



Competencia, contratos públicos y compliance

A propósito de la Resolución de la CNMC de 2 de febrero de 2021 (Radiofármacos)

Antecedentes

La resolución de la CNMC en el asunto de los radiofármacos es un documento extenso (+140 pgs) que puede leerse desde distintos ángulos y que permite diversas reflexiones interesantes. En este CAPSULAS nos permitimos comentar brevemente algunas de ellas, al mismo tiempo que advertimos que la complejidad de estos temas puede hacer aconsejable hacer un estudio más reposado adaptado a cada caso concreto.

Intercambio de información y transparencia

La CNMC señala en su resolución que las empresas sancionadas se repartieron contratos públicos "por medio del intercambio de información comercial sensible entre ellas lo que tuvo incidencia en los precios fijados a los clientes". La discreción que la CNMC exige a las empresas respecto de su información sensible es comprensible, quienes operan en un mismo mercado no deberían compartir datos que son esenciales para competir.

Por ello mismo sería bueno, muy bueno, que las normas que regulan los contratos públicos fueran aplicadas con cautela cuando se trata de transparentar los precios de adjudicación de forma individual. La Ley permite que los órganos de contratación no publiquen los precios individuales, algo con lo que la CNMC debería estar de acuerdo; pero para ello se precisa un informe favorable del Consejo de la Transparencia. Conviene pues aclarar esta cuestión y facilitar a los órganos de contratación unas pautas de actuación conciliando transparencia y competencia.

La lógica empresarial

La CNMC acusa a las empresas sancionadas de haberse autoexcluido en diversos procesos de licitación.

Sin entrar a valorar las conclusiones de la resolución, conviene destacar cómo la CNMC actúa para determinar si existe o no una actitud comercial competitiva razonable por parte de las empresas que operan en el mismo mercado. La CNMC considera que ello no es así cuando una empresa no se presenta a un procedimiento de licitación sin una justificación lógica; cuando presenta ofertas no competitivas o de cobertura; o cuando presenta ofertas con defectos formales difícilmente explicable. Estas situaciones, según la CNMC son reveladoras de la existencia de pactos de no agresión.

La conclusión es clara: quien decida no presentarse a un procedimiento de licitación debe trabajar de forma cuidadosa en la justificación de su conducta. Nadie puede ser obligado a competir allá donde no quiere hacerlo; pero cuando se decide no competir más vale contar con una explicación contundente, basada en los intereses propios y apoyada en un razonamiento sólido de lógica empresarial. La CNMC, en este asunto, no aceptó las alegaciones de las empresas, pero en algunos casos en el pasado, aportando explicaciones categóricas, ha decidido no intervenir.

Sanciones a directivos

La CNMC, también en esta ocasión, impone multas a título personal a algunos directivos de las empresas sancionadas. Al hacerlo, la CNMC



se basa en la jurisprudencia que apoya estas sanciones por el efecto disuasorio que tienen, por ser un instrumento para conseguir una mayor eficacia en la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia.

Sea como fuere, la resolución dedica muy pocas de sus 140 páginas a acreditar de forma sólida cuál ha sido la intervención personal de los directivos sancionados en la práctica anticompetitiva.

El mensaje en este punto también es claro: la jurisprudencia está respaldando las multas a los directivos que tienen una participación activa en las prácticas anticompetitivas y también a aquellos que participan pasivamente; y cualquier prueba de una conversación, incluso aislada, puede derivar en responsabilidades personales.

La prohibición de contratar y los programas de compliance

En España la Ley de Contratos del Sector Público es tajante: las empresas sancionadas en firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia quedan sujetas a prohibición de contratar con las entidades que forman parte del sector público. La CNMC, en este caso, refiere el asunto a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a fin de que se pronuncie al respecto de la duración y alcance de la prohibición.

La resolución no explica que la Ley de Contratos del Sector Público también dice que puede eludirse la prohibición si se acredita el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones

administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia.

La relevancia de los programas de compliance en esta materia es indudable, y es muy recomendable apoyarse en la Guía de la CNMC de 10 de junio de 2020 a la hora de establecerlos y aplicarlos.

Algunos "tips" al respecto:

- Conviene dotarse de un Programa de Compliance antes de verse implicado en un expediente ante la CNMC.
- Los órganos de administración y/o los principales directivos de la empresa deben implicarse de forma directa. Hay que optar por un enfoque "top down" y garantizar que el cumplimiento de estas normas es un elemento central de la cultura de la empresa.
- Debe ofrecerse formación ad hoc adaptada a la realidad de la empresa y de la actividad de cada uno de sus miembros. Una estrategia de formación estándar que se limite a esbozar unas nociones básicas sobre las normas de defensa de la competencia no es suficiente.
- Es necesario contar con un canal de denuncias interno, transparente y eficaz.

En un entorno en el cual la aplicación de esta normativa es una prioridad, contar con un programa de compliance robusto es no sólo recomendable sino imprescindible.