

**La prohibición de contratar con el sector público
por falseamiento de la competencia.¹**

Alejandro Huergo Lora
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oviedo

RESUMEN:

A partir de la reforma operada por la Ley 40/2015, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público prohíbe contratar con el sector público a las empresas a las que se haya impuesto una sanción firme por infracción grave por falseamiento de la competencia. El trabajo analiza esta prohibición de contratar y su regulación en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público: los parámetros que derivan de la Directiva 2014/14/UE, su ámbito de aplicación, su naturaleza y las consecuencias que de ella se derivan, el procedimiento dirigido a su aplicación (con especial atención a la posibilidad de que la CNMC imponga directamente la prohibición), la duración de la prohibición y la posibilidad de que la empresa sancionada eluda la prohibición de contratar cumpliendo las condiciones legalmente exigidas o participando en el programa de clemencia de la CNMC.

ABSTRACT:

¹ Este trabajo se enmarca en los proyectos de investigación FC-15-GRUPIN14-039, financiado por el Principado de Asturias (Consejería de Economía y Empleo), y DER2014-59595-P, del Ministerio de Economía y Competitividad, y tiene su origen en las ponencias que sobre este tema presenté en las “IX Jornadas Nacionales de Competencia” (Bilbao, octubre de 2016) y en la Fundación FIDE (Madrid, enero de 2017). Agradezco a los organizadores la invitación a participar en ambas actividades, moderadas por la Consejera de la CNMC María Ortiz Aguilar. También agradezco al profesor Francisco Marcos sus observaciones al borrador del trabajo.

The Act 14/2015 reforms the consolidated text of the Act about contracting in the public sector, stating that the operators that have been punished for severe competition distortion, may not enter into contracts with the public sector. This article deals with this exclusion ground (both in the Act in force and in the draft of the new Act on public procurement): the frame set by the Directive, what is to be understood under “competition distortion”, whether this exclusion amounts to an administrative penalty, procedural matters (i.e. whether the Spanish competition authorities may impose the debarment themselves), and the right to avoid the exclusion through the adoption of compliance measures or the participation in a leniency program.

PALABRAS CLAVE:

Contratos públicos

Prohibiciones de contratar

Falseamiento de la competencia

Sanciones administrativas

KEYWORDS:

Public procurement

Exclusion grounds (debarment)

Competition distortion

Administrative penalties

1. Introducción.

Entre las importantes novedades que la Ley 40/2015 ha introducido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) se encuentra

la prohibición de contratar con el sector público impuesta a las personas que hayan sido sancionadas por infracciones graves por falseamiento de la competencia [art. 60.1.b)]. Se trata de una medida potencialmente muy importante porque para muchas empresas resulta esencial el acceso a la contratación pública, de modo que esta prohibición puede ser, para ellas, tanto o más disuasoria que las propias multas.

De todas formas, ni la norma era estrictamente necesaria para que las empresas sancionadas por infracciones en materia de competencia tuviesen vedado el acceso a la contratación pública, ni se ha incorporado completamente la Directiva 2014/25 (pese a que tal era la intención y desde luego la obligación del legislador), ni la vía elegida asegura una fácil y rápida aplicación del precepto. En estos momentos (enero de 2017) se tramita en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, a cuyas previsiones, que apenas introducen variaciones respecto al texto vigente, también se prestará atención.

La legislación española contiene una lista muy larga de prohibiciones de contratar, cuya aplicación práctica parece muy escasa. En el caso concreto de la prohibición por falseamiento de la competencia, se unen las alabanzas a su incorporación, como un mecanismo que puede ser útil para dotar de eficacia al Derecho de la competencia, con los temores a que su aplicación “ciega” pueda reducir la competencia en determinados mercados o incluso privar a la Administración de licitadores.² De ahí que sea relevante determinar en qué medida se puede flexibilizar la aplicación de la prohibición de contratar.

² RECUERDA GIRELA (2016:132) habla del “efecto de cierre del mercado que se puede producir si la prohibición afectase a un elevado número de empresas de un sector”. Con todo, este efecto puede no ser tan temible como puede parecer, entre otras cosas porque nos encontramos (al menos teóricamente) en un mercado abierto europeo en el que la exclusión de operadores nacionales puede facilitar la llegada de otros europeos.

2. La novedad incorporada por la Ley 40/2015.

La nueva redacción del art. 60.1.b) TRLCSP, introducida por la Disposición Final 9ª de la Ley 40/2015, dispone lo siguiente:

“No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 [*es decir, todas las del sector público, no sólo Administraciones Públicas*] de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 61 bis, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

b) Haber sido **sancionadas** con carácter **firme** por **infracción grave** en materia profesional, **de falseamiento de la competencia**, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; por infracción muy grave en materia medioambiental, de acuerdo con lo establecido en la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental; en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres; en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases; en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación; o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto.”

El legislador no ha reformado la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y su catálogo de sanciones, lo que habría permitido que las autoridades de competencia pudieran imponer directamente, como sanción, la prohibición temporal de contratar con el sector público (como sucede en materia tributaria o de subvenciones, donde la Administración impone directamente, como sanción, la prohibición de contratar, fijando su duración dentro del máximo fijado en la norma), sino que, sin tocar la LDC, ha modificado el TRLCSP para que las

sanciones impuestas por las autoridades de competencia provoquen, como consecuencia añadida (y distinta), una prohibición de contratar.³

La nueva redacción de los artículos 60, 61 y 61 *bis* entró en vigor a los 20 días de su publicación (se publicó el 2 de octubre de 2015), de acuerdo con la Disposición Final 18ª (apartado 1) de la Ley 40/2015.

Esta prohibición de contratar se aplica a los expedientes de contratación iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, entendiendo por iniciación la publicación de la convocatoria o (en el caso de los procedimientos negociados) la fecha de aprobación de los pliegos (Disposición Transitoria 4ª Ley 40/2015). Por lo tanto, en todos ellos se podrá excluir a las personas afectadas por esta prohibición de contratar.

3. Los parámetros derivados del Derecho comunitario.

El Derecho europeo es muy relevante en esta materia porque las causas de exclusión (que es como denominan las Directivas a las prohibiciones de contratar) han sido armonizadas en el sentido de que *sólo pueden incluirse en la legislación de los Estados miembros aquellas causas que hayan sido previstas en el Derecho comunitario*. Los Estados miembros no pueden restringir la competencia mediante la previsión de causas de exclusión (o prohibiciones de contratar) no previstas en las Directivas.⁴

³ Más adelante se analizará si la prohibición de contratar puede ser declarada por la propia CNMC o debe tramitarse un procedimiento adicional.

⁴ La conclusión es clara en la jurisprudencia del TJ: “Así, como observa de manera pertinente la Comisión de las Comunidades Europeas, la propia disposición examinada establece los únicos límites de la facultad de los Estados miembros, en el sentido de que éstos *no pueden establecer causas de*

Una mínima excepción a esta regla aparece en la sentencia 16 de diciembre de 2008 (*Michaniki*, C-213/07, ECLI:EU:C:2008:731, número 43-44)⁵, aunque referida a prohibiciones de contratar o causas de exclusión que intentan salvaguardar la igualdad de oportunidades (en aquel supuesto era una norma que impedía que contratistas de la Administración tuvieran medios de comunicación), no a otras que, como las que aquí nos ocupan, pretenden añadir fuerza disuasoria a las sanciones por infracción del Derecho de la competencia.

La limitación -derivada del Derecho comunitario- al poder de los Estados miembros de introducir prohibiciones de contratar a voluntad, no supone un problema para la concreta prohibición que estamos estudiando, porque ésta tiene un fundamento expreso en la Directiva 2014/24/UE, que regula la cuestión, bajo la denominación de “causas de exclusión”, en su artículo 57.⁶ Dicho precepto establece causas de exclusión obligatorias (es decir, que los Estados miembros están obligados a imponer en sus legislaciones, cerrando el paso a la contratación a las empresas

exclusión que no sean las indicadas en dicha norma” (Sentencia 9 de febrero de 2006, *La Cascina*, C-226/04 y C-228/04, ECLI:EU:C:2006:94, número 22).

⁵ “Por consiguiente, debe interpretarse que el artículo 24, párrafo primero, de la Directiva 93/37 enumera de manera exhaustiva las causas que pueden justificar la exclusión de un contratista de la participación en un contrato por razones basadas en datos objetivos y relacionadas con sus cualidades profesionales. Por lo tanto, **impide que los Estados miembros o las entidades adjudicadoras puedan completar la lista que consta en su texto mediante la adición de otras causas de exclusión** basadas en criterios relacionados con la aptitud profesional (véase, por analogía, la sentencia *La Cascina* y otros, antes citada, apartado 22).

Sin embargo, la enumeración exhaustiva que figura en el artículo 24, párrafo primero, de la Directiva 93/37 no excluye la facultad de los Estados miembros de mantener o de adoptar normas materiales para garantizar, en particular, que se respeta, en el sector de los contratos públicos, tanto el principio de igualdad de trato como el consiguiente principio de transparencia, que vinculan a las entidades adjudicadoras en todos los procedimientos de adjudicación de estos contratos (véanse, en este sentido, las sentencias *ARGE*, antes citada, apartado 24, y de 16 de octubre de 2003, *Traunfellner*, C 421/01, Rec. p. I 11941, apartado 29).”

⁶ Ese régimen es aplicable a los contratos celebrados por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales en los términos del artículo 80 de la Directiva 2014/25/UE.

afectadas por ellas) y otras facultativas (es decir, que los Estados miembros pueden *permitir* en sus legislaciones), cerrando por tanto el paso a nuevas causas de exclusión que la Directiva no prevea ni como obligatorias ni como facultativas.⁷

La comisión de infracciones en materia de competencia no está en la lista de las causas de exclusión *obligatorias* del artículo 57.1, aunque sí en la lista de las causas de exclusión *voluntarias* para los Estados del artículo 57.4. La Directiva no exige a los Estados miembros que prohíban contratar con empresas que hayan sido sancionadas por infracciones al Derecho de la competencia, pero lo **permite**. Así, por un lado, se mantiene la causa de exclusión por “falta profesional grave” [art. 57.4.c)] que, cuando el Estado miembro decide aplicarla, puede incluir conductas contrarias al Derecho de la competencia, tal como ha dicho el TJ (*supra*). Por otro lado, se incorpora una nueva causa [art. 57.4.d)], referida directamente al Derecho de la competencia: “Cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia”. Todavía no hay jurisprudencia del TJ sobre su aplicación. En todo caso, queda claro que el Derecho comunitario presta cobertura a una prohibición de contratar como la que contiene el art. 60.1.b) TRLCSP, referida a las empresas que hayan sido objeto de sanción por falseamiento de la competencia.

Hasta la reforma introducida por la Ley 40/2015, el precepto concordante del TRLCSP [art. 60.1.c)] prohibía contratar con el sector público a las personas

⁷ Este problema puede plantearse, sobre todo, a propósito de prohibiciones de contratar establecidas como penas en el CP y carentes de soporte en el artículo 57 de la Directiva. La lista de prohibiciones del actual artículo 60 del TRLCSP se ha elaborado a partir de la Directiva, pero no puede decirse lo mismo del CP, que utiliza la prohibición de contratar como una de las penas aplicables a las personas jurídicas cuando cometan prácticamente cualquier delito de los que pueden serles imputados, con independencia de si la Directiva contempla ese delito como una posible causa de exclusión.

sancionadas con carácter firme por infracción grave “en materia de disciplina de mercado” y “en materia profesional”, entre otras.

Aunque se suscitaron dudas sobre si esa redacción incluía las infracciones en materia de defensa de la competencia (que llevaron a no aplicarla a estos supuestos, de forma que la posibilidad de aplicar prohibiciones de contratar como consecuencia de la imposición de sanciones en materia de competencia se presenta como una novedad)⁸, lo cierto es que el concepto de sanciones “en materia profesional” aparece también en el Derecho comunitario [art. 45.2, letras *c*) y *d*), de la Directiva 2004/18, y 57.4.c) de la Directiva 2014/24] y el Tribunal de Justicia (TJ) ha dicho que incluye las infracciones en materia de defensa de la competencia [Sentencia TJ de 18 de diciembre de 2014 (asunto C-470/13, *Generali*, ECLI:EU:C:2014:2469)].⁹ En la doctrina encontramos manifestaciones favorables a la inclusión de las sanciones

⁸ Un Informe de la Abogacía del Estado de 17 de marzo de 2008 (referencia “A.G. Entes Públicos 14/08”) sostiene que la prohibición de contratar a las empresas sancionadas “por infracción grave *en materia de disciplina de mercado*” no incluye las sanciones por infracciones previstas en la Ley de Defensa de la Competencia, basándose fundamentalmente en los antecedentes del precepto y en el significado del concepto “disciplina de mercado”, ligado, en líneas generales, a la defensa de los consumidores. No se analiza, sin embargo, el concepto de infracción “en materia profesional”, que es donde el TJ sostiene que sí caben las sanciones en materia de defensa de la competencia.

⁹ Es claro el pronunciamiento del párrafo 35: “A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que el concepto de «falta en materia profesional», en el sentido de este último precepto, abarca cualquier comportamiento que incurra en culpa y que afecte a la credibilidad profesional del operador económico en cuestión, y no sólo, en sentido estricto, las infracciones de las normas deontológicas de la profesión a que pertenece dicho operador (véase, en este sentido, la sentencia *Forposta y ABC Direct Contact*, EU:C:2012:801, apartado 27). Dadas las circunstancias, procede considerar que *la comisión de una infracción contra las normas sobre competencia, especialmente si la infracción se ha sancionado con una multa, constituye una causa de exclusión comprendida en el artículo 45, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18.*”

En el mismo sentido, en el párrafo 37: “Por otro lado, *el considerando 101 de la Directiva 2014/24*, adoptada con posterioridad a las fechas en que se produjeron los hechos del litigio principal, al señalar que los poderes adjudicadores *han de tener la posibilidad de excluir a los operadores económicos, en particular por faltas profesionales graves, como infracciones de las normas sobre competencia*, teniendo en cuenta que tales faltas pueden poner en tela de juicio la integridad de un operador económico, muestra que la causa de exclusión mencionada en el apartado 35 de la presente sentencia se considera justificada desde el punto de vista del Derecho de la Unión. Además, el artículo 57, apartado 4, letra d), de dicha Directiva establece de forma clara y precisa dicha causa de exclusión.”

impuestas en aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, como sanciones “en materia profesional”.¹⁰

Por lo tanto, ya antes de la reforma existía base jurídica para entender que la imposición de una sanción por infracción grave o muy grave de defensa de la competencia tenía la consecuencia añadida de prohibir a la empresa el acceso a la contratación pública, aunque ahora se ha querido aclarar expresamente.¹¹ Los órganos de defensa de la competencia (CNMC y autoridades autonómicas) podrían haber comunicado a la JCCA las sanciones impuestas, a efectos de que se aplicaran las correspondientes prohibiciones de contratar.

3. Una cuestión previa relevante: la naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar.

3.1. La naturaleza jurídica de las prohibiciones de contratar, en general.

Es necesario aclarar si esta concreta prohibición de contratar constituye una sanción administrativa que se impone (además de la multa) a las personas que cometan infracciones graves o muy graves tipificadas en la LDC, o se trata de algo diferente, de una consecuencia jurídica ciertamente negativa o de gravamen, pero sin

¹⁰ En este sentido, FUERTES LÓPEZ (1997:80). En cambio, H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO (2000:413-414) opta por una interpretación más restrictiva, centrada en el concepto de “profesión”.

¹¹ En Italia, donde sólo condenas penales provocan de forma imperativa la exclusión de un licitador, las sanciones impuestas por la autoridad de competencia pueden ser tenidas en cuenta por el órgano de contratación para excluir a un licitador en aplicación de este criterio de las sanciones “en materia profesional” o como hecho que haga perder la confianza, tal como establece el artículo 80.5.c) del Código de Contratos Públicos (Decreto Legislativo 50/2016, de 18 de abril, interpretado por la “circular” (“Linee Guida”) número 6 de la Autoridad Nacional Anti Corrupción, de 16 de noviembre de 2016 (http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/Atti/determinazioni/2016/1293/Linee%20guida%20n.6_determina_1293_2016.pdf).

naturaleza sancionadora.¹² No son pocas, como veremos, las consecuencias de esa cuestión en apariencia “sólo” dogmática.

Si no hablamos de esta concreta prohibición, sino de las prohibiciones de contratar en general (art. 60, apartados 1 y 2), es difícil sostener que se trata de sanciones, entre otras cosas porque, aunque casi todas ellas son la consecuencia de la realización de una conducta delictiva [1.a)], constitutiva de infracción administrativa [1.b)] o incumplidora, al menos, de obligaciones legales o contractuales [1.d), h), 2.a), b), c) y d)], otras no obedecen a la realización de ninguna conducta ilegal, por lo que no pueden ser sanciones. Así sucede con la solicitud de concurso voluntario o la declaración de concurso [apartado 1.c)]. No es ilegal ni sancionable el encontrarse en situación de concurso, por lo que la prohibición de contratar no puede ser en este caso (ni, por lo tanto, con carácter general) una sanción. Lo mismo sucede con las personas que no pueden contratar como consecuencia de la legislación de incompatibilidades de altos cargos o de personal al servicio de la Administración [1.g)]: la mera condición de alto cargo o funcionario no es, obviamente, una infracción. La prohibición de contratar es una medida de *prevención* de conflictos de interés, no una sanción a quien no ha cometido ninguna infracción.

¹² Claramente en contra de calificar como sanciones las prohibiciones de contratar derivadas de la previa imposición de sanciones administrativas, H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO (2000:421-422): “estas (y otras) inhabilitaciones contractuales no sanciones, sino, más bien, *medidas complementarias* de ellas o *medidas accesorias* a las sanciones pecuniarias, en suma, medidas de naturaleza no sancionadora, sino *preventiva o de seguridad* que responden a una finalidad distinta de la presente en la resolución sancionadora”. Más favorables a que la respuesta dependa de la voluntad del legislador, CALVIÑO/GUILLÉN (2017). SÁNCHEZ GRAELLS (2016) destaca los problemas de aplicación que pueden derivarse de su calificación como sanciones, salvo que sean impuestas por la misma autoridad que impone la sanción de la que deriva la prohibición (en este caso, la de competencia). Como veremos más adelante, en este trabajo se defiende que las prohibiciones de contratar pueden ser sanciones o no, en función de cómo las configure el legislador (no exactamente del *nomen iuris*, sino de su contenido y finalidad objetivos). Un repaso de la jurisprudencia en J. FERRÁN DILLA, en PAREJO ALFONSO/PALOMAR OLMEDA (2009:501).

¿Qué son, entonces, las prohibiciones de contratar? Se trata de medidas de protección de la Administración, con las que la Ley pretende evitar que celebre contratos que tienen altas probabilidades de ser incumplidos a la vista de, por ejemplo, la situación patrimonial del contratista (cuando está en concurso o ha sido declarado insolvente) o de su conducta anterior (incumplimiento de obligaciones tributarias o de seguridad social, o contractuales).¹³

La jurisprudencia ha realizado afirmaciones variadas, aunque en general con predominio de la negación de que las prohibiciones sean sanciones. Básicamente ello se explica desde la perspectiva del *non bis in ídem*: si fueran auténticas sanciones, sería inconstitucional que una misma conducta fuera sancionada dos veces: en la LDC (con una multa) y en el TRLCSP (con una prohibición de contratar). A la vez, esta negación es compatible con la aplicación a las prohibiciones de contratar de algunos principios típicos del derecho sancionador (como el de culpabilidad) o genéricos de la actuación administrativa de gravamen (como el de proporcionalidad). Si nos ceñimos a sentencias recientes, encontramos esta tesis de la naturaleza no sancionadora en un grupo de sentencias próximas en el tiempo y muy citadas en años posteriores. Se trata de las SSTS de 28 de marzo de 2006 (recurso de casación 4907/2003)¹⁴, 11 de mayo de 2007 (recurso de casación 6426/2004)¹⁵, 31 de mayo de

¹³ En la doctrina, L. MORELL OCAÑA (2004:157-162) analiza la cuestión de la naturaleza jurídica, pareciendo dar a entender que estas prohibiciones no son sanciones, y concluye: “En todo caso, la emisión de actos que conllevan inhabilitaciones, aunque no sean consideradas como delito infracción administrativa, deben quedar precedidas de unos procedimientos y unas garantías (frente a los poderes administrativos de ejecución forzosa inmediata) que distan de encontrarse en la hipótesis que aquí se ha examinado” (págs. 161-162).

¹⁴ Curiosamente, todas estas sentencias se refieren a la prohibición de contratar actualmente prevista en el art. 60.1.e): “[h]aber incurrido en falsedad (...) al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia”. Una prohibición de contratar que, a diferencia de otras como las que ahora nos ocupa, *no exige la previa imposición a la empresa aspirante a la licitación de una sanción administrativa o penal*, puesto que la falsedad no tiene que haber sido declarada penalmente. En todo caso, la falsedad no es una conducta moralmente neutra, sino que acredita una falta de probidad, como dice la sentencia: el concepto de honorabilidad, elemento común a las prohibiciones de contratar, “es lo suficientemente extenso como para comprender situaciones en las que no se ha llegado a una

2007¹⁶ (recurso casación 9762/2004) y 1 de junio de 2007¹⁷ (recurso de casación 11052/2004). Hace pocos años, la sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de

sanción, penal o administrativa, pero la conducta del sujeto que incurre en ella evidencia un notable riesgo para el tráfico jurídico que debe evitarse. La dudosa credibilidad del sujeto constituye una realidad a tomar en consideración”.

A partir de aquí, el elemento analizado en toda esta jurisprudencia es hasta qué punto la empresa debe sufrir la prohibición de contratar si denuncia al autor de la falsedad, que a veces, como en el caso resuelto por esta sentencia, es un colaborador externo (un gestor) que con la falsedad pretendía ocultar su propia culpa (falsificó una certificación de estar al corriente de las obligaciones tributarias porque a él se le había olvidado pagar un impuesto). La afirmación de que la prohibición sea una sanción resulta irrelevante porque se aplica, a pesar de ello, el principio de culpabilidad, que es el que permitía evitar la prohibición: “Estimado el motivo del recurso de casación, procede conforme al art. 95.1.d) LJCA 1998, resolver lo que proceda con arreglo a lo planteado en la demanda por Teyco SL. Insistió ésta en que no había incurrido en ninguna falsificación sino que había sido víctima de una aunque la jurisdicción penal no la hubiere calificado como tal. Por ello pretendía la nulidad de la Resolución administrativa. A lo que hemos expresado en fundamentos precedentes debemos adicionar que tampoco debe olvidarse que las prohibiciones legales, como límites a la capacidad de contratar, no puede ser interpretadas extensivamente ni tampoco omitir la toma en cuenta de quien o quienes fueron los sujetos responsables de un determinado actuar contrario al valor honorabilidad al que antes hemos hecho mención. Cabe partir de que la prohibición para contratar carece de naturaleza sancionadora por lo que no tiene por qué exigírsele una autoría directa. De las sentencias penales queda claro que la actuación no la llevó a cabo un representante legal de la persona jurídica aunque sí un sujeto que gozaba de confianza para actuar en su nombre. Sin embargo a la vista de lo realmente acontecido, debidamente reflejado en párrafos precedentes, no puede reprochársele una negligencia culpable que encajara en la prohibición para contratar enumerada en la letra g) del art. 20 de la LCAP por cuanto administrativamente no resulta imputable”.

¹⁵ La Sala dice que “debe ser acogida la [argumentación] que se efectúa en el sentido de que resulta aplicable la doctrina de la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1990, de 29 de marzo, a cuyo tenor deben aplicarse en el campo de las medidas administrativas restrictivas de derechos ciertos principios del ordenamiento administrativo sancionador. Pues si bien no debemos pronunciarnos ahora sobre extremos tales como la tipificación estricta y la culpabilidad, resulta indudable que debe exigirse en todo caso el requisito de imputabilidad a la persona o la entidad afectada por la medida restrictiva de derechos. En este sentido se pronunció en su momento nuestra Sentencia de 28 de marzo de 2006, precisamente en un supuesto en el que también se enjuiciaba una prohibición de contratar”. El núcleo de la decisión es que, si se ha identificado una persona física (un empleado) como autor de la falsificación, su responsabilidad excluye la de la empresa, a la que no se aplicaría la prohibición de contratar.

¹⁶ Esta sentencia, estrechamente ligada a la anterior, se refiere a la misma prohibición de contratar, aplicada a otra empresa. La doctrina es la misma: las prohibiciones de contratar no son sanciones, pero al tratarse de medidas de gravamen se les aplican algunos principios y garantías del Derecho sancionador. Así, se aplica el principio de culpabilidad (que en este caso significa que cuando se descubre al autor de la falsificación desaparece la responsabilidad de la empresa), pero no se aplica el *non bis in ídem*, por lo que la eventual condena por delito de falsificación es compatible con la prohibición de contratar.

“La argumentación mantenida en el motivo [casacional] consiste en que las prohibiciones de contratar tienen carácter sancionador. A ello se añade que, estando abiertas diligencias penales, por una parte

diciembre de 2011, (JUR 2011/436010, recurso contencioso 18/2011) reiteraba esa tesis al decir que “[e]n todo caso es preciso recordar que *no nos encontramos ante el ejercicio de potestades sancionadoras por parte de la Administración, sino ante comportamientos que provocan la pérdida de la clasificación al poner de manifiesto la falta de aptitud que la incursión en las causas previstas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas pone de manifiesto*”. De nuevo el TS, en una sentencia que se pronuncia (en casación) sobre el recurso directo interpuesto contra un reglamento del Gobierno vasco para la aplicación de la prohibición de contratar por vulneración de la legislación laboral (STS de 9 de diciembre de 2011, recurso de casación 5777/2008), vuelve a decir que la norma recurrida “ni tipifica conductas, ni

debía haberse apreciado que existía una prejudicialidad penal, y de otra parte, siendo el acto recurrido una sanción, podía incurrirse en contravención del principio *non bis in idem*. Pero esta tesis, que reitera la mantenida en la instancia, no combate adecuadamente la declaración de la Sentencia recurrida, que esta Sala comparte y se desprende de nuestras Sentencias de 28 de marzo de 2006 y 11 de mayo de 2007, *de que la prohibición de contratar no tiene carácter sancionador, si bien al ser un acto limitativo de derechos, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1990, de 29 de marzo, deben aplicarse a estas prohibiciones ciertos principios y garantías propios del procedimiento sancionador. Pero lo cierto es que no estamos ante un acto sancionador, y por tanto asiste la razón a la Sentencia en el sentido de que no cabe entender que hubiera podido infringirse el principio de non bis in idem*. Partiendo de esta premisa tampoco puede mantenerse que procedía plantear una cuestión prejudicial penal. La Sentencia recurrida considera que el hecho de que se hubiera interpuesto una denuncia penal carece de trascendencia en este caso, pues independientemente de cual fuera la autoría material de la falsificación la oferta, a la que se acompañaban documentos falsos, se hizo a nombre de la empresa que tiene una responsabilidad objetiva. Esta tesis no es plenamente compartida por la Sala, que en su Sentencia recurrente de 11 de mayo de 2007 ha mantenido que debe atenderse a la imputabilidad de la conducta. Pero en este supuesto debemos llegar a una solución distinta de la adoptada en aquel caso, pues en el mismo se había dictado Sentencia de la jurisdicción penal que condenó al autor de la falsedad por los delitos de estafa y de falsificación continuada de documentos. No cabía duda por tanto de que la autoría no era de la empresa. En cambio en este supuesto consta en las actuaciones Auto de la jurisdicción penal que declara que la falsificación se hizo por persona o personas desconocidas, por lo que se ordena el archivo de las actuaciones. No hay por tanto una persona a la que se imputen las actuaciones, por lo que no se desvirtúa la responsabilidad objetiva de la empresa. Debe, pues, desecharse el segundo motivo de casación”.

¹⁷ “[N]uestras Sentencias, de las que son muestra la de 11 de mayo de 2007 y la muy reciente de 31 de mayo del mismo año, vienen declarando que a las prohibiciones de contratar no se aplica el régimen de las sanciones administrativas. Pues ciertamente se trata de actos que limitan derechos, y ello significa según nuestra propia jurisprudencia y la del Tribunal Constitucional que deben aplicarse algunos principios propios del derecho sancionador sin que ello signifique la aplicación del mismo régimen en su integridad. Debe desecharse por tanto o no acogerse el primer motivo de casación”.

establece un procedimiento sancionador”.¹⁸ No hace falta negar que sean sanciones para sostener que se les aplica su procedimiento específico y no el sancionador general.¹⁹

Con todo, no faltan declaraciones de sentido contrario. Una de las más interesantes la encontramos en la sentencia de 30 de abril de 2014 (Sección 7ª, recurso de casación 1530/2013, RJ 2014/2685) que, para justificar la falta de legitimación de un tercero para exigir la incoación de expediente para que se declare prohibición de contratar a una empresa, dice que “*estamos ante el ejercicio de una potestad sancionadora que le corresponde exclusivamente a la Administración, aun cuando pueda ser solicitada por los ciudadanos*”. En este caso la resolución de la cuestión planteada en la sentencia no exigía esa declaración de alcance general. Además, la prohibición era distinta de la que ahora nos ocupa, porque no derivaba de una previa condena penal o sanción administrativa, sino de la aportación de información falsa en el procedimiento de licitación.

Aunque la Directiva 2014/24 no pretende terciar en esta cuestión, sí se encuentran en ella algunos datos que van en la dirección de considerar las prohibiciones como un instrumento preventivo y no represivo. Así, la Directiva (que

¹⁸ También contra la naturaleza sancionadora de la prohibición de contratar, la sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 7ª) de 15 de abril de 2013 (recurso 436/2012, JUR 2013/160983), en un caso en que la prohibición de contratar derivaba de una previa condena penal.

¹⁹ En este sentido, la sentencia de la Audiencia Nacional (Sección 6ª) de 5 de febrero de 2003 (JUR 2006/266363), dice que da igual que sea o no sanción, porque el procedimiento es el legalmente previsto, no el de 1398/1993 “estemos o no ante una sanción administrativa, lo relevante en este recurso es el examen del procedimiento seguido para la declaración de la prohibición de contratar. La consecuencia de la calificación de la prohibición para contratar como una verdadera sanción administrativa, no es, como entiende el recurrente, la inmediata sujeción al procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por RD 1398/1993, de 4 de agosto, pues el artículo 1.1 de dicho RD señala que sus disposiciones únicamente serán aplicables en defecto total o parcial de procedimientos específicos establecidos en otras normas”.

no habla de “prohibiciones de contratar”, sino de “causas de exclusión”) distingue entre la exclusión ordenada directamente por una sentencia judicial, que debe aplicarse en sus propios términos (art. 57.6, párrafo 4º), de otras causas de exclusión que obedecen claramente al interés del poder adjudicador, por lo que éste debe poder aplicarlas con más flexibilidad, tanto al alza como a la baja, “[t]eniendo presente que el poder adjudicador será responsable de las consecuencias de una posible decisión errónea por su parte” (apartado 101 del preámbulo). Esta afirmación es muy importante: de acuerdo con ella, la causa de exclusión se aplicará en función de las necesidades o intereses del poder adjudicador (que debe valorar si merece la pena “asumir el riesgo” de contratar con un determinado operador a pesar de su conducta previa), y, por tanto, no con la finalidad de castigar infracciones precedentes. Si la causa de exclusión fuera sancionar o castigar al infractor, debería aplicarse (o no) en función de la conducta del infractor y no de ninguna otra circunstancia, siendo inaceptable que la Administración “perdone” la sanción cuando le interese la colaboración del infractor.²⁰

La tesis de que las prohibiciones de contratar no son sanciones se explica, pues, por su finalidad. Son medidas con las que se intenta defender a la Administración, evitando que contrate con personas de las que cabe sospechar que no van a cumplir adecuadamente sus obligaciones. Se trata de algo similar al requisito

²⁰ Ese enfoque preventivo es el que prevalece también en el Derecho estadounidense. El llamado *debarment* (exclusión) se adopta cuando la empresa carece del requisito de la *integrity* u honorabilidad, requisito que es valorado caso por caso por el órgano de contratación, en función de circunstancias que no necesariamente han dado lugar a una condena o sanción (FELDMAN, 2016:160-161). Ese *debarment* no es reglado sino discrecional porque es necesario tener en cuenta los intereses de la contratación (KEYES, 2004:172). Su naturaleza no es sancionadora: “*the government may impose these remedies only to protect the government’s legitimate business interests, i.e., to protect it against nonresponsible contractors and not to punish the particular individual or other entity*” (KEYES, 2004:174-175). Es terminante la norma reguladora de la contratación [*Federal Acquisitions Regulation*, 9.402, (b)]: “*The serious nature of debarment and suspension requires that these sanctions be imposed only in the public interest for the Government’s protection and not for purposes of punishment*”. En Alemania, sobre el requisito de la “fiabilidad” (*Zuverlässigkeit*), *vid.* WEYAND (2011:174).

de “honorabilidad” que se exige para ciertas actividades y que puede perderse por distintas razones (entre las que se incluye una previa condena penal), pero que no es una pena o sanción.²¹

3.2. *¿Cuáles son las consecuencias prácticas de que las prohibiciones de contratar no sean sanciones administrativas?*

La primera de estas consecuencias es que, como la prohibición de contratar no es una sanción, su imposición a quien ya ha sufrido una pena o una sanción administrativa no vulnera el principio *non bis in ídem* porque la prohibición de contratar no es una segunda sanción, sino que se trata de algo diferente. De todas formas, se trata de una constatación en cierto modo banal, porque nada impediría incorporar la prohibición de contratar a la propia norma sancionadora, en cuyo caso se impondría simultáneamente con la otra pena o sanción (de multa, por ejemplo), sin que tampoco en este caso se infringiera el *non bis in ídem*. De hecho, tanto el CP como algunas Leyes (la LGT, la LGS y otras) incluyen la prohibición temporal de contratar con las Administraciones Públicas en su catálogo de sanciones (normalmente para ser aplicadas junto a otra pena o sanción, especialmente la multa), de modo que el efecto práctico es similar y no se infringe el *non bis in ídem* aunque la prohibición se configure como una auténtica sanción.

Otra diferencia importante, y muy clara, es que al no ser sanciones su imposición no requiere la tramitación del procedimiento sancionador. De todas formas, si pasamos de las prohibiciones en general a las que aquí importan (es decir, las que se imponen a quien ha sido previamente sancionado por la comisión de determinadas infracciones administrativas), la diferencia se desvanece -al menos en

²¹ Para más detalles, *vid.* mi libro *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007, páginas 337-347.

parte-, en la medida en que sí se ha tramitado antes un procedimiento sancionador (para la imposición de la sanción). Además, para la imposición posterior de la prohibición de contratar también se tramita un procedimiento que, aunque no es un procedimiento sancionador, sí es al menos contradictorio.

La naturaleza no sancionadora de las prohibiciones de contratar también podría afectar a otra exigencia del ejercicio de la potestad sancionadora, como es el principio de *culpabilidad*. Algunas prohibiciones se aplican de manera puramente objetiva (así, las relacionadas con las incompatibilidades). En otras que, aunque no tienen su origen en una infracción en sentido estricto, sí constituyen la respuesta a un previo incumplimiento de obligaciones (la prohibición por resolución culpable de un contrato), se aplica el principio de culpabilidad (lo hemos visto antes en la jurisprudencia), tal vez no con los mismos matices de una responsabilidad sancionadora, pero sí en el mismo sentido en que se aplica la exigencia de culpa a la responsabilidad contractual o extracontractual. Es más: en alguno de los ejemplos jurisprudenciales examinados *supra* se ha podido comprobar cómo se es más exigente en la culpabilidad en la prohibición de contratar que en la sanción, de modo que se acepta suficientemente justificada la culpabilidad a efectos sancionadores, pero no de prohibición de contratar.

3.3. En especial, la posible aplicación (parcialmente) retroactiva de prohibiciones de contratar.

Por último, la consideración de que las prohibiciones no son sanciones, sino medidas (de gravamen, por supuesto) de protección del interés de la Administración, abre la puerta a su aplicación *retroactiva*, es decir, a que se apliquen después (obviamente) de su entrada en vigor, pero sobre la base de comportamientos previos

a la misma.²² La afirmación no debe escandalizar en absoluto.²³ Cuando hablamos de prohibiciones de contratar nos estamos refiriendo a *requisitos* exigidos para la realización de una determinada actividad (las prohibiciones de contratar no son otra cosa que requisitos negativos que se exigen para contratar con la Administración, que se añaden a una serie de requisitos positivos como la capacidad o la solvencia). Los requisitos se exigen a partir de un momento determinado y no siempre dejan a salvo a los sujetos que han comenzado a actuar con anterioridad, aunque las consecuencias

²² Expresamente *a favor* de esa aplicación “retroactiva” en sentido impropio de la prohibición de contratar (con referencia a las prohibiciones de contratar por condena penal, pero con argumentos perfectamente aplicables a este otro supuesto), M. FUERTES LÓPEZ (1997:77-78), apuntando (nota 14) como argumento adicional el rechazo, en el procedimiento de elaboración de la Ley 13/1995, de una enmienda [(a la que se refiere también SÁINZ MORENO (1996:88)] que pretendía asegurar que la prohibición de contratar por condena penal se aplicase únicamente a las condenas por hechos cometidos a partir de su entrada en vigor. Su argumentación se basa en el concepto de retroactividad: “A mi juicio, esta pretendida «retroactividad» de la LC [LCAP] no existe. La Ley se aplicará a los contratos de las Administraciones Públicas que se celebren tras su entrada en vigor y en la concreta tramitación del procedimiento de contratación habrá que defender la vigencia de la Ley, esto es, apartar de la licitación pública o de la negociación con la Administración a los condenados por determinados delitos. El hecho de que la sentencia firme de condena tenga fecha anterior a la entrada en vigor de la Ley no supone su eficacia retroactiva, porque la Ley se aplica al hecho de la licitación pública y no a la situación de condena”. En el mismo sentido, y con rotundidad, PIÑAR MAÑAS/CANALES GIL (2003:153-154), citando en este mismo sentido un informe del Servicio Jurídico del Estado de 7 de noviembre de 1995. Concluyen estos autores: “será suficiente que se haya dictado la sentencia firme, aunque los hechos delictivos a los que se vincule la sentencia hubieran sido realizados con anterioridad a la entrada en vigor, sin que constituya ni una verdadera sanción ni sea la norma que la impone restrictiva de derechos individuales en los términos previstos en el artículo 9.3 de nuestra Constitución”.

²³ De hecho, la está aplicando el Tribunal Supremo con toda tranquilidad a propósito de otra medida cuya naturaleza sancionadora se discute, como es la publicación en el BOE del nombre del infractor, prevista legalmente en ciertos casos (a veces con la calificación expresa de sanción accesoria y en otros casos no). La sentencia de 21 de julio de 2009 (recurso de casación para unificación de doctrina 507/2008) niega el carácter sancionador de esta medida [se trata de la publicación de las sanciones por infracciones muy graves previstas en el art. 304 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, y antes en el art. 102, último párrafo, de la Ley del Mercado de Valores, introducido por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre). La afirmación del TS (que decide así la discrepancia planteada entre dos sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional) tiene una consecuencia práctica fulminante: al no tratarse de una sanción administrativa, puede aplicarse también a hechos producidos antes de la entrada en vigor de la norma que la prevé, al no estar afectada por la irretroactividad in pejus que para las normas sancionadoras prevé el 9.3 CE. Por tanto, la CNMV puede publicar todas las sanciones que imponga a partir de la entrada en vigor de la norma que prevé esa publicación en el BOE, aunque se refieran a infracciones cometidas antes de esa entrada en vigor. Un análisis crítico de esta sentencia, basado en la naturaleza sancionadora de esta publicación, en HUERGO LORA (2010).

puedan ser gravosas. Así, con frecuencia las medidas de seguridad para determinadas instalaciones o aparatos también se exigen a los que ya están en funcionamiento, imponiendo la realización de obras de adaptación.

La clave es que ese nuevo requisito (positivo o negativo) *no sea una sanción*, no trate de castigar al sujeto sino de proteger un interés (público o de terceros). El legislador, al establecer ese nuevo requisito y decidir si lo aplica retroactivamente o sólo a las actividades que se inicien a partir de su entrada en vigor, debe ponderar políticamente hasta qué punto la protección de los intereses económicos afectados (es decir, de las inversiones realizadas cuando aún no se había establecido ese requisito) compensa un retraso en la protección de los intereses que quieren tutelarse con el nuevo requisito. Así se hizo al implantar, por ejemplo, el cinturón de seguridad en los autobuses (concediendo un plazo de adaptación para permitir la amortización de los vehículos adquiridos antes de la entrada en vigor de este requisito) o al implantar nuevos requisitos de titulación para el ejercicio de determinadas actividades (que con frecuencia no se aplican a quienes ya la están ejerciendo).²⁴ La obligación de que los hoteles dispongan de ascensor (allí donde lo exija la normativa autonómica) también es retroactiva en el sentido de que se aplica (donde la normativa lo disponga) a los hoteles abiertos o autorizados antes de la introducción de ese requisito. Si se tratara de una sanción, esa retroactividad sería inadmisibile y no se podría en ningún caso aplicar ese requisito a instalaciones efectuadas cuando aún no se exigía el requisito.

Se dirá que este argumento sólo vale para aquellos requisitos (o, en este caso, prohibiciones) cuyo supuesto de hecho es puramente objetivo (por ejemplo, el requisito de tener un ascensor), pero no para aquellos otros cuyo presupuesto de hecho es una conducta, de modo que funcionan como consecuencias jurídicas de

²⁴ Por ejemplo, cuando pasó a exigirse la licenciatura en Derecho para ser Procurador, por el Estatuto aprobado por Real Decreto 2046/1982, de 30 de julio, que dejó a salvo “los derechos adquiridos en el momento de entrar en vigor el presente Estatuto” por “los Colegiados y aspirantes inscritos”.

ésta. Sólo se podrían aplicar las prohibiciones de contratar a aquellas conductas realizadas o cometidas después de la aprobación de la norma que establece la prohibición de contratar.²⁵

Tampoco es necesariamente cierto. Si, por poner un ejemplo real, se aprueba una norma que establece para el ejercicio de una profesión un requisito de honorabilidad, de manera que no puedan acceder a la misma quienes hayan sido condenados penalmente, ¿se aplicará la medida sólo a quienes hayan sido condenados penalmente por delitos cometidos después de la entrada en vigor de la norma? No, o, al menos, no necesariamente.²⁶ Es cierto que la decisión corresponde al legislador, que puede optar por una aplicación exclusivamente prospectiva (por ejemplo, es razonable que una norma que amplíe el plazo de prohibición de ejercicio de actividades privadas tras el cese en determinados altos cargos sólo se aplique a quienes acceden al cargo después de la entrada en vigor de la misma, para que cuando decidan aceptar el cargo sepan a qué atenerse), pero se trata de un criterio de ponderación política, no de irretroactividad penal. En el último ejemplo

²⁵ Por ejemplo, si hablamos de una prohibición de contratar a quien incumpla una “condición de ejecución” de un contrato administrativo, la prohibición sólo podría aplicarse a aquellos incumplimientos de condiciones de ejecución producidos *después* de la entrada en vigor de la norma que establece la prohibición. El fundamento sería que el contratista que incumple una condición de contratar debe saber, cuando lo hace, que se expone a la imposición de una prohibición de contratar. Si no lo sabe (porque cuando él incumple la condición, no hay ninguna norma que imponga esa prohibición), no se le puede aplicar esa consecuencia jurídica.

²⁶ Para mencionar un caso concreto, cuando el artículo 13.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (modificado por la Ley 26/2015, de 28 de julio), dice que “[s]erá requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual”, establece un requisito nuevo (la certificación negativa de antecedentes penales por estos delitos), que va a aplicarse a partir de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, es decir, que se va a exigir a partir de ese momento, de modo que quien hayan sido condenados por uno de esos delitos no va a poder ejercer ninguna de estas profesiones, *aunque cuando cometiera el delito, el mismo no llevara aparejada la prohibición de su ejercicio* (requisito este último de irretroactividad que sí se aplica a las penas). Prima, obviamente, el interés del menor sobre la seguridad jurídica del condenado.

(endurecimiento del régimen de incompatibilidad posterior al cese), un alto cargo no podría alegar vulneración del principio de irretroactividad penal del 25.1 CE y tendría el mismo derecho a quejarse de un cambio sobrevenido del régimen de incompatibilidades como de una reducción sobrevinida de las retribuciones (es decir, ninguno, puesto que nadie discute la posibilidad de cambiar las condiciones retributivas después del acceso al cargo).

La razón última es conceptual. El principio de irretroactividad quiere decir que no se puede imponer un determinado castigo si el delincuente, cuando cometió el delito, no podía saber que su conducta acarrearía ese castigo. Como la prohibición de contratar no es un castigo, no es necesario que quien cometa la infracción tenga que saber, cuando la comete, que va a producir esa consecuencia. Y no es un castigo porque la finalidad de la norma no es sancionadora, sino de protección de terceros. Es notorio que las medidas de restablecimiento de la legalidad no son sanciones porque no tienen finalidad de castigar. Tampoco la tienen otras medidas (a pesar de su contenido negativo o de gravamen), como las de protección de terceros, entre las que se encuentran claramente las que establecen requisitos de honorabilidad para el ejercicio de profesiones.

Por otro lado, el hecho de que una medida sea igual de gravosa (o incluso más) que una sanción no quiere decir que se le deba aplicar el principio de irretroactividad. Al valorar qué garantías penales deben extenderse a las sanciones administrativas, y qué garantías de las sanciones administrativas deben extenderse a medidas no sancionadoras (pero sí gravosas), se tienen en cuenta distintos factores. La culpabilidad y la irretroactividad son inherentes al concepto de sanción en un Estado de Derecho y, por ello, deben extenderse de las penas en sentido estricto a las sanciones administrativas, *pero no necesariamente a otras medidas de gravamen no sancionadoras*. El TC ha identificado también (en sentencias bastante antiguas) el concepto de “medidas basadas en una valoración de la conducta” para extender *los derechos procedimentales* de las sanciones a otras medidas no sancionadoras

(incluida la presunción de inocencia).²⁷ Pero de nuevo estamos fuera del concepto de retroactividad. Y aunque es cierto que en una conocida sentencia sobre los recargos tributarios (referida a su regulación anterior a la LGT de 2003) el TC dijo que podían ser materialmente sanciones cuando su cuantía excede a la de las sanciones, no lo hace porque las medidas de gravamen constituyan sanciones cuando excedan de la gravedad de éstas (que por otro lado siempre es relativa), sino porque en el caso esa cuantía superior a la de la sanción demostraba que su finalidad no era indemnizatoria (se sobrepasaba ampliamente cualquier estimación de los posibles daños causados a la Administración) sino sancionadora.²⁸

Por último, el hecho de que se trate de una medida basada en una valoración de la conducta tampoco significa que se le deban aplicar todos los principios de la potestad sancionadora. Es verdad que el TC ha empleado este criterio (medidas basadas en la “apreciación de conductas”) para aplicarles algunas garantías como la presunción de inocencia, pero no equivale a calificar esas medidas como sanciones.²⁹

²⁷ Sobre esta cuestión, *vid.* HUERGO LORA (2007:244-246).

²⁸ Sobre esta cuestión, *vid.* HUERGO LORA (2007:292-305).

²⁹ Otro ejemplo real puede ser revelador. El Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, modifica el artículo 68 de la Ley Orgánica de Universidades (Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, LOU), de modo que las obligaciones docentes del profesorado funcionario pasen a depender de la obtención de los complementos retributivos por investigación (sexenios) regulados en el Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto. Así, quienes no habían solicitado un sexenio en los seis años anteriores vieron incrementarse dichas obligaciones, que pasaron de 24 a 32 créditos, mientras que quienes habían obtenido tres sexenios consecutivos (o cuatro en el caso de los catedráticos), las vieron disminuir de 24 a 16 créditos. La medida se aplicó retroactivamente en el sentido de que se tuvo en cuenta la situación de cada profesor, derivada de su conducta en los años precedentes, *a pesar de que antes de la aprobación de este Real Decreto-Ley los sexenios no tenían ningún efecto sobre las obligaciones docentes*. Así, puede suceder que un profesor no haya solicitado el sexenio al tener en cuenta únicamente sus efectos retributivos, y que en cambio lo habría solicitado de haber sabido que iba a tener esa repercusión. No estamos ante una sanción administrativa porque no solicitar un sexenio no constituye ninguna infracción. Y nadie ha discutido la aplicación retroactiva de la norma (en el sentido indicado). De no haberse aceptado esa retroactividad, la norma sólo habría producido efectos prácticos a los seis años de su entrada en vigor. Sobre este tema, *vid.* mi trabajo “De nuevo sobre el concepto material de sanción y sus aplicaciones: la revocación de autorizaciones de farmacia, la suspensión de autoridades en ejecución de sentencias del Tribunal Constitucional, la prohibición temporal de ejercer actividades sometidas a declaración responsable y el incremento de la carga docente de los profesores

En definitiva, si las prohibiciones de contratar no son sanciones se encuentran sometidas a un régimen jurídico menos exigente. A la vez, su eficacia práctica es menor, en la medida en que es necesario un segundo procedimiento para imponerlas, cuya tramitación no puede comenzar hasta la firmeza de la pena o sanción que constituyen el presupuesto de hecho de la prohibición de contratar.

3.4. ¿Es necesario matizar o modificar esa conclusión en aquellos casos en que el supuesto de hecho de la prohibición es una previa condena penal o sanción administrativa, de modo que la causa última de la prohibición es la comisión de un delito o de una infracción?

La afirmación de que las prohibiciones de contratar no son sanciones es especialmente importante en aquellos casos [artículo 60.1, apartados *a*) y *b*)] en que la prohibición de contratar obedece a la previa imposición de una pena o una sanción administrativa, de modo que sí se ha cometido un delito o una infracción. En estos casos sí hay una infracción y una sanción, operando la prohibición de contratar como una segunda consecuencia de la infracción (primero se impone la sanción y después de aplica, además, una prohibición de contratar).

Aunque ambas medidas (la pena o la sanción iniciales, por un lado, y la posterior prohibición de contratar, por otro) tienen su origen último en la comisión de una infracción o un delito, existen diferencias operativas claras entre ambas, derivadas de que la prohibición de contratar es una medida *distinta* de la sanción. Además, no se impone en la resolución sancionadora (que muchas veces ni siquiera la tiene en cuenta), y requiere un acto administrativo posterior (precedido de un

universitarios en función del rendimiento de su actividad investigadora”, de próxima aparición en el libro-homenaje al profesor José Luis Carro.

procedimiento propio, distinto del sancionador) para su imposición.³⁰ Finalmente, así como la multa se aplica a todos los infractores, la prohibición de contratar sólo va a afectar a los que quieran contratar con la Administración.

Pues bien, la afirmación de que las prohibiciones de contratar no son sanciones (que tiene muchas consecuencias concretas, como hemos visto) ve resquebrajarse su fundamento y razón de ser allí donde todo indica que es el legislador el que elige, de forma puramente voluntaria, entre configurar la prohibición de contratar como una pena o sanción de imposición directa (de forma que es la sentencia o la resolución sancionadora la que establece la prohibición de contratar y su duración, sin que los órganos de contratación tengan que hacer otra cosa que cumplirla), o establecer en el TRLCSP que la previa imposición de una pena o sanción dé lugar a una prohibición de contratar (como se ha hecho con la prohibición por “falseamiento de la competencia”). En este segundo caso (que es el que se ha seguido en España con las infracciones en materia de competencia, pero no con otras como, por ejemplo, las tributarias), la sentencia o resolución sancionadora no dice nada de la prohibición de contratar y ésta es aplicada por un órgano administrativo diferente, competente en materia de contratos, como una segunda decisión distinta de la sanción y que teóricamente no tendría naturaleza sancionadora.

Así como en otras prohibiciones o requisitos (como los de honorabilidad) es fácil percibir la diferente finalidad que tienen la sanción y la prohibición de contratar (cuya finalidad es la tutela de terceros), en este otro caso la diferencia dista de ser

³⁰ Como veremos ahora, la situación en España es confusa porque hay prohibiciones de contratar establecidas como sanciones en el Código Penal o en Leyes administrativas sancionadoras y hay otras que aparecen recogidas en el TRLCSP como prohibiciones de contratar impuestas como consecuencia necesaria de la previa condena penal o sanción administrativa por determinados delitos o infracciones, sin que existan claras diferencias de régimen jurídico que justifiquen una diferente conclusión en cuanto a la naturaleza jurídica.

clara. En algunos casos la diferente naturaleza jurídica es el fiel reflejo de una clara diferencia en la finalidad de la medida. En el ejemplo que hemos visto de la prohibición de ejercer actividades o profesiones con menores a quienes hayan sido condenados por delitos sexuales, es claro que la finalidad de la medida es proteger a los menores, no castigar a los delincuentes, y esto explica que la medida se aplique “retroactivamente”. Sin embargo, en el caso de las prohibiciones de contratar derivadas de la comisión de infracciones administrativas, la diferencia es puramente formal y derivada de la voluntad del legislador. Así, en las infracciones tributarias y en materia de subvenciones (y en otras como por ejemplo en materia de evaluación ambiental o de urbanismo en determinadas leyes autonómicas), se impone la prohibición de contratar como sanción administrativa directa (sin necesidad de otro procedimiento, y con respeto al principio de retroactividad). En cambio, en el caso de la defensa de la competencia no se trata de una sanción directa (que impondría la CNMC), sino de una consecuencia no sancionadora que exige una decisión administrativa adicional.

¿Existe alguna diferencia material entre ambos casos (sanciones tributarias y sanciones en materia de defensa de la competencia) que dé razón de la diferente naturaleza de la prohibición de contratar que en ambos casos se establece (sancionadora en el primer caso, no sancionadora en el segundo)? En mi opinión, no, porque no existe ninguna razón especial para presumir que una empresa va a ser peor contratista por haber sido sancionada previamente por haber cometido una infracción de defensa de la competencia. Tanto en el caso de las infracciones tributarias como de las infracciones de defensa de la competencia, lo que quiere el legislador es utilizar la contratación pública como mecanismo de presión con fuerza disuasoria de la comisión de infracciones (en un caso tributarias, en el otro de defensa de la

competencia).³¹ El legislador español ha tratado esta prohibición de contratar más desde una perspectiva disuasoria que preventiva (que se habría notado en aspectos como su aplicación discrecional, o no condicionada a la firmeza de la sanción, o con más protagonismo de los órganos de contratación), y por tanto aunque teóricamente estas medidas podrían no ser sanciones resulta difícil que no lo sean tal como han sido configuradas en el Derecho vigente.

En consecuencia, allí donde se aplique esta prohibición de contratar incumpliendo algún principio de la potestad sancionadora (como podría ser el de irretroactividad, en caso de que pretendiera aplicarse la prohibición de contratar a partir de infracciones anticoncurrenciales *anteriores* a la entrada en vigor de la Ley 40/2015), la empresa afectada podría alegar la inconstitucionalidad por vulneración del 25.1 CE.³²

4. Ámbito objetivo de aplicación.

³¹ Vid. HUERGO LORA (2007:345-346): “La aplicación de este criterio obliga a indagar la finalidad de cada medida, lo que puede plantear dificultades. A veces esa privación de derechos se establece, no porque el particular haya puesto de manifiesto, con su conducta anterior, que carece de la aptitud necesaria para ejercer ese derecho o realizar una determinada actividad, sino como una medida dirigida a castigar al particular «donde más le duele», lo que la convierte, inequívocamente, en una sanción. Para ver si se trata de una sanción o no, es necesario comprobar si existe una relación racional entre la comisión de la conducta prevista por la Ley como presupuesto para la medida de prohibición o revocación, y la actividad a la que se refiere ésta”.

³² Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de entender que las empresas sancionadas por infracción grave en materia de competencia estaban sometidas a una prohibición de contratar al tratarse de sanciones por infracciones “en materia profesional” o “en materia de disciplina de mercado”, prohibiciones de contratar que llevan recogidas en nuestra legislación al menos desde la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 (artículo 20).

La CNMC ha indicado claramente que no va a aplicar retroactivamente la “nueva” prohibición de contratar. Así se desprende de sus resoluciones de 3 de diciembre de 2015 (expediente S/0481/13 Construcciones Modulares, pág. 99) y 6 de septiembre de 2016 (expediente S/DC/0544/14 Mudanzas Internacionales, pág. 97). En ambos casos la Comisión menciona la novedad incorporada por la Ley 40/2015 y el juicio negativo que en la misma expresa el legislador respecto a las conductas contrarias a la competencia, añadiendo que “[s]i bien la prohibición de contratar prevista en el reformado artículo 60 del TRLCSP no se aplica, por razones de vigencia, en este expediente...”.

El artículo 60.1.b) establece que la prohibición de contratar afecta a las empresas que hayan sido sancionadas “por infracción grave en materia (...) de falseamiento de la competencia”.

Hay que entender incluidas las empresas sancionadas por infracciones muy graves, pues de lo contrario la norma vulneraría claramente el principio de interdicción de la arbitrariedad.³³ No puede concebirse que el legislador haya querido que las infracciones graves lleven aparejada la prohibición para contratar, pero que las infracciones más graves (en todo iguales a las anteriores, pero de mayor entidad) estén libres de esa consecuencia jurídica. El Proyecto de Ley, aun sin corregir ese equívoco, deja muy claro que la interpretación es la que se propone, al distinguir, dentro de este apartado, entre aquellas materias en las que la prohibición de contratar se aplica a los sancionados por infracción *grave* (entendiendo incluida la infracción muy grave) y aquellas otras en las que *sólo* se prohíbe contratar con quien ha sido sancionado por infracción *muy grave*.³⁴

Es preciso dejar claro que la norma no se refiere sólo a las infracciones por falseamiento de la competencia *en la contratación pública* (entre las que destacaría el denominado *bid-rigging* o fraude de subastas), sino por cualquier infracción por falseamiento de la competencia, sea cual sea el mercado en que se haya cometido.

³³ En la doctrina, también H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO (2000:409, nota 202) sostiene que “si bien la LCAP sólo menciona a las infracciones graves, la inhabilitación de los sancionados por estas infracciones administrativas conlleva la inhabilitación de los sancionados por la comisión de cualquier infracción *muy grave*, pues es evidente que si se «castiga» lo menos se «castiga» lo más, por lo que todo ilícito administrativo cometido en esta materia, con la categoría de muy grave, impide a su autor convertirse en contratista”. Hasta la aprobación de la LCAP en 1995, sólo las sanciones por infracción muy grave acarrearían la prohibición de contratar.

³⁴ Artículo 71.1.b). Es uno de los cambios introducidos respecto al Anteproyecto de 17 de abril de 2015, que mantenía la redacción actual en el sentido de que en todas las materias era suficiente haber sido sancionado por infracción *grave*, y aclaraba que la prohibición afectaba a las empresas que hubieran “sido sancionadas con carácter firme por infracción *grave o muy grave*”.

Aunque en materia sancionadora no cabe, obviamente, la interpretación analógica y ni siquiera la extensiva (arts. 27.4 de la Ley 40/2015 y 4.2 del CC), tampoco cabe violentar la interpretación gramatical en nombre de una supuesta *voluntas legislatoris* (castigar precisamente el fraude en la contratación pública) que no se ha expresado en el tenor literal y no consta en parte alguna. Además, buena parte de las demás materias en las que las sanciones administrativas llevan aparejada prohibición de contratar (medio ambiente, extranjería, laboral y social, integración de personas discapacitadas) tampoco tienen que ver con la contratación pública.

¿Incluye la prohibición de contratar todas las infracciones graves y muy graves tipificadas en los apartados 3 y 4 del artículo 62 de la Ley 15/2007, o debe distinguirse dentro de ellas, por entender que no todas constituyen “falseamiento de la competencia”?³⁵ Si tenemos en cuenta que, como se ha dicho con anterioridad, las

³⁵ Recordemos cuáles son:

“3. Son infracciones graves:

- a) El desarrollo de conductas colusorias en los términos previstos en el artículo 1 de la Ley, cuando las mismas consistan en acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas que no sean competidoras entre sí, reales o potenciales.
- b) El abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 que no tenga la consideración de muy grave.
- c) El falseamiento de la libre competencia por actos desleales en los términos establecidos en el artículo 3 de esta Ley.
- d) La ejecución de una concentración sujeta a control de acuerdo con lo previsto en esta Ley antes de haber sido notificada a la Comisión Nacional de la Competencia o antes de que haya recaído y sea ejecutiva resolución expresa o tácita autorizando la misma sin que se haya acordado el levantamiento de la suspensión.

4. Son infracciones muy graves:

- a) El desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el artículo 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales.

causas de exclusión (o prohibiciones de contratar) están armonizadas, de forma que sólo cabe incorporar a la legislación de los Estados miembros las que el Derecho europeo *ordena* o *permite*, pero no otras añadidas por los Estados, habría que acudir a la Directiva. Su art. 57.4.d), que constituye la base de esta prohibición de contratar y el origen de la expresión “falseamiento de la competencia” (ciertamente poco técnica y origen de dudas legítimas), dice que se podrá excluir a un operador “cuando el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el operador económico *ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia*”. Esta redacción no sólo excluye que pueda aplicarse la prohibición de contratar por infracciones derivadas del incumplimiento del régimen de concentraciones [art. 62, apartados 3.d) y 4.c) de la LDC], sino también por abuso de posición dominante [apartados 3.b) y 4.b)] e incluso por actos de competencia desleal [apartado 3.c)], puesto que sólo en las infracciones recogidas en los apartados 3.a) y 4.a) nos encontramos con un *falseamiento derivado de acuerdos con otros operadores*.

Por otro lado, la utilización en el artículo 61.1.b) del TRLCSP (y en el precepto concordante del Proyecto de Ley) de conceptos materiales o sustantivos (“falseamiento de la competencia”), sin referencia a una Ley concreta en la que se tipifiquen las infracciones (como se hace, por ejemplo, en relación con las infracciones en materia laboral o social, cuya definición se remite al TRLISOS, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000), permite incluir, sin incurrir en la prohibición de interpretación analógica de tipos sancionadores, las sanciones

b) El abuso de posición de dominio tipificado en el artículo 2 de la Ley cuando el mismo sea cometido por una empresa que opere en un mercado recientemente liberalizado, tenga una cuota de mercado próxima al monopolio o disfrute de derechos especiales o exclusivos.

c) Incumplir o contravenir lo establecido en una resolución, acuerdo o compromiso adoptado en aplicación de la presente Ley, tanto en materia de conductas restrictivas como de control de concentraciones.”

impuestas por la Comisión Europea, que también darán lugar a la aplicación de una prohibición de contratar con el sector público a las empresas sancionadas. No tiene demasiado sentido que una conducta menos grave (como son, por definición, las sancionadas a nivel nacional en relación con las sancionadas por la Comisión) acarree consecuencias más duras que las aplicadas al falseamiento de máximo nivel. Eso sí, veremos que no está bien previsto el modo en que las sanciones de la Comisión puedan dar lugar a una prohibición de contratar con los entes pertenecientes al sector público español.

La prohibición de contratar se aplica a las infracciones graves o muy graves *con independencia de que hayan sido sancionadas por la CNMC o por una autoridad de defensa de la competencia autonómica*. El hecho de que una comunidad autónoma haya asumido la competencia sobre defensa de la competencia en relación con actos que no sobrepasen el ámbito autonómico (de acuerdo con los criterios establecidos en 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 Competencia) no significa que las infracciones que ella sanciona sean de menor gravedad. De hecho, puede ocurrir que la misma infracción sea castigada por la CNMC (si se comete en una comunidad autónoma que no haya asumido la competencia) o por una autoridad autonómica (si la comunidad en cuyo territorio se comete ha asumido la competencia). Además, la sanción autonómica ha de producir (o, al menos, *poder producir*) una exclusión de la contratación pública *en todo el territorio nacional*, y no sólo en relación con el sector público autonómico, porque cuando la sanción la impone la CNMC no se establece distinción alguna. Si las sanciones impuestas por la CNMC provocan una prohibición de contratar de ámbito nacional en todo caso (también cuando los hechos constitutivos de infracción no han desbordado el ámbito autonómico), no hay razón alguna para que cuando una de esas infracciones es castigada por un órgano autonómico de defensa de la competencia, su repercusión se limite al sector público autonómico.

Mucho más dudoso (incluso sencillamente imposible, con la actual redacción del TRLCSP o del Proyecto de Ley) parece aplicar la prohibición de contratar a partir de una sentencia civil dictada en lo que se conoce como aplicación privada del Derecho de la competencia. Normalmente, los tribunales civiles o bien conocen de acciones de daños derivadas de infracciones previamente declaradas en vía administrativa (de modo que la prohibición de contratar se derivará, en su caso, de la previa sanción administrativa), o bien declaran que se ha cometido un abuso de posición dominante, a los efectos de declarar la nulidad de una cláusula. No es habitual que la reacción ante un cártel o en general ante una conducta colusoria sea exclusivamente civil.³⁶ Además, los tribunales civiles, aun en el supuesto de que declaren la comisión de alguna de las conductas prohibidas en los artículos 1 y 2 de la LDC, nunca declaran la comisión de una infracción, porque carecen de competencia para ello (no pueden imponer sanciones). La prohibición de contratar se anuda en la legislación española a “haber sancionado por infracción grave”, y ese concepto es más estricto que la mera declaración de que se ha cometido una conducta prohibida. Puede ocurrir que se haya cometido una conducta prohibida por los artículos 1 y 2 y que sin embargo no se pueda imponer una sanción, por ejemplo por prescripción o por aplicación del principio de culpabilidad. Por tanto, sin sanción (que sólo puede imponer una autoridad administrativa) no hay prohibición de contratar.³⁷

5. Personas sujetas a la prohibición de contratar.

³⁶ En este sentido, *vid.* HUERGO LORA (2016:2298). Sobre la posibilidad de que los litigios relativos a esa clase de responsabilidad civil sean sometidos a arbitraje, *vid.*, recientemente, el exhaustivo trabajo de A. SORIANO HINOJOSA (2015).huergo

³⁷ En este punto, el legislador español probablemente ha restringido el ámbito de la causa de exclusión contemplada por la Directiva [art. 57.4.d)] porque ésta habla de “indicios (...) de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia”, mientras que en España se exige que se le haya impuesto precisamente una sanción.

En algunas prohibiciones de contratar, especialmente las que tienen su origen en una condena penal, la prohibición se impone a la persona jurídica aunque la condena se le haya impuesto a una persona física. De ahí la cláusula que puede leerse actualmente en el art. 60.1.a) del TRLCSP [y en el 71.1.a) del Proyecto de Ley]: “La prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a *aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado*”.³⁸ De todas formas, el

³⁸ Lo importante es quién era directivo cuándo se cometieron los hechos, no después, en el momento de la aplicación de la prohibición de contratar. Por eso el despido del directivo condenado no evita la aplicación de la prohibición de contratar. Por ejemplo, puede verse la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 12 de marzo de 2009 (JUR 2010/332065, recurso contencioso-administrativo 12/2008): “Pero tal requisito de la vigencia de la representación en el momento de la declaración de la prohibición de contratar ni se exige en el artículo 20, letra a) TRLCAP, ni se sostiene desde las reglas de la lógica. El citado precepto lo que exige es que el cargo o representación estén vigentes en el momento en que el representante o administrador lleva a cabo esa conducta en nombre de la sociedad o en su beneficio que es constitutiva de delito. Así resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo expuesta en las sentencias de 11 de noviembre de 2003 (recurso 2126/1998) y 4 de octubre de 2005 (recurso 151/2002). En esta última sentencia, el Tribunal Supremo indica que la vigencia del cargo o representación ha de referirse al momento de la actuación penada y como presupuesto para atribuir la responsabilidad por otro (en este caso la persona jurídica representada) y no al momento de la condena, y *más en particular, indica el TS que el cese del administrador abierto el proceso por hechos realizados en dicha condición no evita que, recaída sentencia condenatoria, la sociedad o persona jurídica incurra en la prohibición de contratar.*”

De todas formas, el inciso “vigente su cargo o representación” no estaba en la redacción inicial de la LCAP (Ley 13/1995, de 18 de mayo), sino que se introdujo en la reforma operada por la Disposición Adicional 1ª de la Ley 9/1996, de 15 de enero. Esta reforma, como es notorio, pretendió corregir el “excesivo” alcance de la prohibición de contratar, para lo que pasó a exigir sentencia firme (en la redacción inicial era suficiente el procesamiento). Puede que la introducción simultánea del inciso “vigente su cargo o representación” tuviera la intención de permitir que el despido del administrador o directivo condenado penalmente dejara sin efecto la prohibición (como parece apuntar FUERTES LÓPEZ, 1997:76, nota 10, así como H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, 2000:323-324). Si es así, ya vemos que el TS no ha seguido esa interpretación, según la cual lo único importante era si el condenado era administrador o directivo de la empresa “en el momento de concurrir a una licitación pública o pretender la subcontratación en un contrato con la Administración”. PIÑAR MAÑAS/CANALES GIL (2003:154-155) dicen que, aunque “desde el punto de vista del sentido literal de las palabras” con el “cese [del administrador] se levantaría la citada prohibición”, “ponderando otros medios de interpretación recogidos en el citado artículo 3.1 del Código Civil, se advierten razonamientos jurídicos contrarios al anterior planteamiento”, como son la diferencia de trato entre personas jurídicas (que pueden eludir las prohibiciones mediante el cese de los administradores) y las personas físicas, o porque de ese modo “se vulneraría el principio de vinculación entre los actos que

despido o desvinculación de las personas físicas que directamente hayan cometido la conducta que da lugar a la imposición de la sanción a la persona jurídica, aunque no sirve para borrar la infracción ya cometida, sí puede ser tenido en cuenta (y parece que lo está siendo) para reducir la cuantía de la sanción, como una muestra de arrepentimiento.

Las infracciones del Derecho de la competencia siempre se han castigado por vía administrativa y, por tanto, con responsabilidad directa de la persona jurídica, de modo que no se da ese supuesto de traslación de la sanción a una persona física, a una prohibición de contratar impuesta a una persona jurídica. Otra cosa es que, como prevé la LDC y es uno de los ejes de actuación de la CNMC, se sancione *también* a las personas físicas (art. 63.2), pero se trata de sanciones *adicionales* a las que se imponen a las personas jurídicas, que son las que llevan aparejada la prohibición de contratar.

En prevención de actuaciones fraudulentas, el TRLCSP prevé que la prohibición se aplique también a personas que sean sucesoras de la persona sancionada (artículo 60.3 y, en el mismo sentido, 71.3 del Proyecto de Ley):

“Las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas”.

realice el administrador o representante y la empresa, que descansa en la relación orgánica que existe entre ambos”. En todo caso, y como informa Sáinz Moreno (1996:88), la misma enmienda que perseguía excluir la aplicación de la prohibición de contratar a condenas debidas a hechos anteriores a la entrada en vigor de la Ley, establecía que la prohibición sólo se aplicaría a las empresas que tuvieran administradores condenados *en la fecha de adjudicación del contrato*, permitiendo, por tanto, prescindir fácilmente de los condenados y eludir así la prohibición.

Respecto a los casos de fusión, el TJ ha dicho que la empresa resultante no puede ser sancionada por las conductas de la empresa infractora cuando se haya producido una discontinuidad en la organización (es decir, cuando la empresa infractora ha sido absorbida por otra más grande, sobre la que la integrada carece de control). La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha aplicado este criterio en el caso del Banco Popular, excluyendo que pueda ser sancionado por conductas cometidas por el entonces Banco Pastor (sentencia de 9 de diciembre de 2013, RJCA 2014/499).³⁹ Por la misma razón, sólo que aplicando el criterio en sentido contrario, la sentencia del TS de 23 de noviembre de 2016 (recurso contencioso-administrativo 1003/2015) desestima el recurso interpuesto por el Banco Santander contra una sanción que le fue impuesta por una infracción cometida por el antiguo Banesto antes de la fusión.⁴⁰ Sobre esta cuestión, sin aportar

³⁹ Tras repasar por extenso la jurisprudencia del TJ, la sentencia concluye: “En resumen, se admite la transmisión en la responsabilidad sancionadora tanto de filiales a matrices, como a las sucesoras de las entidades infractoras. No se renuncia a la aplicación a las personas jurídicas, de los principios de culpabilidad y responsabilidad personal o personalidad de las sanciones. Por ello, la transmisión se articula sobre las ideas de «unidad económica» (son ilustrativas en este punto las reflexiones contenidas en algunas de las sentencias que hemos citado sobre la atribución de recursos entre las empresas del grupo); «unidad de decisión», pues la imputación por la infracción se realiza al centro decisorio del que deriva la voluntad y por ello la culpa en la infracción; «vínculos organizativos y económicos» porque implican coordinación en la acción económica y empresarial.

En todos los casos en que se admite por la jurisprudencia europea la transmisión de las sanciones entre personas jurídicas, existe un punto de conexión, o en la organización jurídica o económica, o en la decisión. En cuanto a los supuestos de sucesión, no admite la transmisión cuando las infractoras siguen existiendo y la sucesora es ajena a la infracción.

Aplicando estas ideas centrales al caso de cambios estructurales de empresas, parece claro que la sociedad absorbente ha de responder de la sanción impuesta a la absorbida cuando de alguna manera tuviese vínculos, jurídicos económico u organizativos, con la sancionada, al tiempo de la comisión de la infracción. También parece claro, dada la importancia que la jurisprudencia europea da al elemento de "unidad de decisión", admitir la transmisión de las sanciones a la absorbente, cuando esta mantiene total o parcialmente la composición de los órganos decisorios de la absorbida; pues lo que realmente se mantiene es el elemento volitivo de la entidad infractora, y, con ello, podemos afirmar la existencia de una unidad decisoria en la absorbida y absorbente que justifica la asunción por ésta de la responsabilidad sancionadora”.

⁴⁰ En el Fundamento Jurídico 7º, puede verse cómo se aplica el mismo criterio pero llegando en este caso a la conclusión contraria: “En el presente caso, tal como se señala con minucioso detalle en la

grandes novedades, se pronuncian también las dos recientes sentencias del TS sobre el asunto de las cuentas del antiguo Banco de Bilbao en Jersey, admitiendo la responsabilidad de la entidad resultante de la fusión (BBVA).⁴¹

6. El procedimiento dirigido a hacer efectiva la prohibición de contratar.

6.1. ¿Puede la CNMC imponer la prohibición de contratar como un pronunciamiento más de la resolución sancionadora?

La primera cuestión que debe resolverse es si la CNMC *puede* o incluso *debe* establecer, como un pronunciamiento adicional de sus resoluciones, añadido a la multa, la prohibición de contratar. Como la LDC no habla para nada de la prohibición de contratar, no incluyéndola en el catálogo de sanciones que prevé, la CNMC estaría aplicando, de seguirse esta interpretación, directamente el TRLCSP, única norma que prevé la imposición de una prohibición de contratar a quien haya sido sancionado por “falseamiento de la competencia”.

El vigente artículo 61.2 del TRLCSP (que se reproduce sin cambios en el 72.2 del Proyecto de Ley) da pábulo a esa interpretación al establecer lo siguiente:

resolución impugnada -y a la que nos remitimos-, la situación no plantea duda porque Banco Santander y Banesto compartían órganos y procedimientos de prevención del blanqueo de capitales. El Grupo Santander, que incluía a Banesto, estableció los procedimientos de prevención a nivel global para todas las sociedades del grupo, de manera tal que las actuaciones desarrolladas en Banesto debían seguir los protocolos de actuación previstos por la matriz, que por tanto era también responsable de garantizar su adecuado cumplimiento. Por lo tanto, y más allá de las alegaciones referidas a la diversa personalidad de las entidades, lo cierto es que, materialmente, las funciones de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo de Banesto y Banco Santander eran comunes y compartidas.

En resumen, no estamos ante la compra de una entidad con la que no se tiene ningún vínculo, sino ante una absorción de Banesto por parte de Banco Santander, su matriz y titular de las acciones de manera mayoritaria”.

⁴¹ Sentencias de 15 de marzo de 2017 (recursos de casación 2078/2014 y 4213/2014).

“La prohibición de contratar por las causas previstas en las letras *a)* [condena penal] y *b)* [sanción administrativa] del apartado 1 del artículo anterior se apreciará directamente por los órganos de contratación, *cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente* sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas.

En el caso de que la sentencia o la resolución administrativa no contengan pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar (...), el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con lo dispuesto en este artículo”.

Parece, pues, que la CNMC (como los demás órganos competentes para imponer las sanciones que llevan aparejada prohibición de contratar) puede optar entre declarar directamente la prohibición de contratar o bien guardar silencio, lo que obliga a aplicar un procedimiento regulado en parte en el TRLCSP y en parte en normas reglamentarias anteriores, que pasa por la remisión de la sanción a la JCCA, la elaboración por ésta de una propuesta de resolución y la decisión definitiva a cargo del Ministerio de Hacienda, competente en materia de contratación administrativa.⁴²

La posible duda surge a partir de la nueva redacción de los artículos 60 y 61 introducida por la Ley 40/2015. Hasta entonces, esa alternativa (aplicación directa de la prohibición de contratar por el órgano de contratación cuando exista pronunciamiento sobre su alcance y duración, o aplicación por el Ministerio tras un procedimiento adicional en ausencia de dicho pronunciamiento), sólo se preveía para

⁴² Pudiera parecer que ésta es la visión oficial de la CNMC, aunque todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse. El informe de la Comisión sobre el Anteproyecto de LCSP da a entender que al menos *de lege ferenda* ésta es la solución preferida por el organismo: “la CNMC, en los casos que lo estime oportuno, podrá pronunciarse expresamente sobre el alcance y determinación de la prohibición de contratar en todas sus resoluciones sancionadoras relativas a la Ley 15/2007. Debería incluirse una referencia expresa en el APL (art. 72.3 del APL) a este respecto. Alternativamente, convendría una modificación del art. 53 (y concordantes) de la mencionada Ley 15/2007 a los efectos de seguridad jurídica” (págs. 27-28). En varias resoluciones recientes (3 de diciembre de 2015, *Construcciones Modulares*, y 6 de septiembre de 2016, *Mudanzas Internacionales*), la CNMC ha dado a entender que tenderá a aplicar la prohibición de contratar.

las prohibiciones de contratar resultantes de una condena penal (art. 61.1, párrafo 2º, en la versión anterior a la modificación derivada de la Ley 40/2015). La interpretación parecía clara: la sentencia penal se pronunciaría sobre la prohibición de contratar *cuando ésta estuviera tipificada como sanción en el Código Penal*. Dicho de otro modo, los tribunales penales sólo aplican el Código Penal. No les corresponde aplicar aquellas otras normas que extraen determinadas consecuencias de la imposición de penas, como es la pérdida de honorabilidad a los efectos, por ejemplo, de no poder contratar con el sector público o de no poder ejercer determinadas actividades para las que se exige ese requisito (en el sector de los seguros, del transporte, en la dirección de entidades de crédito).⁴³ ⁴⁴ En aquellos casos en que la prohibición de contratar derive de la legislación de contratos y no del Código Penal, su aplicación deberá producirse a través del procedimiento administrativo a que se hace referencia en el TRLCSP, que concluye con una resolución del Ministerio competente en materia de contratación pública.

En esa redacción del artículo 61 TRLCSP anterior a la reforma operada por la Ley 40/2015, las prohibiciones de contratar derivadas de sanciones administrativas se aplicaban siempre a través de ese procedimiento, y no de forma directa por los órganos sancionadores.⁴⁵ En cambio, el TRLCSP no hacía ninguna referencia a las

⁴³ Sobre la exigencia de honorabilidad como requisito para el ejercicio de determinadas actividades, “reincorporado” al Derecho español procedente de la normativa comunitaria, *vid.* el temprano artículo de L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1993).

⁴⁴ Un buen ejemplo de lo que se está diciendo lo encontramos en la sentencia de la Sala 3ª (Sección 6ª) de 20 de febrero de 2013 (recurso contencioso-administrativo 165/2012), por la que se anularon los RRDD 1753/2011 y 1761/2011, ambos de 25 de noviembre, por los que se indultó a un conocido exbanquero y a otra persona. El motivo de la anulación de los indultos es su inciso final: “quedando sin efecto cualesquiera otras consecuencias jurídicas o efectos derivados de la sentencia, incluido cualquier impedimento para ejercer la actividad bancaria (...)”. Esa consecuencia añadida, establecida por el art. 2.1.f) del RD 1245/1995 *en términos muy similares a los de las prohibiciones de contratar*, no la aplica el tribunal sentenciador (y, por lo que afecta al indulto, la sentencia que estamos comentando dice que no puede quedar incluida en él, porque éste se refiere *a la pena*).

⁴⁵ En este sentido, J. FERRÁN DILLA, en PAREJO ALFONSO/PALOMAR OLMEDA (2009:520). Antes de la reforma, estas prohibiciones se establecían en el art. 60.1.c), y se encontraban incluidas en los

prohibiciones de contratar que se establecen como sanción administrativa directa en normas sectoriales (como la LGT o la LGS), que se aplicaban directamente.⁴⁶

La nueva redacción resultado de la Ley 40/2015 no sólo cambia el orden de las prohibiciones [las prohibiciones derivadas de sanción administrativa se colocan en la letra *b*), inmediatamente a continuación de las penales] y singulariza las prohibiciones impuestas directamente como sanción administrativa [art. 60.1.f)], a las que antes no se hacía ninguna referencia, de las simplemente derivadas de una sanción administrativa anterior [art. 60.1.b)], sino que, a efectos del procedimiento, establece una regulación común para las prohibiciones derivadas de una sanción penal y para las derivadas de una sanción administrativa, extendiendo a éstas el régimen que antes se reservaba a las primeras, en el nuevo artículo 61.2 (que es prácticamente idéntico al antiguo párrafo 2º del 61.1, sólo con esa diferente ámbito

“restantes supuestos” a que se refiere el art. 61.1, párrafo 3º, en los que “la apreciación de la concurrencia de la prohibición de contratar requerirá la previa declaración de su existencia mediante procedimiento al efecto”.

Una confirmación de esta tesis, aunque ciertamente de valor subordinado, la encontramos en el artículo 13.1 del Reglamento por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, que dice que las inscripciones de las prohibiciones de contratar se practicarán en virtud de la resolución del Ministerio por la que se establezca su duración y alcance, salvo “[e]n los casos en que la prohibición se acuerde *por resolución judicial* que se pronuncie también sobre su alcance y duración”.

Con todo, la posibilidad de que la sanción contuviera alguna clase de pronunciamiento sobre el alcance y duración de la prohibición (en cuyo caso ésta se aplicaría de manera directa), aparecía de forma en cierto modo asistemática en la normativa anterior (art. 21.2 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas): “El alcance de la prohibición se apreciará en la forma que reglamentariamente se determine atendiendo, en su caso, a la existencia de dolo o manifiesta mala fe en el empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos y no excederá de cinco años, con carácter general, o de ocho para prohibiciones que tengan por causa la existencia de condena mediante sentencia firme. *En todo caso, se estará a los pronunciamientos que sobre dichos extremos, en particular sobre la duración de la prohibición de contratar, contenga la sentencia o resolución firme y en tal supuesto, las prohibiciones de contratar se aplicarán de forma automática por los órganos de contratación*”. Esta mención desapareció en la Ley 30/2007, que sólo dejaba, para la aplicación de las prohibiciones derivadas de sanciones administrativas, la vía del procedimiento especial con resolución del Ministro de Hacienda.

⁴⁶ Como ejemplos cabe citar el artículo 59.3.a) de la Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre) o el artículo 186.1.b) de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre). También en Leyes variadas como la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (art. 56.3) y numerosas Leyes autonómicas (por ejemplo, en materia de urbanismo).

de aplicación, que ahora incluye las prohibiciones derivadas de sanción administrativa:

“La prohibición de contratar por las causas previstas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas.

En el caso de que la sentencia o la resolución administrativa no contengan pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar; en los casos de la letra e) del apartado primero del artículo anterior; y en los supuestos contemplados en el apartado segundo, también del artículo anterior, el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con lo dispuesto en este artículo”.

Antes de la reforma, era fácil saber cuándo la sentencia se iba a pronunciar expresamente: cuando la prohibición de contratar esté establecida como pena en el Código Penal. Parecería lógico aplicar el mismo criterio para la interpretación de la nueva norma, es decir, para saber cuándo la resolución administrativa sancionadora debe pronunciarse, además, sobre la prohibición de contratar, y en qué casos será necesaria la tramitación de un procedimiento administrativo adicional.

El problema es que en ninguno de los supuestos previstos en el art. 60.1.b) la norma sancionadora prevé la imposición de la prohibición de contratar como una sanción directa. Estos supuestos se recogen ahora en el art. 60.1.f) (y en rigor no necesitan aparecer en el TRLCSP). Parece que algunos de los órganos administrativos competentes para imponer las sanciones enumeradas en el art. 60.1.b), como la CNMC, pueden estar entendiendo la norma como una habilitación para que, facultativamente, impongan en sus resoluciones la prohibición de contratar

como un pronunciamiento adicional a la sanción o sanciones reguladas en las Leyes sectoriales que les otorgan competencia para actuar.⁴⁷

Existen buenos argumentos para interpretar que, a pesar de la vaguedad del texto vigente del TRLCSP, los órganos sectoriales con competencia para imponer las sanciones previstas en el art. 60.1.b) no son competentes para aplicar directamente las prohibiciones de contratar.⁴⁸

En primer lugar, si los tribunales penales se limitan a aplicar el Código Penal, sin convertirse en aplicadores de las normas administrativas que extraen consecuencias negativas adicionales de la condena penal, no hay razones para que los órganos administrativos sectoriales (incluida la CNMC) no se limiten a aplicar su norma sectorial (en este caso, la LDC), sino que pasen también a aplicar otras como el TRLCSP. Si el legislador, que podía haber modificado la LDC para convertir la prohibición de contratar en una auténtica sanción de imposición directa por la CNMC, no lo ha hecho, no parece que tenga sentido que los órganos sancionadores den el paso que el legislador no ha querido dar.

En segundo lugar, tampoco parece razonable interpretar las normas (en este caso, el artículo 61.2 del TRLCSP) en el sentido de que establecen, no un procedimiento, sino dos distintos, de uso facultativo, para conseguir la misma finalidad. Y, en efecto, salvo que lleguemos a la conclusión que aquí se defiende, es decir, la de que los órganos administrativos sancionadores sólo deben imponer la prohibición de contratar cuando ésta se encuentre configurada como sanción en la Ley sectorial que ellos aplican, habrá que concluir que los órganos sancionadores

⁴⁷ *Vid. supra*, nota 38.

⁴⁸ En este sentido, y con carácter general para todas las prohibiciones de contratar derivadas de una previa sanción administrativa, H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO (2000:420-421), J. BERMEJO VERA (2008:549).

pueden aplicar la prohibición de contratar en sus resoluciones sancionadoras *o no hacerlo*, en cuyo caso será necesario aplicar el procedimiento que termina con una resolución del Ministerio competente en materia de contratación.

Por otro lado, tenemos un argumento derivado de la Directiva, cuya autoridad en esta materia es difícil poner en duda. Y es que la Directiva dice que la causa de exclusión del artículo 57.4.d) (falseamiento de la competencia) será de aplicación facultativa para “el poder adjudicador”, no para los órganos que impongan las sanciones administrativas que tengan aparejada la prohibición de contratar.

Por último, parece claro que en la aplicación de la prohibición de contratar es necesario tener en cuenta el interés público específico de la contratación pública, como es también el criterio dominante de la Directiva. Por tanto, parece claro que, con independencia de la labor de filtro que también pueda corresponder al órgano sancionador, también debe poder decir algo el órgano competente en materia de contratación (en la normativa vigente, el Ministerio).

6.2. El procedimiento dirigido a la declaración de la prohibición de contratar y su regulación vigente.

El procedimiento que es necesario tramitar para que se declare la duración y alcance de la prohibición de contratar en aquellos casos en que no pueda ser apreciada directamente está regulado en el artículo 61 del TRLCSP (que se mantiene sin apenas variación en el 72 del Proyecto de Ley). Es necesario tener en cuenta, igualmente, las normas reglamentarias anteriores en aquello que no sean incompatibles con la legislación vigente: el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (artículos 18-20) y el Reglamento por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo (artículos 12-14).

En ese procedimiento, la competencia para dictar la resolución por la que se fija la duración y alcance de la prohibición corresponde al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas (actualmente, *Hacienda y Función Pública*), a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (art. 61.3 TRLCSP).

Como la JCCA no conoce, salvo excepciones, la imposición de estas sanciones, “el órgano judicial o administrativo del que emane la sentencia o resolución administrativa *deberá remitir de oficio* testimonio de aquélla o copia de ésta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sin perjuicio de que por parte de éste órgano, de tener conocimiento de su existencia y no habiendo recibido el citado testimonio de la sentencia o copia de la resolución administrativa, pueda solicitarlos al órgano del que emanaron” (art. 61.3, párrafo 2º, del TRLCSP, y 72.3, párrafo 2º, del Proyecto de Ley, y art. 19.1, párrafo 3º, del RGLCAP). Esta comunicación es obligatoria tanto en la normativa vigente y en la proyectada, como en la precedente, incluidas las normas legales que estaban vigentes cuando se aprobaron los reglamentos que hoy desarrollan el procedimiento (Reales Decretos 1098/2001 y 817/2009, citados).⁴⁹

Para que pueda enviarse el expediente a la JCCA es necesario que la sanción sea **firme**. Como la norma no añade “en vía administrativa”, hay que entender

⁴⁹ El artículo 21.4 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, decía que los órganos competentes “notificarán (...) todas las sanciones y resoluciones firmes”, fórmula que pasó al Texto Refundido de 2000, a la Ley 30/2007 y finalmente al artículo 61.5 del TRLCSP hasta su modificación por la Ley 40/2015. El hecho de que a partir de esta modificación la norma diga que el órgano “deberá remitir de oficio” copia de la resolución (sin que se hable de “todas las sanciones”) no permite sostener, pese a alguna voz en contra, que ahora se haya endurecido el régimen de las sanciones o establecido un mayor automatismo en su aplicación, que obligue a dar por superada la jurisprudencia y doctrina administrativa recaídas en interpretación de las normas reglamentarias de desarrollo.

firmeza en sentido estricto. Si la sanción es impugnada en vía contencioso-administrativa, no será firme hasta que en ese proceso recaiga sentencia u otra resolución firme. Por tanto, las sanciones (multas) podrán ejecutarse desde que sean impuestas por la CNMC (salvo suspensión cautelar), pero en cambio la prohibición de contratar sólo será efectiva tiempo después de la firmeza de la sentencia, pues sólo en ese momento podrá iniciarse el procedimiento dirigido a su aplicación. Si la CNMC pudiera pronunciarse en su resolución sancionadora sobre la prohibición de contratar, se trataría de un pronunciamiento cuya eficacia seguiría un régimen distinto al del resto de los pronunciamientos (sancionadores), porque éstos comienzan a ejecutarse cuando la sanción es firme en vía administrativa, mientras que la prohibición de contratar sólo comenzaría a producir efectos en un momento posterior, el de la firmeza.

La remisión de la resolución sancionadora a la JCCA es más compleja de lo que puede parecer, ya que se remitirán “las actuaciones seguidas mediante la tramitación del correspondiente expediente, en el que se cumplirá el trámite de audiencia, acompañando informe sobre las circunstancias concurrentes, a efectos de que por aquélla [la JCCA] se pueda apreciar el alcance y la duración de la prohibición de contratar que ha de proponer al Ministro de Audiencia” (art. 19.1, párrafo 3º, del RGLCAP).

Esta norma ha sido objeto de una importante interpretación por la JCCA en su Acuerdo de 18 de abril de 2002, que en resumen viene a decir que la remisión de las actuaciones no es automática ni obligatoria, debiendo valorarse *ya por el órgano sancionador* (no sólo por la JCCA o el Ministerio, que intervienen después), no sólo

la duración mayor o menor sino incluso la inconveniencia de aplicar la prohibición de contratar, lo que permitirá prescindir de la comunicación a la JCCA.⁵⁰

La decisión de la CNMC (u otro órgano sancionador) de remitir la sanción a la JCCA es un acto de trámite que por sí solo no aplica la prohibición de contratar ni predetermina (por lo menos, no al 100%) el contenido de la resolución final, de modo que en principio no será recurrible por la empresa sancionada, que impugnará, en su caso -y como es habitual- la decisión ministerial que le imponga la prohibición. En cambio, una posible resolución de la CNMC por la que se acuerde no remitir la sanción a la JCCA por entender concurrentes circunstancias que lo justifican, sí que influiría decisivamente en la resolución final, por lo que sería un acto de trámite cualificado (aunque, tras la reforma de 2015, el hecho de que el art. 61.3, párrafo 2º *in fine* diga que la comunicación por parte del órgano sancionador a la JCCA lo es “sin perjuicio de que por parte de este órgano, de tener conocimiento de su existencia y no habiendo recibido el citado testimonio de la sentencia o copia de la resolución administrativa, pueda solicitarlos al órgano del que emanaron”, permite entender que el filtro negativo de la CNMC no impide que se aplique la prohibición de contratar).

⁵⁰ “En este apartado debe concluirse que la regulación reglamentaria del expediente para la declaración de prohibición de contratar por la causa de la letra d) del artículo 20 de la Ley requiere un expediente previo a instruir por las autoridades u órganos que acuerden sanciones o resoluciones firmes en el que se cumpla el trámite de audiencia, obviamente sobre la procedencia de la prohibición de contratar, no sobre la sanción ya impuesta, y el informe sobre las circunstancias concurrentes para que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su propuesta, y el Ministro de Hacienda, en su resolución, puedan apreciar el dolo o mala fe y la entidad del daño causado a los intereses públicos, circunstancias que han de determinar, según el artículo 21.2 de la Ley, el alcance y duración de la prohibición de contratar. Resulta oportuno destacar que, reiterando el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa expuesto en su informe de 17 de marzo de 1999 (expediente 6/99) son las autoridades y órganos que acuerden sanciones o resoluciones firmes los que deben decidir si procede elevar las actuaciones a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para la posterior resolución del expediente por el Ministro de Hacienda o, por el contrario, que no procede la remisión del expediente, todo ello a la vista de las circunstancias concurrentes”.

Es muy probable que en algunos casos sea un tercero (por ejemplo, el denunciante de la conducta contraria a la competencia) quien impulse la remisión de la sanción a la JCCA, para que ésta inicie el expediente dirigido a la aplicación de la prohibición de contratar. ¿Puede ese denunciante impugnar la resolución de la CNMC por la que se rechace la remisión del expediente a la JCCA, o la denegación presunta? Nos enfrentamos al viejo problema de la legitimación de los denunciantes. Desde luego en este caso si la empresa que solicita la remisión es competidora de la empresa sancionada, no puede decirse que la prohibición de contratar le sea indiferente, puesto que mejorará su posición en el mercado al librarla de un competidor. Por lo tanto, se le debería reconocer legitimación, aunque los precedentes jurisprudenciales no son favorables.⁵¹

En cuanto al procedimiento en la JCCA, que puede enterarse de la existencia de la sanción por comunicación del órgano sancionador o porque ella misma le reclame el expediente (por ejemplo porque una empresa competidora pone en su conocimiento la sanción), es competente para elaborar la propuesta de resolución (art. 61.3 TRLCSP, párrafo 2º), añadiendo el art. 19.1, párrafo 3º, del RGLCAP que deberá conceder un nuevo trámite de audiencia a la empresa sancionada, y que la actuación de la Junta no es automática, debiendo valorar las circunstancias concurrentes.

Finalmente, el Ministro de Hacienda dictará resolución declarando la prohibición de contratar y su duración, a propuesta de la JCCA.⁵² Dicha resolución es

⁵¹ La STS de 30 de abril de 2014 (recurso de casación 1530/2013) dice que no existe legitimación del tercero denunciante para pedir la apertura del procedimiento para declarar la prohibición de contratar.

⁵² El art. 61.4, que dice que cuando la entidad contratante no tenga el carácter de Administración Pública, la competencia para declarar la prohibición de contratar “corresponderá al titular del departamento, presidente o director del organismo al que esté adscrita o del que dependa la entidad contratante o al que corresponda su tutela o control. Si la entidad contratante estuviera vinculada a

susceptible de recurso contencioso-administrativo por la empresa afectada, en el que podrá acordarse, en su caso, la suspensión cautelar. Esta clase de recursos son relativamente frecuentes y a partir de ellos ha surgido prácticamente toda la jurisprudencia sobre las prohibiciones de contratar.

La duración máxima del procedimiento es de seis meses (Disposición Adicional 3ª, apartado 1, del RD 1098/2001), al término de los cuales se produce la caducidad al tratarse de un procedimiento que se inicia de oficio y es susceptible de producir consecuencias desfavorables para el ciudadano. En relación con la apreciación de la caducidad, se consideran expedientes distintos (con su propio plazo de caducidad) el expediente que inicia la autoridad que ha impuesto la sanción y el expediente que inicia la JCCA (y termina con la OM que impone la prohibición), tal como ha dicho la jurisprudencia.⁵³

7. La duración de la prohibición de contratar y su cómputo. Prescripción.

El plazo máximo de duración de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia o por cualquiera de las demás sanciones administrativas que llevan aparejada prohibición de contratar es de tres años (art. 60.6, párrafo 2º, del TRLCSP, y 72.6, párrafo 2º, del Proyecto de Ley). Se trata de la duración máxima permitida por la Directiva (art. 57.7), aunque el *dies a quo* previsto en la Directiva no es el mismo que establece la legislación española.

En la Directiva, el plazo máximo es de tres años “a partir de la fecha del hecho relevante en los casos contemplados en el apartado 4”, uno de los cuales sería que “el poder adjudicador tenga indicios suficientemente plausibles de que el

más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria”.

⁵³ En este sentido, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2011 (recurso contencioso-administrativo 18/2011, JUR 2011/436010) y de 12 de marzo de 2009 (JUR 2010/332065, recurso 12/2008).

operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia”.

Por lo que se refiere a los criterios que deberán tenerse en cuenta para fijar la duración de la prohibición, parece claro que son relevantes tanto factores que contribuyen a valorar la conducta de la empresa sancionada, como la intencionalidad (similares cuando no idénticos a los que se tienen en cuenta para la graduación de las sanciones) junto a otros relacionados con los intereses públicos en materia de contratación, como el daño que la exclusión de un competidor puede producir a la competencia. El artículo 19.4 del RGLCAP dice que “[e]l alcance y 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”. Esta norma en principio reproducía una previsión legal, incluida en el art. 61.2 del TRLCSP hasta su modificación por la Ley 40/2015. La derogación de este precepto, y el hecho de que la nueva redacción de los artículos 61 y 61 *bis* no contenga criterios de graduación de la duración de las prohibiciones no supone, entiendo, que esos preceptos que siguen figurando en el reglamento dejen de aplicarse, porque no contradicen la nueva regulación legal y porque constituyen una concreción de principios como los de culpabilidad y proporcionalidad que serían de aplicación en todo caso.

8. Ámbito territorial de la prohibición de contratar.

El artículo 60.1 del TRLCSP, que enumera una serie de prohibiciones de contratar entre las que se incluye la relativa al “falseamiento de la competencia”, dice que las mismas impiden “contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley”, lo que significa prohibición general de contratar con todas las entidades del sector público, incluyendo, por tanto, el estatal, el autonómico y el local.

Sin embargo, el mismo precepto se remite al artículo 61 *bis* para fijar los efectos de la prohibición de contratar. Una de las formas de graduar la prohibición de contratar (junto con la determinación de su duración) es precisamente la determinación de su alcance: ¿debe prohibir contratar sólo con el sector público estatal? ¿sólo con el de la comunidad autónoma que haya impuesto la sanción?

El artículo 61 *bis*, incorporado por la Ley 40/2015 y producto de un remiendo de la regulación precedente, es poco claro porque mezcla cuestiones relacionadas con la eficacia temporal de las prohibiciones de contratar (la inscripción como requisito en ciertos casos) con otras relativas a su eficacia territorial. Esta última se aborda en el apartado 1 y en el 4. Este último se refiere a un supuesto muy concreto: las prohibiciones de contratar impuestas como sanción administrativa *directa* (es decir, no como consecuencia de la previa imposición de otra sanción administrativa) por infracciones tipificadas en la Ley General Tributaria y en la Ley General de Subvenciones, y sienta el criterio de que tales prohibiciones sólo impiden contratar con la Administración Pública sancionadora.⁵⁴

El apartado 1 se refiere a un tipo concreto de prohibiciones [las del artículo 61.2, así como la del artículo 60.1.e) en lo relativo a haber incurrido en falsedad en las proposiciones presentadas a una licitación en la información relativa al cumplimiento de los requisitos de participación]. Estas prohibiciones (entre las que no se encuentra la de falseamiento de la competencia) tienen en común el hecho de que se deben a conductas ilegales cometidas en anteriores procedimientos de contratación, y el TRLCSP establece para ellas un ámbito de aplicación muy limitado, puesto que en principio sólo impiden contratar con el órgano de

⁵⁴ La norma se mantiene, como casi toda la regulación de las prohibiciones de contratar, en el artículo 73.4 del Proyecto de Ley. En una interpretación literal (única que cabe en esta materia, que es estrictamente sancionadora), esta prohibición sólo impediría contratar con las *Administraciones Públicas* sancionadoras en sentido estricto, no con su sector público.

contratación ante el que se haya efectuado la conducta ilegal que motiva la prohibición, aunque se permite extender los efectos de la prohibición, primero al sector público del órgano de contratación y después, “excepcionalmente”, al conjunto del sector público.

En su último párrafo, al art. 61 *bis*.1, dice que “[e]n los casos en que la competencia para declarar la prohibición de contratar corresponda al Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, la misma producirá efectos en todo el sector público”. Es dudoso que esta previsión se refiere a la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia, porque todo el apartado 1 está hablando de otras prohibiciones, las del artículo 60.2 [con el añadido parcial del 60.1.e)]. En todo caso, ya sea porque la competencia para declarar esta prohibición de contratar (en caso de silencio de la resolución administrativa sancionadora) corresponde al Ministerio, o porque hay que entender que, en ausencia de norma que señale un ámbito más pequeño, éste es la totalidad del sector público, hay que entender que la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia tiene como ámbito la totalidad del sector público.

Lo que debe descartarse es que la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia tenga un ámbito territorial u otro en función del órgano que haya impuesto la sanción (estatal si procede de la CNMC, autonómico si procede de una autoridad autonómica), puesto que las infracciones castigadas por las autoridades autonómicas pueden ser exactamente igual de graves que las castigadas por la CNMC, que también conoce de asuntos cuyo alcance sea exclusivamente autonómico si los hechos se han producido en comunidades autónomas que no hayan asumido esta competencia.

9. Eficacia de la prohibición de contratar. Cómputo del plazo de duración.

9.1. Comienzo de la eficacia.

El plazo de la prohibición de contratar comienza a computarse desde la firmeza de la resolución sancionadora, si ésta se pronuncia sobre el alcance y duración de la misma, de modo que no es necesario ningún pronunciamiento adicional para que la misma produzca efectos (art. 61 bis.3, párrafo 1º, del TRLCSP, y 73.3, párrafo 1º, del Proyecto de Ley). En caso de que, por carecer de ese pronunciamiento la resolución sancionadora, sea necesario ese procedimiento adicional, el plazo comenzará a correr a partir de la inscripción de la resolución ministerial en el registro (art. 61 bis.3, párrafo 2º, del TRLCSP, y 73.3, párrafo 2º, del Proyecto de Ley).

Nótese cómo, aunque la sanción administrativa tiene que ser firme para dar lugar a la prohibición de contratar, la resolución que declara la prohibición -en caso de ser necesaria- produce efectos aunque no sea firme. Si es recurrida en vía contencioso-administrativa, habrá que pedir su suspensión cautelar para paralizar esos efectos y permitir que la empresa afectada se presente a una licitación. Cabría preguntarse, incluso, si la prohibición de contratar produce efectos desde que se dicta, como sucede con los actos administrativos en general (art. 39.1 de la Ley 39/2015) o hay que esperar a que no quepa contra ella ningún recurso en vía administrativa, como ocurre con las resoluciones sancionadoras (art. 90.3 de la misma Ley), lo que nos remite al debate inicial sobre su naturaleza jurídica.

En relación con la inscripción de la prohibición en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado, existe alguna contradicción en la regulación vigente, puesto que cuando la prohibición es impuesta directamente por una sentencia o sanción administrativa, produce efectos desde su firmeza, sin esperar a la inscripción, mientras que cuando la prohibición viene establecida por una resolución del Ministerio, no sólo hace falta este paso adicional, que se añade a la firmeza de la sanción administrativa, sino que la inscripción es necesaria para que la prohibición produzca efectos, como se ha indicado *supra*. En todo caso, todas las

prohibiciones de contratar derivadas de penas o sanciones administrativas deben inscribirse (art. 61 *bis*.2, párrafo 1º, y en el mismo sentido el 73.2 del Proyecto de Ley), aunque ya no se dice, como en el art. 61.4 del TRLCSP hasta su modificación por la Ley 40/2015, que la eficacia de las prohibiciones esté condicionada a su inscripción. *Ahora está condicionada a su inscripción salvo que la prohibición venga directamente establecida, con fijación de duración y alcance, en la sentencia o resolución administrativa sancionadora.*

La inscripción registral de las prohibiciones de contratar es imprescindible para que éstas puedan producir efectos prácticos, pues de otro modo es imposible que los miles de órganos de contratación distribuidos por toda la geografía puedan conocerlas. Sin embargo, este mecanismo pierde buena parte de su fuerza si tenemos en cuenta que el licitador que haya sido propuesto para la adjudicación, que debe acreditar el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para contratar, no está obligado a presentar una certificación negativa del Registro, pudiendo optar, por ejemplo, por una declaración responsable (art. 73.1 TRLCSP y 85 del Proyecto de Ley, que sigue considerando voluntario para el empresario presentar certificaciones del Registro). La presentación de datos falsos en esa declaración responsable (que permite eludir el cumplimiento de la prohibición) recibe como respuesta... la imposición al empresario de una nueva prohibición de contratar.

La prohibición deja de surtir efecto cuando transcurra su plazo de duración, que se contará desde que comience a producir efectos. Con independencia de ello, el artículo 61 *bis* 2, párrafo 3º, deja claro que “[l]a inscripción de la prohibición de contratar en el Registro de Licitadores correspondiente caducará pasados 3 meses desde que termine su duración, debiendo procederse de oficio a su cancelación en dicho Registro tras el citado plazo” (la norma se reproduce en el art. 73.2 del Proyecto de Ley).

9.2. Medidas provisionales que adelantan la eficacia de la prohibición. Declaración de la prohibición con motivo del intento de participación de la empresa sancionada en una nueva licitación.

Todavía en relación con la eficacia de la prohibición de contratar, es necesario comentar la previsión contenida en el artículo 61 *bis*.3, párrafo 3º (que se mantiene en el 73.3 del Proyecto de Ley), que establece que “en los supuestos previstos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 60 [es decir, prohibiciones de contratar derivadas de condena penal o sanción administrativa] en los casos en que los efectos de la prohibición de contratar se produzcan desde la inscripción en el correspondiente registro, podrán adoptarse, en su caso, por parte del órgano competente para resolver el procedimiento de determinación del alcance y duración de la prohibición, de oficio, o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera adoptarse”. Por tanto, aunque lo normal es que la eficacia de la prohibición requiera una resolución administrativa (del Ministro) que así lo declare y *además* la inscripción en el ROL, se permite que el órgano competente (el Ministro, en este caso) adopte medidas provisionales que le den eficacia antes de la inscripción e incluso antes de que se dicte la resolución.

Con esta previsión parece hacerse referencia a aquellos supuestos en los que intenta participar una empresa a la que ha sido impuesta una sanción firme, pero en los que todavía no se ha declarado la prohibición de contratar porque la sanción no la impone y todavía no se ha dictado (o aún no se ha inscrito) la resolución administrativa que fija el alcance y duración de la prohibición. Es probable que en un supuesto de este tipo una empresa competidora pretenda la inadmisión de la proposición presentada por la empresa sancionada, para lo cual pedirá la adopción de las medidas provisionales previstas en este artículo, que aparentemente les da cobertura.

Parece claro que si mediante una medida provisional se adelanta la eficacia de la prohibición de contratar, ese tiempo habrá de ser computado como de cumplimiento efectivo de la prohibición, cuyo plazo no comenzará entonces desde la fecha de la inscripción, sino desde la fecha de aplicación efectiva de la prohibición.

9.3. La “prescripción” de las prohibiciones de contratar.

En aquellos casos en que la prohibición de contratar requiere un procedimiento administrativo específico (al no estar prevista, con fijación de alcance y duración, en la propia resolución sancionadora), el plazo para la iniciación de ese procedimiento es limitado, concretamente de tres años desde la firmeza de la resolución sancionadora [art. 61.7.a) del TRLCSP y 73.7 del Proyecto de Ley]. Con independencia de la naturaleza sancionadora, o no, es plenamente coherente, en virtud del principio de seguridad jurídica, el establecimiento de este plazo.

Puede mencionarse que, mientras que en el caso de las prohibiciones de contratar debidas a la previa imposición de una pena, el plazo es el de prescripción de la pena, fijado en el CP, en el caso de las prohibiciones debidas a la previa imposición de una sanción (que es el que ahora nos ocupa), se establece un plazo específico, distinto del de prescripción de la sanción (fijado en el artículo 30.1 de la Ley 40/2015). En línea de principio, si las prohibiciones de contratar son algo distinto de las sanciones y de las penas (y, precisamente por ello, se encuentran establecidas en el TRLCSP, no en el CP o en las Leyes sectoriales que tipifican las infracciones y sanciones), es razonable que tengan un plazo de prescripción propio.

Este plazo de prescripción supone una diferencia entre las prohibiciones de contratar que se establecen en la resolución sancionadora (que no requieren un procedimiento adicional, y a las que, por tanto, no se aplica este plazo de prescripción), y las prohibiciones que sí requieren la tramitación de un procedimiento adicional (a las que sí se aplica el plazo de prescripción). Ello supone un argumento

más para que las distintas prohibiciones se apliquen mediante un procedimiento único en cada caso (por decisión del órgano sancionador si están establecidas en la norma sancionadora, o por el Ministerio en otro caso), frente al esquema “alternativo” que hemos visto *supra*, en el que el órgano sancionador podría, si quiere, fijar el alcance y duración de la prohibición, siendo necesaria en otro caso la intervención del Ministerio.

10. El derecho de la empresa sancionada a evitar la prohibición de contratar mediante la aplicación de medidas correctivas.

La Directiva contempla las prohibiciones de contratar –a las que denomina “causas de exclusión”- como una posible cortapisa a la competencia. Por ello reduce su número y además permite su dispensa, bien por decisión del poder adjudicador, bien mediante la adopción por el empresario de medidas correctivas, algo a lo que el legislador comunitario le ha otorgado un auténtico derecho.⁵⁵

Esa posibilidad de dispensa de la prohibición, que casa bastante mal con el planteamiento punitivo de la legislación española de contratación, no fue incorporada en la reforma del TRLCSP por la Ley 40/2015 (a pesar de que con ella se pretendía transponer la Directiva en materia de prohibiciones de contratar), y sí lo ha hecho el

⁵⁵ La posibilidad de dispensar las prohibiciones de contratar por decisión de las autoridades (no por la adopción de medidas de corrección) está prevista en el art. 57.3 de la Directiva: “Los Estados miembros podrán establecer una excepción a la exclusión obligatoria prevista en los apartados 1 y 2, con carácter excepcional, por razones imperiosas de interés general como la salud pública o la protección del medio ambiente”.

El derecho del operador a obtener la dispensa de la prohibición de contratar si adopta medidas que demuestren su fiabilidad, que deben incluir el pago de la multa o indemnización, la colaboración con las autoridades investigadoras para la aclaración de los hechos y circunstancias y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas, se regula en el artículo 57.6, que deja fuera los supuestos en que el operador haya sido excluido de la contratación por sentencia firme (no, en cambio, cuando la prohibición de contratar es impuesta en un procedimiento adicional, sobre la base de una previa condena penal).

Proyecto de Ley en el artículo 72.5, párrafos 2º y 3º, una de las escasas modificaciones sobre la regulación vigente.⁵⁶

La norma proyectada no se aplica sólo *antes* de la imposición de la prohibición de contratar, sino también *después*. La empresa puede así obtener su rehabilitación y el cese de los efectos de la prohibición *en cualquier momento de su vigencia*. No se trata, por tanto, de nada parecido a un arrepentimiento espontáneo, sino que se trata de una conducta ejecutada con pleno conocimiento de que se va a imponer o se ha impuesto una sanción, y con la intención de eludir sus efectos.

En un clarísimo ejemplo de aplicación de la ley del péndulo, el legislador español ha pasado de no reconocer este derecho pese a estar previsto en la Directiva, a ir más allá de lo que ella exige o incluso permite. Para empezar, la Directiva condiciona la dispensa que el operador económico presente “pruebas suficientes *para demostrar su fiabilidad* pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente”. La apreciación de esa fiabilidad parece ser discrecional: “Las medidas adoptadas por

⁵⁶ Los citados párrafos, que con seguridad habrían merecido un apartado independiente, porque su supuesto de hecho no es el mismo que el del primer párrafo del art. 72.5, dicen lo siguiente:

“No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por la sentencia penal 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, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuros delitos o infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia. En los supuestos en que el procedimiento de declaración de prohibición de contratar traiga su causa de delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social por impago de impuestos y cotizaciones, la acreditación antes mencionada vendrá referida a la reparación del daño materializada en el pago de la cantidad adeudada a la Hacienda Pública y la Seguridad Social incluyendo los intereses y sanciones impuestas o la obtención respecto de dicha cantidad del correspondiente acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento.

La prohibición de contratar, así declarada, podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia, cuando la persona que haya sido declarada en situación de prohibición de contratar acredite el cumplimiento de los extremos a que se refiere el párrafo anterior. El órgano competente para conocer de la citada revisión será el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar.”

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”. Los tres requisitos exigidos a continuación (cumplir la sanción y abonar las indemnizaciones, colaborar con el órgano sancionador y adoptar medidas preventivas) son un mínimo imprescindible para que se reconozca la fiabilidad, pero no parece que pueda considerarse que garanticen la obtención de una decisión favorable.⁵⁷

Pues bien, la norma proyectada comienza por olvidarse de uno de los tres requisitos de la dispensa establecidos en el artículo 57.6 de la Directiva, es decir, haber “aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras”, requisito que el Proyecto, incomprensiblemente, olvida.⁵⁸ Además, la norma parece convertir los dos requisitos (pago de la sanción y adopción de medidas de prevención) en presupuesto necesario y *suficiente* de la dispensa o rehabilitación, mientras que en la Directiva deben ser objeto de un juicio en el que, al menos en opinión, el órgano competente dispone de un importante margen de apreciación para valorar el concepto legal indeterminado de “fiabilidad”. Si tenemos en cuenta que el pago de la multa o indemnización es algo a lo que está obligada en todo caso la empresa sancionada, y que se ha eliminado el requisito de la plena colaboración con las autoridades sancionadoras, todo queda reducido a la adopción (más bien al compromiso de adoptar) “medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuros delitos o

⁵⁷ Como parece confirmar el apartado 102 del preámbulo de la Directiva.

⁵⁸ Saliendo al paso de un posible contraargumento, hay que decir que la mención al programa de clemencia no suple la mención a este requisito. Aunque las empresas acogidas al mismo tengan que haber colaborado, la dispensa del artículo 72.5 también se aplica fuera del ámbito del Derecho de la competencia y, dentro de éste, fuera de dicho programa. Una empresa puede acogerse al art. 72.5 aunque no participe en el programa de clemencia, y en ese caso no se le exige haber colaborado, algo que sí exige la Directiva.

infracciones administrativas”, por lo que desaparece en buena medida la capacidad disuasoria de las prohibiciones de contratar, fáciles de eludir mediante el sencillo expediente de presentar lo que vulgarmente se llama “un programa de *compliance*”, elemento éste cuya demanda no es aventurado suponer que experimentará un notable incremento.⁵⁹

Esta exención de la prohibición, ¿debe aplicarla el Ministerio de Hacienda, o también los tribunales penales o las autoridades administrativas sancionadoras (como la CNMC) en caso de que sean ellas quienes declaren el alcance y duración de la prohibición de contratar? Aparentemente, el artículo 72.5 no distingue uno y otro supuesto e indica que lo que en él se dispone se aplicará “en sede del trámite de audiencia *del procedimiento correspondiente*”. Esto se predica también de la aplicación sobrevenida del mecanismo de rehabilitación, de la que se dice que “[e]l órgano competente para conocer de la citada revisión será el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar”.

En este punto es preciso notar otra discordancia entre el artículo 72.5 y el 57.6 de la Directiva, porque éste deja fuera, como hemos visto, los supuestos en que la prohibición haya sido impuesta sentencia firme, excepción que no hace el texto proyectado.

El Proyecto de Ley ha aprovechado este párrafo, que era obligatorio para incorporar el artículo 57.6 de la Directiva, para dar una solución al problema planteado por la aplicación del “programa de clemencia”, es decir, los artículos 65 y

⁵⁹ A pesar de la utilización generalizada del término *compliance*, la dispensa que regula la Directiva y el artículo 72.5 del Proyecto de Ley no se corresponde con la eximente prevista en el artículo 31 *bis* del CP, apartados 2 a 5, porque en este caso las medidas de prevención de conductas delictivas tienen que implantarse *antes* de la comisión del delito. Lo que prevén la Directiva y el Proyecto se asemeja más bien a las atenuantes del artículo 31 *quater*, letras *b*), *c*) y *d*), sólo que la normativa de contratos se convierten en eximentes.

66 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC). Es cierto que el estímulo que la exención del pago de la multa (o su reducción) suponen para que una empresa integrante de un cártel lo denuncie y haga posible su descubrimiento y sanción, quedaría en entredicho si la empresa, aun no teniendo que pagar la multa, sufriera la prohibición de contratar. Sin una mención expresa sería difícil integrar la participación en el programa de clemencia en el supuesto previsto en el artículo 57.6 de la Directiva, porque esa participación no equivale a la adopción de medidas de prevención.

Cuando una empresa haya participado en el programa de clemencia en la versión del artículo 65 LDC (exención total del pago de la multa), no se le impondrá la prohibición de contratar. No tiene que pagar multa alguna (la ha eximido el artículo 65) y la participación en el programa equivale (por disposición expresa del artículo 72.5) a la adopción de medidas de prevención, de modo que se cumplen todos los requisitos. En el caso de la participación en el programa de clemencia a través del artículo 66 LDC (reducción del importe de la multa), la interpretación del artículo 72.5 del Proyecto de Ley más favorable a la empresa es que con el pago de la multa reducida queda exenta de la prohibición de contratar.

BIBLIOGRAFÍA:

ÁLVAREZ SAN JOSÉ, María/HORTALÀ I VALLVÉ, Joaquim, “Sucesión empresarial y responsabilidad por infracciones del Derecho de la Competencia”, en GUILLÉN CARAMÉS, Javier/CUERDO MIR, Miguel (Dir.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2015, 163-189.

BERMEJO VERA, José, “Prohibiciones de contratar”, en J. BERMEJO VERA (Dir.), *Diccionario de contratación pública*, Iustel, Madrid, 2008, págs. 537-552.

CALVIÑO GARRIDO, Iria; GUILLÉN CARAMÉS, Javier, “Prohibiciones de contratar por infracciones en materia de falseamiento de la competencia”, RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel (Dir.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario de Derecho Administrativo 2017*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2017 (en prensa).

FELDMAN, Steven W., *Government contracts in a nutshell*, West, St. Paul, 2016 (6ª ed.).

FUERTES LÓPEZ, Mercedes, *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto, *El contratista de la Administración Pública*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

HUERGO LORA, Alejandro, *Las sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2007.

- (2010) “Publicidad del nombre de los infractores (sanción de)”, en B. LOZANO CUTANDA (Dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, Madrid, 2010, págs. 938-943.

MAGIDE HERRERO, Mariano; VÉLEZ FRAGA, Manuel, “Sucesión en la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas: el caso de la reestructuración del sector financiero”, en Recuerda Girela, Miguel Ángel (Dir.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario 2015*, Civitas, Cizur Menor, 2015, págs. 571-595.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “Honorabilidad y buena conducta como requisitos para el ejercicio de profesiones y actividades”, *RAP*, 130 (1993), págs. 23-96

MORELL OCAÑA, Luis, “Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas (arts. 10 a 23 de la Ley)”, en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2004 (2ª ed.), págs. 123-171.

PAREJO ALFONSO, Luciano; PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Bosch, Barcelona, 2009.

PIÑAR MAÑAS, José Luis; CANALES GIL, Álvaro, “Comentario al artículo 20”, en GARCÍA MACHO, Ricardo (Dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 147-168.

RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel, “Una aproximación a la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia”, en IDEM (Dir.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la Competencia (Anuario de Derecho de la Competencia 2016)*, Civitas, Cizur Menor, 2016, págs. 113-133.

SÁINZ MORENO, Fernando, “Temas objeto de debate en la nueva Ley”, en Gómez-Ferrer Morant, Rafael (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 53-105.

SANCHEZ-GRAELLS, Albert, “Competition Infringements and Procurement Blacklisting” (December 14, 2016). Forthcoming, *Competition Law Journal*. Available at SSRN:
<https://ssrn.com/abstract=2885278> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2885278>

SORIANO HINOJOSA, Álvaro, “De la tradicional inarbitrabilidad del Derecho de la competencia a su paulatina aceptación general”, *LA LEY Unión Europea*, 31, 30 de noviembre de 2015.

WEYAND, Rudolf, *Praxiskommentar Vergaberecht*, Beck, München, 2011 (3ª ed.).