en materia de competencia. Estudio de la guía española y otras experiencias de derecho comparado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(2), 402-422. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6264>. El sitio web creado por la CNMC puede verse en <https://edi.cnmc.es/buzones-anonimos/sica>, de

Ley 2/2023, de 20 de febrero⁴² que implementó en España la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión⁴³.

35. La existencia de canales de denuncias internos y externos son esenciales para coadyuvar a la detección de las prácticas colusorias en la licitación pública. Como acreditan las investigaciones realizadas por la Comisión Europea o la CNMC o las autoridades autonómicas de competencia este tipo de prácticas colusorias son secretas, acordadas por una serie de directivos de las empresas licitadoras, lo que dificulta su detección.

36. Una manera de desincentivar que se llegue a consolidar estas prácticas colusorias es que cualquier persona implicada o que pueda tener conocimiento de su desarrollo pueda recurrir a un canal de denuncias interno o externo. Como señala la propia Ley 2/2023, en su exposición de motivos *“Estos canales de denuncias, mediante el anonimato, han colaborado a instituir un instrumento esencial para la «compliance» de una empresa y ha sido fundamental para poder recibir denuncias graves que de otra manera las personas trabajadoras y los colaboradores no se atreverían a señalar por temor a represalias en caso de ser identificados”*.

37. El artículo 2.1 a) de la Ley 2/2023, delimita dentro del ámbito de aplicación material las acciones o infracciones del Derecho de la UE que inciden en el mercado interior, incluidas las infracciones de las normas de la UE en materia de competencia. El ámbito de aplicación personal establecido en el artículo 3 alude a los informantes del sector privado, entre los que cita a las personas del órgano de administración que como demuestra las investigaciones de las autoridades de competencia son los que al amparo de su poder de decisión deciden participar o promover prácticas colusorias en las licitaciones públicas.

38. La Ley 2/2023 establece, en los artículos 5 a 12, cómo deben configurarse los sistemas internos de información y su aplicación en el sector privado. La eficacia de estos sistemas internos de información descansa sobre la prohibición de represalias del artículo 36 y las medidas de apoyo y de protección al informante de los artículos 37 y 38 de la Ley 2/2023.

39. A la luz de lo expuesto, en todo programa de cumplimiento de Derecho de la competencia *ex ante* o *ex post* para prevenir y disuadir de prácticas colusorias en las licitaciones públicas, tanto en su vertiente de acuerdos horizontales⁴⁴ entre competidores como acuerdos verticales⁴⁵ con los proveedores,

conformidad a la disposición adicional duodécima en la Ley 15/2007, de 3 de julio, para regular el canal externo de comunicaciones de la Dirección de Competencia de la CNMC.

⁴² Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción V. <https://www.boe.es/eli/es/l/2023/02/20/2/con>

⁴³ V. ABAZI, “The European Union Whistleblower Directive: A ‘Game Changer’ for Whistleblowing Protection?” en *Industrial Law Journal*, Vol. 49, No.4, December 2020, pp.640-656, en <https://doi.org/10.1093/indlaw/dwaa023> .W, VANDEKERCKHOVE, “Is It Freedom? The Coming About of the EU Directive on Whistleblowing Protection”, en *Journal of Business Ethics* (2022) 179:1–11, <https://doi.org/10.1007/s10551-021-04771-x>

⁴⁴ En el diseño del programa de cumplimiento de Derecho de la competencia cuando se alude a cooperación horizontal se debe tener muy presente los límites marcados por Comunicación de la Comisión de 21 julio 2023 - Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2023-70032> . En el pto.1.2.3.2, (21), se establece que “...los acuerdos de cooperación horizontal pueden limitar la competencia en el mercado de referencia de varias maneras. Tales acuerdos pueden, por ejemplo, dar lugar a una colusión entre las partes o a un cierre anticompetitivo del mercado...Un acuerdo de cooperación horizontal también puede reducir la capacidad decisoria independiente de las partes y, como consecuencia, aumentar la probabilidad de que coordinen su comportamiento para alcanzar un resultado colusorio. También puede hacer la coordinación más fácil, más estable o efectiva para partes que ya se coordinaban antes, al reforzar dicha coordinación o permitir a las partes alcanzar precios aún más elevados. La cooperación horizontal puede llevar, por ejemplo, a la divulgación de información comercial confidencial, lo que aumenta la probabilidad de coordinación entre las partes dentro o fuera del ámbito de la cooperación”.

⁴⁵ Comunicación de la Comisión Directrices relativas a las restricciones verticales 2022/C 248/01, *DO C 248 de 30.6.2022*, p. 1–85, en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0630\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52022XC0630(01))

se deben explicitar una serie de comportamientos taxativos de obligado cumplimiento y, en caso de omisión, promover su denuncia interna o externa, así como su notificación a las autoridades competentes de competencia:

1. No se debe participar en un proyecto o acuerdo de cooperación con un competidor en una licitación pública sin recabar previamente la autorización del órgano u oficial de cumplimiento competente interno de la empresa. Esta instancia analizará su compatibilidad con el Derecho de la competencia en atención a la naturaleza y alcance de la cooperación. En caso de que no exista este órgano por el tamaño de la empresa se debe consultar con el director jurídico o director financiero para que lo evalúen o, si tienen dudas, eleven consulta experta externa.
2. No se debe intercambiar información estratégica⁴⁶ con un competidor o ampliar el alcance de la cooperación (personal, material y temporal) más allá de lo expresamente autorizado por el órgano u oficial de cumplimiento competente. Tampoco, se puede intercambiar planes estratégicos sensibles con competidores acerca de la participación en una licitación pública con carácter previo a su adjudicación. Ello incluye, con carácter no exhaustivo, información relativa a si se va a participar o no en una licitación pública y las condiciones específicas de la oferta técnica o económica que va a presentarse. En el caso que se recurra a terceros para presentar la oferta técnica no se debe compartir la misma empresa consultora.
3. Se debe rechazar participar en acuerdos o prácticas concertadas con competidores para alterar el funcionamiento competitivo de una licitación pública, cuyo objeto o efecto sea fijar directa o indirectamente el precio; el reparto de mercados geográficos o de productos o servicios; habilitar las ofertas de coberturas o acompañamiento; generar sistemas de rotación o retiradas del proceso; la subcontratación de competidores; adoptar mecanismos de compensación; avanzar en la creación de Unión Temporal de Empresas (UTE) que no estén objetivamente justificadas, entre otras manifestaciones.
4. No se podrá acudir, o comprometerse a acudir, a una licitación pública de forma conjunta con un competidor sin un análisis previo de las implicaciones colusorias y, en su caso, someterlo a la autorización del órgano o responsable de cumplimiento o, en su defecto, del directivo responsable.
5. En los acuerdos verticales con proveedores no se podrá alcanzar acuerdos cuyo objeto directo o indirecto sea la limitación (i) del territorio en el que pueden ofrecer los bienes o servicios objeto del contrato; o (ii) de los clientes a los que se puede vender tales bienes o servicios, sin la previa autorización del órgano de cumplimiento competente.
6. No se podrá aceptar acuerdos que impongan cláusulas de no competencia, de no captación de empleados o directivos o de exclusividad, sin la previa autorización del órgano u oficial de cumplimiento competente.
7. No se podrá utilizar la relación con un proveedor para obtener o intercambiar información con competidores.

40. La implementación de programas de cumplimiento de Derecho competencia con este contenido mínimo contribuiría no sólo al interés de las empresas licitadoras, sino también a la protección del interés general, al prevenir las prácticas colusorias. Estos programas de cumplimiento de normas de

⁴⁶ Hay que señalar que existe cierto margen de maniobra respecto a los intercambios de información entre competidores, pero si afectan a datos esenciales y estratégicos deja ser un mero intercambio de información y pasa a ser un mecanismo de concertación. Como ejemplo, la CNMC en el Expte. S/0482/13 Fabricantes de automóviles, Resolución de 23 de julio de 2015, consideró que los intercambios producidos incluyeron la comunicación a las competidoras de los planes y acciones comerciales presentes y futuros de las marcas participantes respecto a la venta y posventa a través de sus redes de concesionarios y talleres oficiales, así como las políticas retributivas a dicha red de distribución, con efecto en la homogeneización y fijación de las condiciones y planes comerciales presentes y futuros de las marcas de automóviles imputadas. Los intercambios desvelaron información confidencial y estratégica sobre la organización de las respectivas redes comerciales de las marcas, datos fundamentales para diferenciarse de sus competidores y rivalizar efectivamente en el mercado de distribución, con el consiguiente perjuicio para la competencia. Disponible en https://www.cnmc.es/sites/default/files/685749_1.pdf.

competencia *ad hoc*, hoy en día, forman parte de una auto-regulación voluntaria o como una exigencia indirecta para no incurrir en una prohibición de contratar.

41. Sin embargo, como se ha defendido, para reducir las prácticas colusorias *ex ante* y sus perjuicios, debería propenderse a exigir, bien como criterios de solvencia, bien como acreditaciones previas, la existencia de un programa de cumplimiento de Derecho de la competencia a las empresas registradas en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE).

42. Esta exigencia legal previa para empresas con más de 50 trabajadores ayudaría a evitar las prácticas colusorias al tenerlas presentes en la toma de decisiones, evitando en el plano interno las consecuencia jurídicas y económicas para las empresas y sus directivos, así como, en el plano externo, los perjuicios para el interés general, concretado en el sobre coste para los presupuestos públicos de las administraciones públicas y, por extensión, protegiendo a los contribuyentes.

III. La clemencia como figura coadyuvante en la investigación y sanción de las colusiones por las autoridades de competencia

43. A diferencia de los programas de cumplimiento *ex ante*, las figuras⁴⁷ de clemencia - “leniency”- y de transacción implican que las empresas implicadas ya están ejecutando o han ejecutado la práctica colusoria en cualquiera de sus manifestaciones, en especial, “*bid-riding*” y el perjuicio ya se ha producido.

44. La diferencia sustancial entre una y otra figura, es que la primera se centra en la declaración a una ANC de una empresa o persona en la que descubre y describe la existencia de un cartel, su funcionamiento y las empresas implicadas. La transacción implica una declaración a la ANC, en un cartel ya en investigación, del reconocimiento de su participación y su responsabilidad en el cartel renunciando a objetar la decisión adoptada por la ANC contra la práctica colusoria en la licitación pública.

45. Por lo tanto, ambas figuras, a diferencia del programa de cumplimiento de Derecho de la competencia *ex ante*, no se pueden concebir como mecanismos preventivos sino como mecanismos que facilitan los complejos, largos y costosos procesos de investigación, iniciados por la Comisión o por las ANC, según sea la dimensión geográfica y afectación del mercado interior, contra las prácticas colusorias, en general y, en nuestro caso, contra los carteles secretos en la contratación pública.

46. La figura de clemencia, importada de Estados Unidos⁴⁸ por la Comisión Europea en 1996⁴⁹, se ha venido consolidando en el mercado interior desde 2006 con más de 550 solicitudes y ha permitido concluir procesos de prácticas colusorias en más de 54 casos.⁵⁰ El programa de clemencia ante la

⁴⁷ Artículo 2, pto 16 y pto. 18 de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2014-83627>.

⁴⁸ Since the early 1990s, the Antitrust Division has provided significant, predictable, and transparent incentives for corporations to make voluntary self-disclosures and cooperate in criminal antitrust investigations in exchange for non-prosecution protections for the corporate entity and its cooperating personnel. <https://www.justice.gov/atr/leniency-policy>

⁴⁹ Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con acuerdos entre empresas (96/C 207/04), en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31996Y0718\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31996Y0718(01)), HINLOOPEN, J., ONDERSTAL, S. & SOETEVEN, A. Corporate Leniency Programs for Antitrust: Past, Present, and Future. *Rev Ind Organ* 63, 111–122 (2023), disponible en <https://doi.org/10.1007/s11151-023-09913-1>

⁵⁰ Comunicación de la Comisión — Modificación de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel. Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52006XC1208%2804%29>.

Comisión es objeto de regulación en el artículo 4 *bis* del Reglamento 773/2004⁵¹ que complementa al Reglamento 1/2003.

47. El recurso a programas de clemencia se ha extendido entre las ANC, por la descentralización⁵² de la aplicación de las normas de competencia, como es el caso de la CNMC⁵³ desde 2009. Como señala la CNMC, la clemencia tiene por objeto facilitar la detección de cárteles o avanzar en la investigación de aquéllos ya detectados, apoyando la actividad investigadora de la CNMC y su capacidad para acreditar, de acuerdo con el nivel de prueba requerido legalmente, los hechos y comportamientos investigados.

48. Los artículos 65 y 66 de la LDC, desarrollados en los artículos 46 a 53 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero⁵⁴, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante RDC), permiten a la CNMC proceder a la exención del pago de la multa o a la reducción de su importe a aquella empresa o persona física que ponga en conocimiento de la CNMC la existencia de un cártel y su participación o responsabilidad en éste, aportando las pruebas sustantivas que tengan a su disposición.

49. La gran diferencia entre la clemencia presentada ante la CNMC y la presentada ante la Comisión Europea es que, en esta última, sólo es posible para las personas jurídicas no para las personas físicas. Tanto la Comisión como la CNMC han desarrollado plataformas electrónicas⁵⁵ que agilizan y garantizan el anonimato de los solicitantes de clemencia.

50. La solicitud de clemencia presenta dos modalidades que quedan sujetas a una prelación basada en un marco temporal y a la idoneidad de las evidencias en poder del solicitante, desconocidas por la Dirección de Competencia de la CNMC. Así, la persona jurídica o física que lo presente en primer lugar, podrá acogerse a una inmunidad total con la exención del pago de la multa (art.65 LDC y arts. 46 y 47.3 del RDC) y de la prohibición de contratar (art.65.4 LDC en relación con art.72.5 LCSP). La empresa o persona física que sea la segunda solicitante, siempre que faciliten elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo a los que ya dispone la autoridad de competencia, podrán acogerse a una inmunidad parcial con una reducción del importe de la multa (art.66 LDC y arts.49 y 50 del RDC) y de la prohibición de contratar (art.66.5 LDC en relación con art 72.5 LCSP).

⁵¹ Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE. Su última modificación fue mediante el Reglamento (UE) 2015/1348 de la Comisión, de 3 de agosto de 2015, por el que se modifica el Reglamento (CE) no 773/2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE.

⁵² Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C 101/03), en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52004XC0427(02)), Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia, en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-9022, en relación con la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-2356>.

⁵³ Comunicación de 19 de junio de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre el Programa de Clemencia, en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-9022, en relación con la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-2356>.

⁵⁴ Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, disponible en <https://www.boe.es/eli/es/rd/2008/02/22/261/con>.

⁵⁵ *eLeniency* es una plataforma en línea desarrollada por la Comisión que permite a los solicitantes presentar sus solicitudes de clemencia, incluidas las solicitudes de marcadores, a través de la herramienta *eLeniency*, disponible en https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/leniency/eleniency_en, en el caso de la CNMC ver <https://sede.cnmc.gob.es/tramites/competencia/solicitud-de-clemencia>, que no debe confundirse con el Sistema de Informantes de Competencia Anónimos (SICA) que es el canal de denuncias, en <https://edi.cnmc.es/buzones-anonimos/SICA>

51. La empresa o persona física primer solicitante del beneficio de exención del pago de multa debe, con carácter previo a la notificación del Pliego de Concreción de Hechos (PCH) (art.47.2 RDC), aportar elementos de prueba que permitan iniciar una investigación sobre la práctica colusoria desconocida por la autoridad competencia o le permita constatar la existencia de la práctica colusoria. Como se puede observar, el elemento temporal de ser la primera solicitante del programa de clemencia es clave para recibir el beneficio de la exención del pago de la multa. Para lograr el beneficio, debe aportar pruebas que acrediten quiénes son los integrantes del cártel en la licitación pública, los objetivos, actividades, funcionamiento, duración y mercado geográfico y del producto o servicio afectados. En el caso de otorgarse, relega a cualquier otra empresa o persona física, bajo determinadas condiciones, a la situación de mero solicitante de inmunidad parcial con la reducción de la multa, aunque con el importante incentivo de poder beneficiarse de la retirada de la prohibición de contratar en futuras licitaciones públicas.

52. Al factor temporal para ser beneficiario de la inmunidad total se suma⁵⁶ que el solicitante evidencie una cooperación plena, continua y diligente a lo largo de la investigación; que ponga fin a su participación en la práctica colusoria salvo que se le inste a continuar para preservar la eficacia de la investigación; que no haya destruido pruebas ni haya revelado su condición de beneficiario de clemencia y no haber adoptado medidas para obligar a otras empresas en la práctica colusoria.

53. A las empresas o personas físicas que queden relegadas por el factor temporal a la condición de solicitantes de reducción del importe de la multa se les exige que faciliten elementos de prueba de la práctica colusoria que aporte un valor añadido significativo y diferencial a los que ya dispone la autoridad de competencia europea, estatal o autonómica.

54. Por lo tanto, la cuestión clave para ser beneficiario de la reducción de la multa es delimitar qué cabe entender por valor añadido significativo. Tanto la Comisión Europea como la CNMC consideran que para determinar este valor añadido significativo es preciso valorar la idoneidad intrínseca de los elementos de prueba aportados por el solicitante de reducción, por su propia naturaleza o nivel de detalle, diferentes a los que ya disponga la autoridad de competencia competente.

55. De la jurisprudencia y de la práctica de las autoridades de competencia nacional y europea,⁵⁷ se extrae como evidencias con valor añadido significativo; que la información y los elementos de prueba incriminatorios, directamente relacionados con los hechos que pueda aportar el solicitante de reducción, tengan mayor valor probatorio que los que sólo guarden relación indirecta con los mismos; que los testimonios (declaraciones, grabaciones, etc.) relativos a hechos en los que ha participado el autor que acompañen su solicitud de clemencia tengan mayor valor probatorio que los testimonios indirectos que pueda aportar; que las pruebas escritas que datan del periodo en que se produjeron los hechos investigados (actas, correos electrónicos, cartas, faxes, etc.) facilitadas en su solicitud de clemencia tengan mayor valor probatorio que las datadas posteriormente.

56. El beneficiario o beneficiarios de la reducción de importe de la multa se ordenan en función del momento de recepción de la solicitud. Atendiendo a esta circunstancia, pueden recibir, por su colaboración activa y con un valor añadido significativo, una reducción de la multa que puede ser

⁵⁶ Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (Texto pertinente a efectos del EEE) (2006/C 298/11), en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC1208(04)), en relación con las comunicaciones mencionadas en la nota 26.

⁵⁷ Sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2011, asunto T-348/08 Aragonésas Industrias y Energía, SAU contra la Comisión, ECLI:EU:T:2013:130, en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=134981&doclang=ES>. Así lo ha reconocido también la CNMC, como distintas sentencias de la AN: Sentencias de la AN de 23 y 29 de julio de 2014, dictadas en el ámbito del Expte. S/0342/11 Espuma de Poliuretano, el solicitante de reducción aportó elementos de prueba con valor añadido significativo antes incluso de que se llevaran a cabo las inspecciones en este asunto, y SAN de 25 y 29 de noviembre de 2016, y 26 de enero de 2017, dictadas en el ámbito del Expte. S/0316/13 Sobres de Papel. Referenciadas en la Resolución de 14 de marzo de 2019, Electrificación y Electromecánicas Ferroviarias expediente S/DC/0598/2016, p. 204.

para el primero que lo solicitó entre un 30 y 50%⁵⁸, para el segundo entre un 20% y un 30% y para los sucesivos solicitantes una reducción hasta el 20%. Un aliciente muy significativo para todos ellos es que pueden ser exonerados de la prohibición de contratar del artículo 71 de la LCSP en relación con el artículo 72.5 LCSP⁵⁹.

57. A pesar de todos los beneficios de los programas de clemencia se debe mencionar para concluir este apartado dos cuestiones. En primer lugar, que existe una tendencia descendente a instar o solicitar acogerse al programa de clemencia. La doctrina más relevante⁶⁰ e informes⁶¹ lo atribuyen al impacto que está teniendo las reclamaciones de reparación de daños al amparo de la Directiva 2014/104 que, aunque establece mecanismos de protección para las empresas acogidas al programa de clemencia⁶² y limitaciones a la revelación de pruebas⁶³, no excluye totalmente la responsabilidad frente a las acciones privadas de responsabilidad o “*private enforcement*”.

58. Esta preocupación se explicita en el considerando 4 y, especialmente, el 7 del Reglamento 2015/1348 de 3 de agosto de 2015, que modifica el Reglamento 773/2004, al señalar que “...*Con el fin de garantizar que las empresas no se vean disuadidas de reconocer voluntariamente su participación en infracciones del Derecho de la competencia de la Unión en el marco del programa de clemencia o del procedimiento de transacción de la Comisión, se dará acceso a otras partes a dicho reconocimiento mediante el acceso al expediente de conformidad con el Reglamento (CE) no 773/2004, solo a efectos del ejercicio de su derecho de defensa en el procedimiento ante la Comisión*”.

⁵⁸ Expte. S/DC/0598/2016 electrificación y electromecánicas ferroviarias, Resolución de 14 de marzo de 2019, en https://www.cnmc.es/sites/default/files/2380080_0.pdf, se acuerda “De conformidad con los artículos 66 de la LDC y 50 del RDC, así como con el programa de clemencia, y en atención a las consideraciones realizadas en el apartado 4.8 de los fundamentos de derecho de la presente resolución, procede aplicar a SIEMENS S.A. y a su matriz SIEMENS AG, una reducción del 45% sobre el importe de la multa... Sin embargo, En relación con la conducta de los directivos de SIEMENS que no han accedido a prestar declaración en el ámbito de la clemencia presentada por dicha empresa, dado que esta actitud no se ajusta al deber de colaboración que exige el programa de clemencia estos no pueden quedar cubiertos por el beneficio de la reducción”.

⁵⁹ Comunicación 1/2023, de 13 de junio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sobre criterios para la determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-15272

⁶⁰ A. L. CALVO CARAVACA / J. SUDEROW, “el efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del derecho antitrust” en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2015), Vol. 7, N° 2, pp. 114-157. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2781/1559>. L. REINALDO; G. SPAGNOLO, “Leniency, Collusion, Corruption, and Whistleblowing”, *SITE Working Paper*, No. 36, 2016, Stockholm School of Economics, Stockholm Institute of Transition Economics (SITE), Stockholm, en <https://hdl.handle.net/10419/204747>.

⁶¹ The Future of Effective Leniency Programmes: Advancing Detection and Deterrence of Cartels, OECD 2023, en https://www.oecd.org/en/publications/the-future-of-effective-leniency-programmes-advancing-detection-and-deterrence-of-cartels_9bc9dd57-en.html

⁶² Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2014-83627>. La Directiva de daños y perjuicios establece que un beneficiario de inmunidad solo es solidariamente responsable ante sus clientes directos e indirectos y ante otras víctimas de cárteles si no puede obtener una compensación completa de los demás cárteles; Que los co-infractores pueden ser considerados solidariamente responsables de la totalidad del daño causado por la infracción. Se puede exigir a cada uno de ellos la indemnización íntegra del daño, y cualquier parte perjudicada tiene derecho a exigir la indemnización completa a cualquiera de ellos hasta que haya sido indemnizada en su totalidad. Este trato privilegiado para los beneficiarios de la inmunidad está protegido por una protección equivalente contra las reclamaciones de contribución de otros co-cartelistas, prohíbe la divulgación de las declaraciones de clemencia presentadas a la Comisión Europea o a una autoridad nacional de competencia en procedimientos de indemnización por daños y perjuicios ante los tribunales nacionales de la UE

⁶³ Sobre la revelación de pruebas es muy interesante las reflexiones sobre la diferenciación que debe efectuarse entre el régimen previsto por la Directiva 2014/104 con la Directiva 2019/1, atendiendo a que la primera se centra en el “*private enforcement*” mientras la segunda en el “*public enforcement*”, realizadas por el Abogado General Maciej Szpunar el 24 de octubre de 2024 en el asunto C-2/23 FL Und Baugsellschaft m.b.H&Co. KG, S AG. Sobre el impacto en el uso de los programas de clemencia, el AG reitera en el pto.69 que existe un riesgo que la divulgación de documentos auto incriminatorios puede disminuir el interés de los solicitantes de clemencia. ECLI:EU:C: 2024:924, disponible en <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=291568&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5763706>.

59. En segundo lugar, se debe remarcar que los programas de clemencia no deben ser confundidos con los procedimientos o solicitudes de transacción.⁶⁴ Los elementos y finalidades de ambas figuras pueden calificarse como coincidentes, es decir, ayudar a las autoridades de competencia a poner fin de manera expedita al procedimiento en curso por la práctica colusoria. De hecho, en los procedimientos abiertos por las autoridades de competencia pueden convivir simultáneamente en paralelo.

60. En la transacción se negocia desde el reconocimiento de las partes de sus respectivas responsabilidades aceptando la sanción impuesta. En el caso, que la transacción sea con las autoridades de competencia españolas, *a priori*, no hay referencia alguna a exceptuar o aminorar la prohibición de contratar. Sin perjuicio que en la capacidad negociadora de las autoridades de competencia pudiera ofrecerse la exención de la prohibición de contratar.

61. En la transacción ante las autoridades de competencia, por la aplicación del artículo 10 *bis* del Reglamento 773/2004, disfrutan de un amplio margen discrecional para determinar en qué casos puede resultar indicado explorar el interés de las partes en entablar conversaciones con vistas a una transacción, así como para iniciar o suspender tales conversaciones o llegar a una transacción definitiva.

IV. Consideraciones finales

62. La protección de los procesos de contratación pública en la UE y en España mediante la aplicación de las normas de competencia es fundamental habida cuenta de la previsibilidad de estos que puede incitar a las empresas intervinientes a concluir carteles y, en especial, “*bid-rigging*”. El interés general protegido ha dado lugar a que se recurra a mecanismos complementarios que contribuyan bien de manera voluntaria, como es el caso de los programas de cumplimiento de derecho de la competencia, a que las empresas sean copartícipes del desarrollo de una contratación pública objetiva, transparente y abierta.

63. La implementación de estos programas de cumplimiento de derecho de la competencia en el epicentro de la toma de decisiones de las empresas es un elemento indispensable y que podría reforzarse al exigirse como criterio de valoración *ad hoc* por las Administraciones Públicas y sus organismos contratantes. Su exigencia contribuiría a que las PYMES hicieran suyo los postulados de estos programas de cumplimiento de derecho de la competencia que no debe ser concebido como un coste sino como una inversión. En especial, la adopción de la norma UNE: 19603:2023, por todas las empresas intervinientes sería un factor positivo para tener en cuenta.

64. En el plano de la garantía del mercado de contratación pública frente a las prácticas colusorias, sin lugar a duda, la inclusión de la protección de los denunciantes, con los canales de denuncia internos y externos, la posibilidad de acogerse a los programas de clemencia e, incluso, recurrir a la transacción, permite incrementar la eficiencia y reducción de plazos en los procedimientos de investigación y sanción por las respectivas autoridades de competencia.

⁶⁴ Comunicación de la Comisión de sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo en casos de cártel (Texto pertinente a efectos del EEE), en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52008XC0702%2801%29>, En concreto, se señala que “El procedimiento de transacción puede permitir a la Comisión tramitar más asuntos con los mismos recursos, lo que redundaría en beneficio del interés público en la imposición por su parte de sanciones efectivas y oportunas y al mismo tiempo potencia el efecto disuasorio general. La cooperación contemplada en la presente Comunicación es distinta de la presentación voluntaria de elementos probatorios para iniciar o acelerar la investigación de la Comisión, que está regulada en la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (Comunicación de clemencia). Si la cooperación ofrecida por una empresa puede acogerse a ambas comunicaciones de la Comisión, podrán acumularse las recompensas correspondientes”. Comunicación de la Comisión — Modificación de la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo en casos de cártel.

65. Son figuras que se pueden superponer en el tiempo generando alguna confusión, sobre todo, en el caso de personas físicas o para las PYMES. No obstante, su generalización y difusión puede ayudar a que se reduzcan las amenazas de prácticas colusorias y que las sanciones impuestas sea lo suficientemente disuasorias y eficaces.

66. La prohibición de contratar es una sanción que puede hacer efecto por la tipología de empresas que suelen intervenir de manera recurrente en la contratación pública. Además, la prohibición de contratar es un aliciente muy relevante, tanto para denunciar, como para acogerse a la clemencia e, incluso, a la transacción. Por estos efectos, se debería mejorar la redacción de las disposiciones de la LCSP para evitar interpretaciones extensivas.