



Expediente 26/19

Materia: Prohibición de contratar Art. 71.1, a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Condena por malversación y prevaricación del administrador de sociedad mercantil. Alcance y extensión de la misma a la persona jurídica.

ANTECEDENTES

El Cabildo Insular de Tenerife ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

Al Excmo. Cabildo Insular de Tenerife se le han planteado una serie de dudas sobre la posible concurrencia de una causa de prohibición de contratar en una persona jurídica que ha concurrido a una licitación convocada por esta Corporación, y, sobre la forma de proceder en la licitación en curso, en el caso de que se estimara que efectivamente es de aplicación a dicha persona jurídica la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP)

1. Como antecedentes de la cuestión que se somete a examen de esa Junta Consultiva hemos de destacar los siguientes:

Recientemente hemos tenido conocimiento de que el Tribunal Supremo ha dictado una sentencia que confirma otra de la Audiencia Provincial de Santa



Cruz de Tenerife dictada hace dos años. En esta primera sentencia, que ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en fechas recientes, se condena por los delitos de malversación y prevaricación, entre otros, a una persona que tenía la condición de administrador en una sociedad mercantil, también condenada pero solo como responsable civil en calidad de partícipe a título lucrativo. No hay condena penal para la empresa.

Siendo los delitos por los que se condena al administrador de la sociedad mercantil la malversación y la prevaricación, en la sentencia no se le impone la pena de prohibición de contratar con el sector público, por no estar prevista dicha pena para esos delitos concretos.

La sociedad mercantil sobre la que versa la presente consulta ha concurrido a una licitación convocada por esta Corporación Insular, tramitada por procedimiento abierto no sujeto a regulación armonizada, que se encuentra actualmente en la fase inicial de apertura del archivo electrónico nº 1, que contiene la documentación general para la licitación.

Consultado el Registro Mercantil, hemos comprobado que el administrador de esta sociedad mercantil, si bien ocupaba dicho cargo cuando se dictó la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que le ha impuesto la condena, no ejerce ese cargo en la actualidad, al haber cesado hace más de diez meses (su cese como miembro del consejo de administración de la empresa se publica en el Boletín Oficial del Registro Mercantil del miércoles, 13 de junio de 2018, pág. 26715).

A la vista de cuanto antecede, nos encontramos con una serie de dudas sobre la interpretación del alcance de la prohibición de contratar prevista en el



artículo 71.1.a) de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), y, sobre la forma de proceder en el caso de que se estimase que concurre la misma.

Como punto de partida tomamos el artículo 71.1 .a) de la LCSP que establece lo siguiente: (...).

*A la vista del párrafo segundo del apartado a), la **primera cuestión** que se nos plantea es la referencia temporal que hace a las facultades de representación del administrador condenado. La duda recae sobre cómo ha de interpretarse el término "vigente su cargo o representación y hasta su cese", al objeto de determinar cuáles son los administradores cuya condena puede dar lugar a la concurrencia de esta concreta causa de prohibición de contratar en la persona jurídica a la que prestan sus servicios. Concretamente, se nos plantea si, tal y como parece desprenderse de dicha expresión, la persona jurídica solamente está afectada por dicha prohibición cuando los administradores condenados tienen sus facultades vigentes en el momento de presentar su proposición en un procedimiento de licitación, de manera que si estos perdieran su condición antes de esa fecha, no resultaría de aplicación el precepto.*

La otra posible interpretación consiste en que la condena de un administrador contamina a la persona jurídica aunque haya cesado en el cargo antes de concurrir a la licitación, siempre que aquel haya sido declarado penalmente responsable estando vigente dicho cargo.

La segunda cuestión que se nos plantea consiste en cómo deben proceder la Mesa de Contratación y el propio órgano de contratación en el caso de que



interpreten que concurre una prohibición de contratar en la empresa con motivo de la condena penal a uno de sus administradores por uno de los delitos recogidos en el artículo 71 .1 a) LCSP, cuando, como sucede en este caso, la sentencia no contiene pronunciamiento alguno sobre el alcance o duración de la misma.

El problema surge porque la causa de prohibición objeto de la presente consulta no puede ser apreciada directamente por el órgano de contratación, dado que la sentencia condenatoria no contiene pronunciamiento alguno sobre la misma, sino que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 72.3 LCSP, es necesaria una resolución expresa del Ministro de Hacienda y Función Pública que determine el alcance y duración de dicha prohibición. Esta declaración requiere una propuesta de esa Junta Consultiva de Contratación del Estado, previa la instrucción del procedimiento correspondiente, y el inicio de su eficacia tendrá lugar con la inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, sin perjuicio de que el Ministerio de Hacienda y Función Pública pueda adoptar medidas cautelares (artículo 73.3).

Ante esta situación, entendemos que mientras no conste inscrita una resolución que se pronuncie sobre la concurrencia de una prohibición de contratar en la entidad mercantil que ha dado lugar a la presente consulta, ni consten medidas cautelares adoptadas por el órgano competente para ello, la mesa de contratación no puede excluirla de la licitación, con lo cual, llegado el momento de abrir los archivos correspondientes a la documentación ... ,se nos plantean varias posibilidades de actuación, teniendo dudas sobre cuál de ellas es la correcta:



a) Abrir los archivos electrónicos y continuar con la tramitación del procedimiento de contratación, llegando incluso a la adjudicación del contrato, pudiendo ser adjudicataria la empresa en cuestión -en el caso de que su oferta resultase seleccionada como la más ventajosa, según los criterios de adjudicación previstos en el pliego de cláusulas administrativas particulares, siempre que antes de la adjudicación no se haya publicado la resolución del Ministerio prevista en el artículo 72.3, ni se hayan adoptado medidas cautelares que lo impidan;

b) Suspender el procedimiento de contratación sin abrir los archivos y dar cuenta inmediatamente a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para que esta se pronuncie sobre el alcance y efectos de la prohibición de contratar;

c) Una solución intermedia, que es la que por razones de prudencia y en aras a no dilatar en el tiempo el procedimiento de contratación va a seguir este Cabildo Insular, consistiría en admitir de forma provisional a la empresa presuntamente incurso en causa de prohibición de contratar, y solo en el caso de que su proposición resultase valorada como la más ventajosa por la mesa de contratación, suspender las actuaciones a la espera de que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se pronuncie sobre el alcance y efectos de la prohibición de la prohibición de contratar.

A la vista de lo expuesto, se solicita un pronunciamiento de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado sobre las siguientes cuestiones:

a) Si está incurso en la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 a) LCSP una empresa cuyo administrador fue condenado por sentencia



firme por alguno de los delitos previstos en dicho artículo, aun cuando dicho administrador haya cesado en sus cargos o facultades de representación desde hace más de diez meses.

b) Ante la duda de si una persona jurídica que concurre a una licitación está incurso en prohibición de contratar por este motivo, ¿Cómo ha de proceder el órgano de contratación si no consta inscrita en el Registro Oficial de Licitadores la prohibición de contratar ni se han adoptado medidas cautelares que impidan su participación?

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El Presidente del Excmo. Cabildo Insular de Tenerife plantea ante esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado una cuestión relativa a la aplicación de la prohibición de contratar del artículo 71.1.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. La cuestión principal consiste en determinar si dicha prohibición alcanza a una empresa cuyo administrador fue condenado por sentencia firme por delitos citados en el meritado precepto, en el caso de que tal persona haya cesado en sus cargos y facultades de representación tiempo antes de concurrir la entidad mercantil a la licitación convocada por la Corporación. En el caso descrito en la consulta también resulta significativo que la sociedad mercantil no había sido condenada penalmente, sino solo como responsable civil en calidad de partícipe a título lucrativo.



El artículo 71.1.a) de la LCSP, precepto que enmarca nuestro análisis, establece lo siguiente:

“1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.

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”.

Del anterior precepto podemos extraer las siguientes conclusiones:



1. Queda incurso prohibición de contratar toda persona física que haya sido condenada mediante sentencia firme por los delitos que en el precepto se especifican (en el caso que nos ocupa, prevaricación y malversación).
2. Dicha prohibición extenderá sus efectos a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables.
3. Dicha prohibición extenderá sus efectos a las personas jurídicas que, aunque no hayan sido condenadas penalmente, mantengan en su cargo o representación administrador o representante –de hecho o de derecho- que ha sido condenado mediante sentencia firme. Tal prohibición persiste únicamente hasta el momento de su cese efectivo en el cargo o representación, porque recordemos que la ley alude expresamente a los administradores de hecho.

Esta conclusión responde a una interpretación de la norma legal que se funda en una interpretación literal y teleológica. En efecto, cuando la ley emplea la expresión *“vigente su cargo o representación y hasta su cese”* debe referirse necesariamente a la duración de la prohibición y no al momento de la comisión del delito que es premisa de aquella. Otra interpretación conduciría al efecto de que la conducta malintencionada y dolosa de un administrador de una sociedad mercantil, que posteriormente es expulsado o cesado en sus atribuciones por los órganos rectores de aquella, vicia de modo definitivo y sin posibilidad de remisión la conducta de la sociedad, que quedaría afectada por una prohibición de contratar perpetua. No es esta la intención del legislador español que, conforme con la normativa comunitaria,



limita la duración máxima de la prohibición de contratar incluso en los casos más graves.

Evidentemente, otra cosa muy diferente es que el cese del administrador en cuestión sea simulado. La norma legal ha querido precaverse frente a esta eventualidad, de modo que la referencia que contiene al administrador de hecho deja meridianamente claro que no es posible contratar con una mercantil cuyo administrador de hecho haya sido condenado por alguno de los delitos descritos en el artículo 71.1.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

En definitiva, la prohibición de contratar alcanzará únicamente a las entidades licitadoras solo durante el tiempo en que mantenga como administrador o representante, de hecho o de derecho, a quien haya sido condenado por sentencia firme por alguno de los delitos que se consignan en el artículo 71.1, a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Este criterio es congruente con el que mantuvimos en nuestro informe 22/16, de 10 de octubre de 2018, en el que para el caso de un administrador de una empresa que había sido condenado antes de que adquiriera esta condición declaramos la vigencia de la prohibición de contratar pero sólo hasta el momento del cese de este administrador en el nuevo cargo.

2. La segunda cuestión que suscita las dudas de la entidad consultante es la relativa al modo en que debe proceder el órgano de contratación cuando entienda que concurren las circunstancias de este caso en el supuesto de que no conste inscrita la prohibición de contratar en el Registro Oficial de Licitadores ni se hayan adoptado medidas cautelares que impidan su



participación en el procedimiento de contratación afectado.

El Artículo 72.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece a estos efectos que la prohibición de contratar por la causa prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 71 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 la misma. Añade que si la sentencia no contiene 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 por el Ministro de Hacienda previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

En cuanto a los efectos de la declaración de la prohibición de contratar el artículo 73 diferencia dos casos:

1. Los efectos se producirán desde la fecha en que devino firme la sentencia en los casos en que ésta se hubiera pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición.
2. De no ser así, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente.

Si nos atenemos al tenor literal de la ley aparentemente correspondería a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado instruir el pertinente procedimiento para la determinación del alcance y duración de la prohibición de contratar también en el caso planteado en la consulta. Sin embargo, el propio tenor del texto legal, cuando alude al cometido de la



Junta en este caso, esto es, la declaración de la duración de la prohibición, resulta contradictorio con el hecho de que la duración de la prohibición ya viene establecida en la ley por referencia a la subsistencia del cargo del administrador. Por tanto, es imposible que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado declare tal duración, que es indeterminada y ya viene fijada en el texto legal. Por esta razón, la única conclusión posible en este caso es que la ley ya determina cuál es la duración de la prohibición de manera automática, de modo que el propio órgano de contratación, al conocer las circunstancias del caso, puede sin necesidad de ulterior pronunciamiento apreciar la prohibición de contratar, que desplegará sus efectos ex lege mientras concorra la circunstancia prevista en la ley.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

- La prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1.a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, extenderá sus efectos a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables.
- Quedará igualmente incurso en la prohibición de contratar la persona jurídica durante el tiempo en que el administrador o representante, de hecho o de derecho, que haya sido condenado por sentencia firme mantenga vigente su cargo y hasta el momento de su cese. Dicha prohibición se mantiene en los casos de administradores de hecho o de simulación o fraude en el acto del cese.



- La prohibición de contratar por condena firme por los delitos previstos en el artículo 71.1.a) de la LCSP se apreciará se forma automática por los órganos de contratación en supuestos como el descrito en la consulta mientras el administrador continúe en el cargo.