

La aplicación de prohibiciones de contratar derivadas de un incumplimiento del licitador o contratista en el ámbito de las administraciones públicas

The application of exclusions of public procurement resulting from a non-compliance proceedings from tenders or contractors in public administration

Consuelo Doncel Rodríguez

Doctorando en Derecho administrativo

Universidad de Sevilla

Secretaría General del Ayuntamiento de Lora del Río (Sevilla)

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. PROHIBICIONES DE CONTRATAR DERIVADAS DE UN INCUMPLIMIENTO DEL LICITADOR O CONTRATISTA. 1. Los supuestos de prohibición de contratar por incumplimiento del licitador o contratista. 2. Naturaleza y finalidad de las prohibiciones de contratar. 3. La imposibilidad de establecer nuevas prohibiciones de contratar en los pliegos de cláusulas administrativas. III. PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE PROHIBICIÓN DE CONTRATAR Y ÓRGANO COMPETENTE PARA LA TRAMITACIÓN. 1. La necesaria existencia de un procedimiento que declare la prohibición de contratar. 2. Plazo máximo para la iniciación del procedimiento de prohibición de contratar. 3. Trámites esenciales en el procedimiento de prohibiciones de contratar en las Administraciones Públicas. IV. ALCANCE, DURACIÓN MÁXIMA Y EFECTOS DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR. 1. El dolo o mala fe y la entidad del daño causado a los intereses públicos como elementos de determinación de las prohibiciones de contratar. 2. La motivación y el principio de proporcionalidad. 3. La formulación de criterios objetivos para la determinación del alcance y duración de las prohibiciones de contratar. 4. Buenas prácticas en la determinación de criterios de determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. 5. Efectos de la prohibición de contratar. V. EL ME-

Recibido: 12-11-2023

Aceptado: 19-04-2024

CANISMO DE AUTOCORRECCIÓN O “SELF-CLEANING” EN LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto el examen de las prohibiciones de contratar recogidas en el art. 71.2 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público y que son aquellas que derivan de incumplimientos de las obligaciones impuestas por dicha Ley y por los Pliegos que rigen la licitación, por parte de los licitadores o contratistas. Se trata de incumplimientos que con relativa frecuencia se dan en la contratación pública, por lo que resulta necesario concretar un procedimiento a seguir y las medidas a adoptar para evitar que puedan volver a contratar con la Administración Pública aquellos contratistas o licitadores incumplidores con ésta, evitando así perjuicios indeseados a los intereses generales en materia de contratación pública.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to examine the exclusion of public procurement contained in art. 71.2 of Public Sector Contracts Act 9/2017 and which are those that arise from non-compliance with the obligations imposed by the Law and by the Documents that govern the bidding, to the bidders or contractors. These are breaches that occur relatively frequently in public procurement, so it is necessary to specify a procedure to be followed and the measures to be adopted to prevent those contractors or bidders who do not comply with the Public Administration from being able to contract again with the latter, avoiding undesired damages to the general interests in matters of Public procurement.

PALABRAS CLAVE: Prohibición de contratar – Medidas de self-cleaning – Principio de proporcionalidad – Contratación pública

KEY WORDS: Exclusion of public procurement – Self-cleaning measures – Principle of proportionality – Public procurement

I. INTRODUCCIÓN

El art. 65 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) establece que sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obras, no estén incursas en alguna prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional.

De lo anterior se deduce que los licitadores, en el momento de contratar con cualquier Administración Pública no pueden estar incursos en ninguna de las prohibiciones de contratar que recoge la LCSP y que pueden definirse como un conjunto

de circunstancias de naturaleza heterogénea que impiden la celebración de contratos con el sector público porque se hayan planteado dudas sobre la honorabilidad del contratista o conflictos de interés que no permitan garantizar la objetividad o imparcialidad del contratista¹. En este sentido, para BERMEJO VERA² “*se identifican como los impedimentos, establecidos y previstos en las normas, que hacen jurídicamente inviable la participación de ciertas personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, en el sistema de la contratación pública*”.

Pues bien, estas prohibiciones de contratar se recogen de forma muy exhaustiva a lo largo del art. 71 LCSP, que a su vez las divide en dos clases: de una parte, aquellas en las que concurren determinadas circunstancias en los licitadores que les impiden contratar con la Administración, como por ejemplo, haber sido condenados mediante sentencia firme por determinados delitos o haber sido sancionados con carácter firme por infracción grave en materia profesional, entre otras; y de otra parte, aquellas en las que las prohibiciones de contratar derivan de una relación previa de los licitadores con la Administración que ha derivado en un incumplimiento de sus obligaciones por su condición de licitadores con éstas y entre las que se encuentran, por ejemplo, que el licitador retire indebidamente su oferta o que éste haya dejado de formalizar el contrato por causa imputable a él mismo.

En general, debemos señalar que en materia de prohibiciones de contratar, la LCSP no introdujo apenas novedades con respecto a la regulación anterior contenida en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, manteniéndose el esquema mencionado de dividir entre prohibiciones que afectan a todos los contratos que celebren las entidades del Sector Público y las que se refieren en exclusiva a una determinada Administración Pública³.

Pues bien, en el presente trabajo nos centraremos exclusivamente en las prohibiciones de contratar que se recogen en el apartado segundo del art. 71 y que van referidas a aquellos supuestos en los que los licitadores o contratistas han incumplido algunas de las obligaciones impuestas por la Ley o por los Pliegos que rigen el contrato. Precisamente, las Administraciones Públicas presentan una especial reticencia a la hora de tramitar los expedientes correspondientes porque tampoco les resulta sencillo identificar los supuestos, los efectos y el alcance derivado de estos incumplimientos.

¹ VVAA. *Guía de integridad en la contratación pública local*, Federación Española de Municipios y Provincias, 2019.

² BERMEJO VERA, “Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público”, en la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° Extra 10, 2008, p. 112.

³ CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJA, J.A., *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado, 2018, p. 124.

Se trata, además, de incumplimientos que se producen con cierta frecuencia en el seno de la Administración Pública pero que no siempre son abordados por ésta con la contundencia que sería exigible, precisamente porque se deben adoptar medidas que no son fáciles ni de articular ni de exponer a los licitadores que contratan habitualmente con el sector público.

En definitiva, el objetivo del presente trabajo es tratar de esclarecer esta figura de la forma más práctica posible, al considerarse que puede facilitar a los órganos de contratación determinar si, de acuerdo con las circunstancias del caso concreto, deben acudir o no a esta figura que se recoge de forma exhaustiva en los arts. 71, 72 y 73 de la LCSP.

II. PROHIBICIONES DE CONTRATAR DERIVADAS DE UN INCUMPLIMIENTO DEL LICITADOR O CONTRATISTA

1. Los supuestos de prohibición de contratar por incumplimiento del licitador o contratista

En cuanto a los supuestos que son objeto de estudio en este trabajo, son aquellos en los que, a diferencia de lo que sucede en los supuestos contemplados en el art. 71.1 LCSP, que se refieren a prohibiciones de contratar derivadas de circunstancias de los propios licitadores, son supuestos en los que esta prohibición deriva de un incumplimiento del licitador con la Administración al no haber observado las obligaciones impuestas por la propia LCSP o los pliegos administrativos que regían la licitación a la que éstos concurren. Así, los supuestos que se recogen en el art. 71.2 LCSP, son los siguientes:

a) Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el art. 150.2 LCSP dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia. Dicho precepto se refiere a la obligación del licitador que ha presentado la mejor oferta, de presentar en el plazo de diez días hábiles la documentación justificativa relativa a la declaración responsable que se ajustará al documento europeo único de contratación (DEUC) y en su caso, la declaración responsable relativa a la información pertinente en caso de recurrir a la solvencia por medios externos (art. 140.1 LCSP), así como de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente.

b) Haber dejado de formalizar el contrato, que ha sido adjudicado a su favor, en los plazos previstos en el art. 153 LCSP por causa imputable al adjudicatario. Dicho precepto indica que “los contratos que celebren las Administraciones Públi-

cas deberán formalizarse en documento administrativo que se ajuste con exactitud a las condiciones de la licitación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público”. Con carácter general, el plazo para la formalización del contrato deberá efectuarse no más tarde de los quince días hábiles siguientes a aquel en que se realice la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos, salvo que el contrato sea susceptible de recurso especial en materia de contratación, en cuyo caso, la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos (art. 153.3 LCSP).

c) Haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo establecido por el art. 202 LCSP, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios. Así se recoge también en el art. 202.3 LCSP que viene a señalar que “cuando el incumplimiento de estas condiciones no se tipifique como causa de resolución del contrato, el mismo podrá ser considerado en los pliegos, en los términos que se establezcan reglamentariamente, como infracción grave a los efectos establecidos en la letra c) del apartado 2 del artículo 71”.

d) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una entidad de las comprendidas en el artículo 3 de la LCSP. La prohibición alcanzará a las empresas cuyo contrato hubiere quedado resuelto por incumplimiento culpable del contratista de las obligaciones que los pliegos hubieren calificados como esenciales de acuerdo con lo previsto en el artículo 211.1.f) LCSP, esto es, el incumplimiento de la obligación principal del contrato.

En todo caso, se trata de prohibiciones que desempeñan una función disuasoria ante posibles incumplimientos, de tal forma que se articula como un medio de presión para lograr que el contratista atienda correctamente las obligaciones dimanantes del contrato y se asegure que éste cumple sus objetivos⁴.

2. Naturaleza y finalidad de las prohibiciones de contratar

Sobre la naturaleza de las prohibiciones de contratar, la propia LCSP guarda silencio. Sin embargo, de forma reiterada se ha venido indicando por la jurisprudencia que la determinación de que los licitadores se encuentre en prohibición de contratar no constituye ejercicio de una potestad sancionadora de la Administración.

⁴ MEDINA ARNÁIZ, T., *Las prohibiciones de contratar en el Derecho de la Unión Europea*, Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Burgos, 2015, p. 98.

Así, la STS 4606/2007, de 31 de mayo (ECLI:ES:TS:2007:4606)⁵ ha indicado que la prohibición de contratar no tiene carácter sancionador⁶, si bien al ser un acto limitativo de derechos, deben aplicarse a estas prohibiciones ciertos principios y garantías propios del procedimiento sancionador⁷, tales como la motivación, la idoneidad y la proporcionalidad. Precisamente sobre la motivación y la proporcionalidad volveremos más adelante, por su importancia a la hora de determinar el alcance de las prohibiciones de contratar.

Respecto de la finalidad de las prohibiciones para contratar, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha venido reconociendo a éstas una finalidad preventiva consistente en “evitar, en aras de la debida tutela de los intereses públicos, la relación con la Administración de quienes hayan demostrado poca seriedad en su actividad empresarial; y conduce a concluir que tal prevención está justificada ante cualquier práctica empresarial defectuosa o reprochable, bien haya sido intencional, bien negligente (STS de 18 de marzo de 2015)” (Resolución del TACRC 1376/2021, de 15 de octubre).

En todo caso, las prohibiciones para contratar deben interpretarse restrictivamente y operan como *numerus clausus*, en los términos que examinaremos a continuación.

3. La imposibilidad de establecer nuevas prohibiciones de contratar en los pliegos de cláusulas administrativas

Una vez examinados los supuestos que prevé la Ley relativos a los incumplimientos de las obligaciones por parte de los contratistas y que pueden dar lugar al establecimiento de una prohibición de contratar, cabe plantearse si es posible que el órgano de contratación en los Pliegos de cláusulas administrativas de una licitación pueda establecer otras prohibiciones de contratar diferentes de las aquí examinadas o si por el contrario, no debe apartarse del tenor literal recogido en el art. 71 LCSP.

Para ello, en primer lugar, es necesario determinar si se trata de legislación básica en los términos previstos por el art. 149.1.18 CE cuando atribuye al Estado la competencia exclusiva de la legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas.

⁵ En el mismo sentido, STS de 28 de marzo de 2006 y 11 de mayo de 2006.

⁶ En el mismo sentido, Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2006, la cual establece que “las infracciones administrativas, para ser susceptibles de sanción o pena, deben ser típicas, es decir, previstas como tales por norma jurídica anterior, antijurídicas, esto es, lesivas de un bien jurídico previsto por el Ordenamiento, y culpable, atribuible a un autor a título de dolo o culpa, para asegurar en su valoración el equilibrio entre el interés público y la garantía de las personas, que es lo que constituye la clave del Estado de Derecho”.

⁷ Vid. STC 61/1990, de 29 de marzo.

Para ello, ha venido señalando la jurisprudencia constitucional que, en materia de contratación pública, no resulta sencillo realizar esta delimitación, de tal forma que se trata de una operación completa que requiere la ponderación de diversos elementos. Así, viene a señalar que *“todos los preceptos (...) que tiendan directamente, en complemento necesario de la Ley de Contratos, a dotar de efectividad práctica a aquellos principios básicos de la contratación administrativa deben ser razonablemente considerados como normas básicas. Mientras que no lo serán aquellas otras prescripciones de detalle o de procedimiento que, sin merma de la eficacia de tales principios básicos, pudieran ser sustituidas por otras regulaciones asimismo complementarias o de detalle, elaboradas por las Comunidades Autónomas con competencia para ello”* (STC 141/1993, de 22 de abril (ECLI:ES:TC:1993:141)).

Importante ponderación que realiza el Tribunal Supremo en su STS de 18 de septiembre de 1996, llegando a la conclusión, específicamente refiriéndose a las prohibiciones de contratar, que no procede establecer otras diferentes de las previstas en la Ley mediante normas con rango inferior a la Ley y mucho menos a través de Pliego de condiciones particulares, concluyendo que *“en materia de prohibiciones contractuales administrativas el monopolio de su establecimiento corresponde a quien pertenece el poder de dictar normas con rango formal de ley”*.

Este carácter básico se ha recogido en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 15/2016, de 20 de julio, haciendo referencia a la doctrina constitucional de las SSTC 141/1993 y 331/1993, señalando que *“la normativa básica en materia de contratación tiene principalmente por objeto proporcionar garantías de publicidad, libre concurrencia, igualdad y seguridad jurídica que aseguren a todos los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones públicas”*, del tal forma que *“estas reglas pueden considerarse materialmente básicas, pues constituyen el mínimo común uniforme que permite garantizar, de un lado, la igualdad de los licitadores y su tratamiento común ante las Administraciones”*, concluyendo que *“ni las Comunidades Autónomas ni mucho menos los Ayuntamientos tienen competencia para ampliar la lista de prohibiciones de contratar enumeradas en el artículo 60 TRLCSP”*⁸.

Un punto de vista similar nos aporta el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1289/2022, pero esta vez centrado en la quiebra del principio de igualdad *“pues determinados contratistas tendrían, por vía convencional, unos perjuicios (imposición de penalidades y/o resolución de los contratos en ejecución de los que sean adjudicatarios) adicionales a los ya muy gravosos efectos que, con carácter general, prevé la Ley (imposibilidad de contratar con el sector público durante el tiempo de declare la prohibición de contratar sobrevenidamente impuesta)”*.

⁸ Recogido también por la Resolución 792/2017, de 15 de septiembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

No podemos estar más de acuerdo con las conclusiones anteriormente expuestas, no solamente por su carácter básico como ha dejado claro el Tribunal Supremo, sino también porque supone una vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y la salvaguarda de la libre competencia que se recoge en el art. 1 LCSP, que derivaría en un tratamiento diferenciado e injusto entre ellos. Es clara, por tanto, la consecuencia de que no resulta posible que el órgano de contratación pueda establecer en sus Pliegos de condiciones prohibiciones de contratar distintas de las establecidas legalmente.

III. PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN DE PROHIBICIÓN DE CONTRATAR Y ÓRGANO COMPETENTE PARA LA TRAMITACIÓN

1. La necesaria existencia de un procedimiento que declare la prohibición de contratar

De conformidad con lo dispuesto por el art. 72.2 LCSP, las prohibiciones para contratar previstas en el art. 71.2 LCSP deben determinarse mediante procedimiento instruido al efecto. Esto significa que estas prohibiciones de contratar no pueden ser apreciadas directamente por el órgano de contratación, como sí sucede en la mayoría de los supuestos recogidos en el art. 71.1 LCSP.

Así se desprende también del art. 72.5 LCSP, al disponer que cuando sea necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, el alcance y duración de ésta se determinarán siguiendo el procedimiento que se establezca en las normas de desarrollo de la LCSP. Lo anterior debe llevarnos, por tanto, a la conclusión de que no es posible excluir a un licitador de un procedimiento de contratación aun cuando alguna de sus actuaciones precedentes relacionadas con el órgano de contratación que convoca la licitación pudieran tener encaje en los supuestos previstos en el art. 72.2 LCSP, cuando no se ha tramitado procedimiento alguno⁹.

Asimismo, como ha señalado el Tribunal Supremo, las prohibiciones de contratar, como toda limitación de derechos, no pueden ser ni indefinidas ni ilimitadas, pues ello sería contrario a los más elementales principios que rigen las medidas sancionadoras o restrictivas, entre ellos el principio de seguridad jurídica y el principio de proporcionalidad, en cuanto exigen que tanto el sancionado como terceros conozcan hasta donde alcanza la prohibición y, a su vez, se pueda cuestionar y revisar si la limitación establecida es adecuada y ajustada a la sanción impuesta y a los hechos en los que se funda, de tal forma que si se mantuviese que una prohibición

⁹ Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía 193/2020, de 4 de junio.

de contratar era ejecutiva antes de delimitarse su alcance y duración, ello implicaría que pudiera aplicarse de forma indefinida y para todos los sectores, contraviniendo las propias previsiones legales y los principios inspiradores del derecho sancionador (STS 1115/2021, de 14 de septiembre, ECLI:ES:TS:2021:3366).

En base a lo anteriormente expuesto, la existencia de un procedimiento de prohibición de contratar es un elemento necesario para que ésta se pueda apreciar por parte de la entidad del sector público de que se trate. No debemos olvidar que será en este procedimiento donde se determine también el alcance y la duración de la misma, que son, como veremos, aspectos imprescindibles a la hora de configurar estas prohibiciones para contratar.

2. Plazo máximo para la iniciación del procedimiento de prohibición de contratar

El inicio del procedimiento de prohibiciones de contratar se encuentra sometido, de conformidad con el art. 72 LCSP, a un plazo máximo, de tal forma que si dicho plazo transcurre y no se ha iniciado este procedimiento, la Administración ya no podrá iniciarlo posteriormente. Se trata, además, de plazos diferenciados dependiendo del supuesto ante el que nos encontremos, por lo que a continuación, examinaremos este plazo máximo para cada uno de los cuatro supuestos que recoge el art. 71.2 LCSP.

Para el primer supuesto, esto es, haber retirado indebidamente la proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación o haber imposibilitado la adjudicación del contrato mediante dolo, culpa o negligencia, el plazo es de tres años desde la fecha en que se hubiese procedido a la adjudicación del contrato o que hubiese debido procederse a la adjudicación (art. 72.7.d) LCSP).

En el segundo supuesto, consistente en haber dejado de formalizar un contrato adjudicado a su favor por causa imputable al adjudicatario, el plazo es de tres meses desde que se produjo la adjudicación (art. 72.7, primer párrafo LCSP).

En el tercer supuesto, relativo a haber incumplido las cláusulas esenciales del contrato, incluyendo condiciones especiales de ejecución, el plazo es de tres años desde que la entidad contratante tuvo conocimiento del incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato (art. 72.7.e) LCSP).

Y en el cuarto y último supuesto relativo a resolución firme de cualquier contrato por causa imputable al contratista, el plazo es de tres años desde la fecha en que fuese firme la resolución del contrato.

Debemos detenernos brevemente en este último supuesto, a fin de determinar a qué se refiere el legislador cuando indica que la resolución deba ser firme, pues la

LCSP no indica si la firmeza va referida a la vía administrativa o la vía jurisdiccional. En un primer momento, la doctrina se había decantado por entender que debía ser firme en vía jurisdiccional, pero desde el año 2018, se ha indicado por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 15/2018, que la firmeza a la que se refiere la Ley es la firmeza en vía administrativa.

3. Trámites esenciales en el procedimiento de prohibiciones de contratar en las Administraciones Públicas

Si bien el art. 72.5 LCSP establece que el alcance y duración de las prohibiciones de contratar se determinarán siguiendo el procedimiento que se establezca en las normas de desarrollo de la LCSP, lo cierto es que ésta no ha sido objeto de desarrollo reglamentario, por lo que el procedimiento de prohibiciones de contratar sigue regulándose por las previsiones que ya contenía el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RLCAP).

En concreto, es el art. 19 del RLCAP el que recoge este procedimiento, limitándose a señalar que corresponde a los órganos de contratación la iniciación del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar en los supuestos en que los hechos que la motivan se pongan de manifiesto con ocasión de la tramitación de un expediente de contratación. Por tanto, la iniciación del procedimiento le corresponde al órgano de contratación que haya sufrido previamente el incumplimiento del licitador. Asimismo, deben incorporarse al expediente los informes de los servicios técnicos y jurídicos, cumpliéndose posteriormente el trámite de audiencia, remitiéndose el expediente al órgano competente para su resolución, que de conformidad con el art.72.3 LCSP, será igualmente el órgano de contratación.

Por lo tanto, y de acuerdo con el procedimiento recogido en el art. 19 RLCAP, la tramitación del expediente administrativo sería la siguiente:

En primer lugar, se procederá a la incoación del expediente de prohibición de contratar por el órgano de contratación que haya sufrido el incumplimiento del licitador.

Cabe plantearse qué sucede en aquellos casos en los que un mismo licitador o contratista haya incurrido en varios hechos susceptibles de prohibición de contratar en diferentes contratos o licitaciones. En estos casos, el legislador vincula cada prohibición de contratar con la ocasión de la tramitación de un expediente de contratación previo, por lo que cada prohibición de contratar deberá acordarse separadamente y vinculada a ese expediente previo, siempre en ambos casos por el mismo órgano de contratación. Lo que conlleva también, que los efectos y alcance de la prohibición

deberán ceñirse exclusivamente a los hechos de cada expediente de contratación valorados de forma autónoma e independiente.

Una vez incoado el expediente administrativo, deben incorporarse los informes jurídicos y técnicos. Respecto de la evacuación del informe jurídico, éste se emitirá por el órgano que tenga atribuido el asesoramiento legal. Si bien el informe jurídico no se exige en los arts. 71 a 73 LCSP, sí se impone en el RLCAP, por lo que cabe entender que en los expedientes de prohibición de contratar debe existir en todo caso este informe. En lo que respecta al informe técnico, que es, en nuestra opinión, el más importante, debe contener todos los elementos de juicio necesarios que permitan determinar el alcance y duración de la prohibición, pues de conformidad con lo establecido por el art. 19.4 RLCAP, éstos se determinarán atendiendo a la existencia de dolo o manifiesta mala fe del empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos. Hablaremos con mayor profundidad sobre esta cuestión en el apartado siguiente. En todo caso, estos informes deben ser considerados como preceptivos, pero no vinculantes, debiéndose emitir en el plazo de diez días hábiles [art. 80.1 y 2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPACAP)].

Una vez emitidos los informes correspondientes, procede dar trámite de audiencia al interesado, no solamente porque así lo exija el art. 19.2 RLCAP, sino porque lo contempla expresamente el art.82.1 de la LPACAP, que establece que instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, y éstos en un plazo no inferior a diez ni superior a quince días hábiles, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes (art. 82.2 en relación con el art. 30.2 LPACAP).

Una vez finalizado el trámite de audiencia al interesado, se procederá a dictar resolución en los términos establecidos por el art. 88 LPACAP, de tal forma que deberá contener la decisión motivada sobre la procedencia de imponer o no la prohibición de contratar, en cuyo caso podrá contener la aceptación de los informes que sirvan de motivación a la resolución y a los que anteriormente nos referíamos.

De igual forma, se trata de un acto administrativo que pone fin a la vía administrativa, por lo que, contra éste, cabe recurso contencioso-administrativo o recurso potestativo de reposición (art. 123 LPACAP). Cabe recordar que el establecimiento de prohibiciones de contratar no está contemplado dentro de las actuaciones y supuestos que permiten a los licitadores y contratistas acudir al recurso especial en materia de contratación (art. 44.2 LCSP).

Una vez resuelto el expediente de prohibiciones de contratar, la resolución o el acuerdo deberán ser remitidos para su inscripción en el Registro de Licitadores de

la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se encuentre la Administración de que se trate (art. 73.2 LCSP). La comunicación al Registro de Licitadores es un trámite indispensable pues los efectos de la prohibición de contratar se producen desde la fecha de inscripción en el Registro que corresponda (art. 73.3 LCSP), como más adelante veremos.

Finalmente, de conformidad con lo establecido por el art. 20 RLCAP, el acuerdo adoptado sobre prohibición para contratar, además de ser notificado al interesado, deberá publicarse en el Boletín Oficial del Estado si contiene una prohibición de carácter general para todas las Administraciones Públicas o en los respectivos diarios o Boletines oficiales a cuyo ámbito se circunscriba.

En cuanto al plazo máximo para resolver el expediente administrativo, de conformidad con la D.A.3ª del RLCAP, en relación con el art. 21.2 LPACAP, es de seis meses, a computar desde la fecha del acuerdo de iniciación (art. 21.3 LPACAP).

IV. ALCANCE, DURACIÓN MÁXIMA Y EFECTOS DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR

1. El dolo o mala fe y la entidad del daño causado a los intereses públicos como elementos de determinación de las prohibiciones de contratar

Uno de los elementos centrales sobre los que giran las prohibiciones de contratar es la obligatoriedad que se le impone al órgano de contratación de que fije el alcance y la duración de la prohibición de contratar, pero sin que el legislador fije con más precisión la fórmula más adecuada para ello, a pesar de la gran incidencia que tiene para las empresas que se ven sometidas a esta gravosa medida acordada por la Administración.

Así, la regulación actual de las prohibiciones de contratar en la LCSP guarda silencio sobre ello, limitándose a señalar que el alcance y la duración se determinarán de acuerdo con un procedimiento previo (art. 72.2 LCSP), pero sin añadir nada más sobre esta cuestión tan relevante y que es en realidad, el punto más importante a la hora de establecer adecuadamente las prohibiciones de contratar.

Algo más de luz nos arroja el art. 19 del RLCAP que en su apartado 4 nos indica que el alcance y la duración de la prohibición se determinará atendiendo, en su caso, a la existencia de dolo o manifiesta mala fe del empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos. Esa existencia de dolo o manifiesta mala fe, se conecta con el art. 71 LCSP que cuando determina las prohibiciones del apartado

segundo del art. 71 LCSP, también se refiere a la existencia de dolo, culpa o negligencia de los contratistas.

Por lo tanto, encontramos dos elementos de juicio sobre los que debe versar el informe técnico de valoración de la prohibición de contratar: de un lado, que el licitador o contratista hayan actuado con dolo o con manifiesta mala fe en el expediente de contratación que trae causa en la prohibición para contratar, y de otro, que se haya causado un daño a los intereses públicos como consecuencia de la actuación del licitador o contratista. Examinaremos a continuación estos elementos.

A la hora de valorar el dolo o la mala fe, debemos tener en cuenta que tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo, este elemento se atribuye como un factor de graduación de la prohibición de contratar y no como un requisito inexcusable para su imposición (STS de 18 de marzo de 2015, RJ 2015\2796).

Así se había indicado también por la Audiencia Nacional en su SAN de 10 de febrero de 2014, que señala que *“para imponer esta prohibición, es necesario que en el incumplimiento del contrato resuelto, haya concurrido dolo o mala fe por parte del contratista” (...)* pues la concurrencia de estas circunstancias modificativas de la cantidad de la prohibición, será necesario tenerlas en cuenta para graduar la extensión y duración de la prohibición de contratar” (Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2014, JUR 2014\53718).

En cuanto a qué significa que el licitador actúe con mala fe, es evidente que el RLCAP cuando se refiere a ésta, la emplea como contraposición a la buena fe que tantas veces emplea el Código Civil (en adelante CC) a lo largo de su articulado. Así, la mala fe se contrapone a la buena fe que recoge el art. 7.1 CC cuando indica que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, para a continuación ofrecer una definición algo más amplia señalando que todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Por su parte, respecto de la definición de dolo, tiene perfecto encaje en los supuestos que aquí examinamos, la que ofrece el propio Diccionario de la Real Academia Española, que en su tercera acepción lo define como *“en los actos jurídicos, voluntad maliciosa de engañar a alguien o de incumplir una obligación contratada”*.

En base a lo anterior, cabría concluir que existe dolo o mala fe cuando el licitador o el contratista, en el expediente de contratación del que trae causa el expediente de prohibición de contratar, ha actuado con una clara voluntad de incumplir algunas de las obligaciones que le venían impuestas por el Pliego de condiciones. Por

tanto, a la hora de graduar la sanción, debe observarse no sólo el incumplimiento del contratista, sino que éste sea intencionado. Además, dicha circunstancia debe poder desprenderse del expediente de contratación del que trae causa y no referirse a circunstancias del licitador ajenas a su actuación en ese concreto expediente.

Resaltamos la importancia de que el informe técnico se pronuncie sobre los elementos anteriores, debiendo ser lo más preciso posible a la hora de determinar el incumplimiento, pues tratándose de un procedimiento de restricción de derechos de los licitadores, la causa de prohibición de contratar debe quedar claramente reflejada en el expediente, en aras a la seguridad jurídica de los licitadores afectados por el procedimiento.

En definitiva, la jurisprudencia viene exigiendo un plus en el incumplimiento (STSJ de Murcia 747/2014 de 10 octubre. JUR 2015\5368) y para la valoración de estos aspectos, la casuística es fundamental, ya que habrá que determinar caso por caso si concurren estos elementos que la Ley exige.

En el mismo sentido, apunta la STSJ de Madrid 432/2006, de 5 de mayo, que una cosa es el incumplimiento de un contrato que da lugar a su resolución y otra la prohibición de contratar, pues *“una misma resolución de un contrato por causa imputable al contratista puede determinar o no, según las circunstancias que concurran en el caso, que se declare la prohibición de dicho contratista para contratar con la Administración, porque el contratista puede incumplir aquello a lo que está obligado y por esa causa resolverse el contrato pero lo anterior no significa ni implica necesariamente, que dicho contratista haya actuado con dolo o manifiesta mala fe”*, de tal forma que la diferente entidad y naturaleza de la prohibición de contratar y las causas de resolución *“imponen un análisis individualizado de los requisitos (...), verificando si concurren en cada caso, porque puede suceder que concurran los requisitos para declarar la resolución pero que al tiempo, no haya causa suficiente para declarar esa inhabilitación para contratar* (STSJ Madrid 432/2006 de 5 mayo, JUR 2006\201235).

Encontramos en la jurisprudencia un supuesto de existencia de dolo, referido a la retirada indebida de proposición o candidaturas en un procedimiento de adjudicación, cuando se aparta el licitador injustificadamente de la adjudicación: *“en esa mera opción de apartarse injustificadamente de la adjudicación está ya presente el elemento del dolo cualquiera que sea al móvil intencional que lo anime (estrategia industrial, evitación de riesgos económicos, etc.) y todo ello en tanto en cuanto representa una actuación contraria a las exigencias de la buena fe y de la vinculación a los propios actos”* (STSJ del País Vasco 151/2021 de 21 abril. JUR 2021\265537).

Por último, debemos indicar que en cuanto a la duración máxima de las prohibiciones de contratar, que se deberán fijar atendiendo a la graduación de los elementos anteriormente mencionados, se fija en tres años para los supuestos que aquí examinamos, de conformidad con lo establecido por el art. 72.6 LCSP, y que se

computarán desde la fecha de inscripción en el Registro correspondiente, de conformidad con lo dispuesto por el art. 73.3 LCSP.

2. La motivación y el principio de proporcionalidad

Como hemos puesto de manifiesto, la imposición de prohibiciones de contratar contiene unos requisitos para la tramitación del procedimiento que son diferentes de los previstos para la imposición de penalidades o resoluciones de los contratos administrativos previstos en la LCSP. Se trata de procedimientos que presentan una naturaleza distinta a éstos y por tanto, el enfoque desde el que articular estas prohibiciones de contratar también debe ser diferente.

Sin embargo, la falta de concreción de cuáles deben ser los criterios a tener en cuenta a la hora de imponer prohibiciones de contratar, dificulta enormemente el ámbito de actuación del órgano de contratación, que en un procedimiento cuasi-sancionador, debe ser especialmente riguroso a la hora de determinar el alcance y duración de las prohibiciones de contratar, teniendo en cuenta siempre dos elementos fundamentales en su imposición: la motivación de la imposición y el principio de proporcionalidad.

Respecto del primero de ellos, el art. 35.1.a) LPACAP establece que deben ser motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho, los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos. Evidentemente, nos encontramos ante un procedimiento limitador de derechos subjetivos, en tanto que la imposición de una prohibición de contratar afecta al derecho del licitador de poder concurrir a las licitaciones públicas dentro del ámbito territorial en el que se acuerde dicha prohibición. Por lo que la motivación debe ser especialmente exhaustiva en este caso.

Pero además, como señala la STSJ del País Vasco 151/2021, de 21 de abril (JUR 2021/265537), es fundamental la aplicación del principio de proporcionalidad, señalando respecto de las prohibiciones de contratar que *“habida cuenta de la naturaleza cuasi-sancionadora de las facultades ejercitadas, resulta plenamente asumible la exigencia de una motivación específica que satisfaga dicho principio general e implemente criterios de individualización y graduación de la responsabilidad y la sanción o medida de privación (...) El principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada”* (STSJ del País Vasco 151/2021 de 21 abril. JUR 2021\265537).

Por tanto, al encontrarnos ante un procedimiento cuasi-sancionador, resulta esclarecedora la configuración del principio de proporcionalidad en la potestad sancionadora de la Administración y recogido en la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), que en su art. 29 establece que “*en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:*

a) *El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.*

b) *La continuidad o persistencia en la conducta infractora.*

c) *La naturaleza de los perjuicios causados.*

d) *La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa”.*

En todo caso, resulta necesario que por parte de los diferentes órganos de contratación se fijen parámetros objetivos de determinación del grado de culpabilidad o existencia de intencionalidad que se va a tener en cuenta a la hora de imponer las sanciones, así como de la naturaleza de los perjuicios causados, precisamente porque son éstos los elementos objetivos que nos exige el art. 19.4 RLCSP: existencia de dolo o manifiesta mala fe del empresario y la entidad del daño causado a los intereses públicos.

Precisamente, porque como apunta GIMENO FELIU, en las decisiones contractuales se debe respetar el principio de proporcionalidad, que desde la perspectiva del derecho europeo exige que los actos de los poderes públicos no rebasen los límites de lo apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, de tal forma que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos (sentencias de 13 de noviembre de 1990, Fedesa y otros, C-331/88, apartado 13, de 5 de octubre de 1994, entre otras). Y que, por tanto, este principio de proporcionalidad obliga al órgano competente a adoptar la decisión más respetuosa con los diferentes intereses en juego. Por último, el principio de proporcionalidad se configura “*como una herramienta que genera argumentación y fomenta una mayor racionalidad y coherencia en las decisiones adoptadas por los poderes públicos en el ejercicio de las potestades que tienen conferidas*”¹⁰.

¹⁰ GIMENO FELIU, J.M., “El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, en la *Revista General de Derecho Administrativo* n°59, Iustel, 2022.

3. La formulación de criterios objetivos para la determinación del alcance y duración de las prohibiciones de contratar

En los supuestos que aquí examinamos, resulta aconsejable que la definición de criterios objetivos para la graduación de la imposición de prohibición de contratar se realice con anterioridad al establecimiento de ésta, a fin de que el órgano de contratación pueda otorgar seguridad jurídica a los licitadores y garantizar el principio de proporcionalidad en su imposición.

Precisamente, porque en el apartado segundo del art. 71 LCSP se recogen diferentes supuestos que pueden dar lugar a la imposición de prohibiciones de contratar pero que no pueden ser entendidas como igualmente gravosas para la Administración. Para ello, cabe la posibilidad de establecer una escala de graduación del alcance y duración de las prohibiciones de contratar similar a la de los procedimientos sancionadores, a través de una calificación de éstas como leves, graves o muy graves, de tal forma que se podrían imponer las consecuencias más gravosas (extensión del ámbito a la totalidad del sector público y una duración de tres años) a los incumplimientos que se califiquen como graves o muy graves, dejando las consecuencias menos gravosas (ámbito territorial del órgano competente y duración de la prohibición por debajo del año) para los incumplimientos leves.

En cuanto a la clase de incumplimientos que recoge el apartado segundo del art. 71 LCSP y su gravedad, cabe señalar, respecto del primero de ellos, esto es, la retirada indebida de la proposición o candidatura o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no aportar la documentación exigida en el apartado 2 del artículo 150 LCSP, que éste no impide que la Administración pueda adjudicar ese mismo contrato a otro licitador, por lo que el daño causado a los intereses públicos es menor, que el daño que se produce en el resto de supuestos del art. 71.2 LCSP y por tanto, la imposición de prohibición de contratar debe ser menos gravosa que la correspondiente a aquellos.

Por su parte, el supuesto segundo relativo a haber dejado de formalizar el contrato en los plazos previstos por el art. 153 LCSP, en este caso concurre un perjuicio mayor para la Administración que no puede adjudicar el contrato a otro licitador, sino que tiene que licitar nuevamente el contrato administrativo de que se trate. Habría, por tanto, una consecuencia más gravosa para la Administración. Sin embargo, la no formalización del contrato ocurre con anterioridad a la ejecución del contrato administrativo, por lo que en la mayoría de los casos no habrá transcurrido excesivo tiempo para la ejecución de la obra o un desmesurado retraso en los plazos de adjudicación y ejecución en el caso de que dicho contrato dependa de una subvención permitiendo que se realice una nueva licitación en un plazo breve de tiempo. Por

ello, podrá considerarse como un incumplimiento leve o grave atendiendo al resto de circunstancias concurrentes en el caso.

El tercero de los supuestos, esto es el incumplimiento de las condiciones esenciales del contrato, incluyendo condiciones especiales de ejecución, requiere que haya dado lugar a la imposición de penalidades o indemnización de daños, por lo que es evidente que la imposición de prohibición de contratar en este supuesto deberá tener la consideración de grave o muy grave, para lo cual habrá que atender a los daños y perjuicios que el licitador se haya visto obligado a requerir al licitador. Además, también deberá ponderarse el grado de ejecución del contrato, por ejemplo, si la ejecución ha sido absolutamente defectuosa.

En cuarto lugar, haber dado lugar a una resolución culpable del contrato, incluyendo las resoluciones por incumplimiento culpable del contratista de las obligaciones esenciales de los pliegos. Nuevamente, en este caso, el incumplimiento debería ser considerado como grave o muy grave, para lo cual se podría atender al tipo de incumplimiento que haya dado lugar a la resolución del contrato, dependiendo del tipo de contrato de que se trate, si ha ocasionado la pérdida de subvenciones por los retrasos en la ejecución del mismo, si ha retrasado considerablemente la posibilidad de que se proceda a una nueva licitación, si ha sido necesario, en el caso de los contratos de obra, que se realice un proyecto de obras nuevo relativo a la terminación de la obra que no haya sido finalizada por el contratista, etc.

Como puede observarse, se trata de una casuística muy variada en la que resulta fundamental tanto la figura del Director Facultativo en los contratos de obras como del responsable del contrato en los demás contratos, pues es esencial que éste deje constancia de todas las incidencias que se pongan de manifiesto a lo largo de la vida de éstos, precisamente porque será esta información la que nos permita determinar el cumplimiento de los requisitos para la imposición de las prohibiciones de contratar aquí examinadas.

No se pretende en ningún caso articular de forma exhaustiva toda la casuística que pueda presentarse a la hora de imponer las prohibiciones de contratar, pero sí hacer ver a los órganos de contratación la importancia de definir un adecuado sistema de graduación de incumplimientos y consecuencias derivadas de éstos, a fin de ser plenamente respetuosos con el principio de proporcionalidad y ser plenamente respetuosos con la seguridad jurídica de los licitadores que contraten con la Administración.

4. Buenas prácticas en la determinación de criterios de determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Siendo conscientes de la dificultad a la hora de articular las prohibiciones de contratar, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante CNMC) dictó la Comunicación 1/2023, de 13 de junio, sobre criterios para la determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia (BOE nº 155, de 30 de junio de 2023), precisamente, porque como indican en el planteamiento de la misma *“atendiendo a la experiencia adquirida, esta Comisión considera oportuno publicar los criterios que guiarán su actuación de cara a la fijación de la duración y alcance de la prohibición de contratar en aquellos expedientes sancionadores que proceda a su establecimiento, proporcionando así la necesaria seguridad jurídica a los operadores y garantizando la transparencia en la actuación administrativa”*. Así, indica que *“la aplicación práctica de los criterios que aquí se enuncian habrá de garantizar el necesario equilibrio entre los principios de disuasión, eficacia y proporcionalidad, atendiendo también al adecuado examen del impacto de las medidas adoptadas en los mercados afectados por las conductas. El citado principio de proporcionalidad aconseja que la CNMC no conciba la prohibición de contratar de una manera indiscriminada. No hay que olvidar que la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia puede reducir, o incluso eliminar en los casos más extremos, la competencia en el mercado”*.

Si bien es cierto que esta Comunicación de la CNMC se circunscribe al ámbito de las prohibiciones de contratar por falseamiento de la competencia que se recogen en el art. 71.1.b) LCSP y que escapan del ámbito de este trabajo, nos permite conocer los criterios seguidos por aquella para la imposición de estas prohibiciones y puede servir como referencia a los órganos de contratación que se vean en la necesidad de proceder a la imposición de las prohibiciones de contratar previstas en el apartado segundo del art. 71 LCSP.

Así, en el apartado 4.2, denominado *“Parámetros para determinar el «alcance» y «duración» de la prohibición”*, en el párrafo 33 establece que *“la duración de la infracción: esta constituye una circunstancia objetiva que debe orientar la determinación de la duración de la prohibición. Es posible establecer una regla de proporcionalidad entre la duración de la infracción cometida y la duración de la prohibición de contratar”*.

Por su parte, el párrafo 34 establece sobre la gravedad de la infracción que *“cabe considerar aquí si la infracción de la Ley de Defensa de la Competencia ha sido grave o muy grave. A mayor gravedad, mayor duración. (...) Un factor relevante aquí será también la naturaleza de la infracción. Así, por ejemplo, en el ámbito de una infracción de colusión en procedimientos periódicamente licitados por la Administración será importante considerar la frecuencia de las licitaciones, de forma que, a menor frecuencia de licitaciones, mayor duración de la prohibición para que la misma*

sea disuasoria. También podrá tomarse como referencia, en el caso de que la infracción se instrumente a través de uniones temporales de empresas que concurran a los procedimientos, la participación de cada sujeto infractor en el ilícito”.

O por ejemplo, a la hora de considerar si procede o no la aplicación de la exención de prohibición de contratar por el programa de clemencia o *self-cleaning*, que *“para que sean verdaderamente efectivos, los programas de cumplimiento deben garantizar, a través del establecimiento claro de parámetros de conducta y de la puesta en práctica de medidas organizativas para su desarrollo, la existencia de un verdadero compromiso de cumplimiento que se traslade al proceso de toma de decisiones cotidianas, tanto de las personas físicas que, en nombre o representación de la empresa, participan en la actividad, como del conjunto de trabajadores de la empresa, permitiendo que, desde el ámbito de sus propias funciones, detecten o prevengan prácticas restrictivas de la competencia”.*

Esta forma de actuar por parte de la CNMC dando a conocer los criterios a seguir para la imposición de las prohibiciones de contratar del ámbito de su competencia, es un ejemplo a seguir por los órganos de contratación a la hora de determinar las prohibiciones de contratar aquí examinadas.

5. Efectos de la prohibición de contratar

De conformidad con lo dispuesto por el art. 73.3 LCSP, los efectos de la prohibición de contratar se producirán desde la fecha de inscripción en el Registro correspondiente y afectarán al ámbito del órgano de contratación competente para su declaración, que en los supuestos aquí examinados se circunscribiría al de la entidad que resuelve el expediente de prohibición de contratar.

No obstante, y siempre que previamente se hayan extendido al correspondiente sector público territorial, los efectos de las prohibiciones de contratar se podrán extender al conjunto del sector público. Esta extensión se realizará por el Ministerio de Hacienda y Función Pública, previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado y a solicitud de la Administración correspondiente (art. 73.1 LCSP).

Sobre los efectos que se derivan de la prohibición de contratar, es reiterada jurisprudencia que éstos solo se producen, y la limitación solo es ejecutiva desde el momento en el que se concreta el alcance y duración de la prohibición, bien en la propia resolución sancionadora, bien a través de un procedimiento correspondiente con la posterior inscripción en el Registro (por todas, STS 1419/2021, de 1 de diciembre y STS 377/2022, de 28 de marzo), de tal forma que, si se resuelve un expediente de prohibición de contratar sin que se indique el alcance y duración del mismo, carecerá de eficacia ejecutiva hasta que exista un pronunciamiento expreso de estas cuestiones.

En cuanto a la eficacia retroactiva de las prohibiciones de contratar, los Tribunales de Recursos Contractuales, han venido señalando que no cabe apreciar efectos retroactivos a la prohibición de contratar, pues éstos “*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. La prohibición de contratar, con independencia de las causas comprendidas en el artículo 60 del TRLCSP, implicará que el empresario no puede resultar adjudicatario de nuevos contratos posteriores a la misma, al carecer de aptitud para contratar (artículo 54 del TRLCSP)*”. En consecuencia, considero que las prohibiciones de contratar no despliegan efectos retroactivos, sino pro futuro, y la circunstancia de que el adjudicatario incurra de forma sobrevenida en prohibición de contratar no afecta a la validez de los contratos ya celebrados y que se encuentren en fase de ejecución, pues las condiciones de aptitud del contratista se exigen al tiempo de perfeccionarse el contrato, y sólo si en ese momento no concurren puede apreciarse causa de invalidez contractual (artículo 39.2.a) de la LCSP)” (por todas, Resolución TARC 1289/2022)”.

Por supuesto, que el empresario se encuentre incurso en alguna prohibición de contratar conlleva la nulidad de pleno derecho del contrato administrativo, de conformidad con lo establecido por el art. 39.2.a) LCSP, pues de conformidad con lo dispuesto por el art. 65.1 LCSP, sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas que no estén incurso en alguna prohibición de contratar.

Sin embargo, la concurrencia en un licitador de una prohibición de contratar una vez se haya perfeccionado un contrato con la Administración, no afecta a la validez de dicho contrato administrativo.

V. EL MECANISMO DE AUTOCORRECCIÓN O “SELF-CLEANING” EN LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR

Una de las novedades más significativas que introdujo la LCSP en relación con las prohibiciones de contratar es la articulación de una técnica de *compliance* cuyo objetivo es permitir que se levante la prohibición de contratar impuesta por una Administración¹¹ denominada self-cleaning o procedimiento de redención¹² y que son medidas en las que el denominador común es que el licitador pueda restaurar su honorabilidad y fiabilidad¹³.

¹¹ VV.AA., *Op. Cit.*, p. 275.

¹² MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Concesiones públicas y corrupción. Medidas para proteger la integridad en los contratos concesionales” en J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (Coord.) *La gestión de los servicios públicos locales*, El Consultor de los Ayuntamientos, Barcelona, 2018.

¹³ CARPINTERO RODRÍGUEZ, A., “El reconocimiento de la posibilidad de justificación de la fiabilidad del licitador en los casos de prohibiciones de contratar de apreciación directa”, en *Actualidad Administrativa*, N° 3, marzo 2023, LA LEY.

Así, nos encontramos con que el art. 72.5 LCSP establece que no procederá declarar la prohibición de contratar cuando en el trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona que haya sido declarada en situación de prohibición de contratar acredite:

- El pago o compromiso de pago de las multas o indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución.

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

Además, también se contempla la posibilidad de que la prohibición de contratar pueda ser revisada en cualquier momento de su vigencia, siempre que se acredite por la persona declarada en prohibición de contratar los extremos anteriores. En todo caso, el órgano competente para conocer de la revisión será el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar.

Esta regulación viene a recoger lo que ya establecía el considerando 102 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública, al contemplar la posibilidad de que *“los operadores económicos adopten medidas de cumplimiento destinados a reparar las consecuencias de las infracciones penales o las faltan que hayan cometido y a prevenir eficazmente que vuelvan a producirse las conductas ilícitas”*.

Como señala el Informe 3/2021, de 10 de junio, de la Junta Consultiva de Canarias, el procedimiento de prohibiciones de contratar *“tiene por objeto, además, realizar una valoración prospectiva sobre un licitador-operador económico, pues, aunque éste se halle en causa de prohibición, tiene derecho a probar su fiabilidad para las futuras licitaciones, de ahí que la actual LCSP transponga el mecanismo de autocorrección llamado “self-cleaning”, previsto en las directivas comunitarias”*.

Así, señala el art. 57.6 de la Directiva 2014/24/UE que *“todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad prese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente”*. Asimismo, señala que *“las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión”*.

Cabe señalar, por tanto, que esta normativa europea reconoce el derecho de los operadores económicos, a que si adoptan medidas destinadas a reparar las con-

secuencias de las faltas cometidas y previenen eficazmente que vuelvan a producirse este tipo de conductas, no procede la exclusión del licitador¹⁴.

Sin embargo, han matizado los Tribunales de Justicia que esta posibilidad de autocorrección no constituye un derecho absoluto a evitar o levantar la prohibición bastando cualquier alusión realizada en el trámite de audiencia, sino que “*queda referida a unos conceptos indeterminados pero objetivamente delimitados, como son las correcciones mediante medidas técnicas, organizativas y de personal, que no podrán ser evaluados por la Administración si no se desarrollan y proponen, o si, en sí mismos, no guardan conexión ni se atienen al supuesto legal en que se ha incurrido*” (STSJ del País Vasco 151/2021 de 21 abril. JUR 2021\265537).

Sobre la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, que son las que podrían ser puestas de manifiesto por el licitador en el trámite de audiencia del procedimiento de prohibición de contratar, o tras la solicitud de revisión por éste, apunta GÓMEZ FARIÑAS que estas medidas son costosas tanto en términos económicos como estructurales, por lo que servirían para poner en evidencia la firme voluntad de la empresa de dejar atrás todo atisbo de tacha y avanzar en el camino de la integridad, siendo el ejemplo más claro como plan de acción para satisfacer esta exigencia los *Compliance Programs* o programas de cumplimiento, que aglutinan un amplio espectro de medidas preventivas y funcionan como un instrumento de *autorregulación* dirigido a evitar cualquier tipo de incumplimiento, si bien la implantación del programa dependerá de la gravedad de la infracción¹⁵.

Es importante que a la hora de que el órgano de contratación valore las medidas presentadas y adoptadas por la empresa, se tengan unos criterios claros que doten de transparencia y seguridad jurídica a los operadores económicos y de esta forma puedan conocer la forma en la que se van a valorar las medidas adoptadas por éstos, precisamente porque si las adoptan adecuadamente, no puede ser impuesta la prohibición de contratar, al atentar contra el principio de proporcionalidad, que juega un papel clave en relación con este ámbito¹⁶.

En este sentido, se ha señalado por la doctrina que el art. 72.5 LCSP exige que concurra un triple requisito¹⁷:

¹⁴ CASTIÑEIRA PIÑEIRO, J.C., “La aptitud de los adjudicatarios”, en *El Consultor de los Ayuntamientos* N°23, 15-29 diciembre de 2017, Wolters Kluwer.

¹⁵ GÓMEZ FARIÑAS, B., “Las medidas de self-cleaning: un análisis desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, en la *Revista General de Derecho Administrativo*, n°48, Iustel, 2018.

¹⁶ GÓMEZ FARIÑAS, B., *Op. Cit.*

¹⁷ CANALES GIL, A., HUERTA BARAJAS, J.A., CANALES MENÉS, P. y HUERTA MÉRIDA, C., *Aclaraciones a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público: enfoque científico-práctico*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2022, p. 323.

Que deba existir una relación directa y patente entre la conducta sancionada y la finalidad de las medidas que se hayan adoptado.

Que las medidas adoptadas deban ser posteriores a la comisión de la infracción sancionada, debiendo existir un marco temporal de aplicación de cada una de las medidas.

Que se deberá acreditar la aplicación efectiva de estas medidas, sin que resulte suficiente una mera y simple afirmación de haberse adoptado éstas o que se vayan a adoptar en el futuro, pero sin soporte documental alguno de las medidas o comportamientos esperables que implican el cumplimiento de la legalidad vigente.

No olvidemos que está en juego la exclusión de los licitadores de las contrataciones públicas durante un determinado periodo de tiempo, por lo que se debe ser igualmente cauteloso en la imposición de las prohibiciones de contratar como en el levantamiento de éstas, cuando así lo imponga la naturaleza de este particular procedimiento de self-cleaning.

VI. CONCLUSIONES

En numerosas ocasiones, las Administraciones Públicas se ven obligadas a aceptar una y otra vez en sus licitaciones a contratistas con los que han tenido malas experiencias en contratos anteriores con éstos, pero con los que deben seguir contratando, al no haberse adoptado por esa Administración las medidas necesarias para impedir que esto siga sucediendo.

Es por ello, que a lo largo del presente trabajo se ha pretendido exponer de la forma más sistemática posible cómo deben actuar y como debe articularse el procedimiento a seguir por parte de la Administración para imponer prohibiciones de contratar acordes a cada incumplimiento que se encuentren en sus relaciones con los contratistas, garantizando así el pleno respeto al interés público al que se encuentra sujeta la Administración.

Asimismo, se han mostrado ejemplos de cómo se están interpretando estas prohibiciones por parte de la jurisprudencia y como se están llevando a cabo estos procedimientos por parte de otras Administraciones, como es el caso de la CNMC.

Se trata, en definitiva, de facilitar el uso de un mecanismo de reacción que prevé nuestra actual LCSP pero que, en ocasiones, bien por falta de experiencia previa, bien por falta de seguridad jurídica a la hora de iniciar estos expedientes, finalmente no se emplea en aquellos casos en los que es realmente necesario y en los que realmente la actuación de los licitadores está siendo especialmente gravemente dañosa para los intereses de la Administración.

Esperamos que esta breve guía de aplicación de las prohibiciones de contratar permita acercar esta figura en exceso desconocida y que permita dotar de mayores medios a las Administraciones para la correcta ejecución de sus contratos públicos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BERMEJO VERA, “Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° Extra 10, 2008, p. 109-140.

CANALES GIL, A. y HUERTA BARAJA, J.A., “Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, Ed. Boletín Oficial del Estado, 2018.

CANALES GIL, A., HUERTA BARAJAS, J.A., CANALES MENÉS, P. y HUERTA MÉRIDA, C., “Aclaraciones a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público: enfoque científico-práctico”, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2022.

CARPINTERO RODRÍGUEZ, A., “El reconocimiento de la posibilidad de justificación de la fiabilidad del licitador en los casos de prohibiciones de contratar de apreciación directa”, *Actualidad Administrativa*, N° 3, marzo 2023, LA LEY.

CASTIÑEIRA PIÑEIRO, J.C., “La aptitud de los adjudicatarios”, *El Consultor de los Ayuntamientos* N°23, 15-29 diciembre de 2017, Wolters Kluwer.

GARCÍA MELIÁN, J.C., “Un recorrido en imágenes sobre las prohibiciones de contratar”, *Contratación Administrativa Práctica* n°176, noviembre-diciembre 2021, Wolters Kluwer.

GIMENO FELIU, J.M., “El necesario big bang en la contratación pública: hacia una visión disruptiva regulatoria y en la gestión pública y privada, que ponga el acento en la calidad”, *Revista General de Derecho Administrativo* n° 59, Iustel, 2022.

GÓMEZ FARIÑAS, B., “Las medidas de self-cleaning: un análisis desde la perspectiva del principio de proporcionalidad”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n°48, Iustel, 2018.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., “Concesiones públicas y corrupción. Medidas para proteger la integridad en los contratos concesionales” en J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ (Coord.) *La gestión de los servicios públicos locales*, El Consultor de los Ayuntamientos, Barcelona, 2018.

MEDINA ARNÁIZ, T., “Las prohibiciones de contratar en el Derecho de la Unión Europea”, Tesis doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Burgos, 2015.

MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., “Prohibiciones de contratar” en “*La nueva Ley de Contratos del Sector Público*”, Ed. La Ley, 2009.

VV.AA. “*Guía de integridad en la contratación pública local*”, Ed. Federación Española de Municipios y Provincias, 2019.