

**RECOMENDACIÓN DE 10 DE JUNIO DE 2021 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DEL ESTADO SOBRE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 72.5 DE LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, POR LA QUE SE TRANSPONEN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL LAS DIRECTIVAS DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO 2014/23/UE Y 2014/24/UE, DE 26 DE FEBRERO DE 2014.**

Clasificación del informe: 32. Recomendaciones, acuerdos y circulares.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en ejercicio de la competencia que le atribuye el artículo 2.4.c) del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece su régimen orgánico y funcional, está facultada para *“exponer a los órganos de contratación las recomendaciones e instrucciones que considere pertinentes en función de la competencia que le está atribuida”*. Esta facultad está recogida igualmente en el artículo 328.3 b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

En el ejercicio de esta función, este órgano colegiado ha considerado oportuno adoptar una Recomendación sobre la aplicación del artículo 72.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, lo que resulta pertinente como consecuencia de las diversas dudas interpretativas y de los problemas que se han manifestado sobre esta cuestión.

La presente Recomendación cuenta, de acuerdo con su propia naturaleza, con el carácter de no vinculante. Sin perjuicio de ello, se aprueba con el ánimo de incrementar la seguridad jurídica y de que, en beneficio de todos, sirva de guía para una aplicación uniforme por parte de todos los órganos de contratación de los aspectos en ella incluidos.

Por todo lo expuesto, y a efectos de recoger y dar difusión al criterio interpretativo de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en la

materia citada, se aprueba la siguiente Recomendación en la sesión de su Comisión Permanente de 10 de junio de 2021.

## **RECOMENDACIÓN.**

### **Introducción.**

El artículo 72.5 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP), establece lo siguiente:

*“5. Cuando conforme a lo señalado en este artículo, sea necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, el alcance y duración de esta se determinarán siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca.*

*No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la*

*competencia. Este párrafo no resultará de aplicación cuando resulte aplicable la causa de prohibición de contratar a que se refiere el artículo 71.1, letra a).*

*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.”*

Este precepto regula, en primer término, los aspectos adjetivos de la declaración de una prohibición de contratar, remitiendo para ello a las normas de desarrollo de la LCSP.

En segundo lugar, la norma contiene un supuesto en que, concurriendo las circunstancias de hecho que exigirían de ordinario la imposición de una prohibición de contratar, no procede, sin embargo, declararla. Se trata de un supuesto en que es la propia ley la que declara la imposibilidad de imponer una prohibición de contratar, como después veremos, como consecuencia de la conducta activa de la entidad potencialmente afectada por aquella.

Finalmente, el precepto recuerda que la prohibición de contratar ya declarada podrá ser revisada, al amparo de la concurrencia de las condiciones de hecho antes aludidas, en cualquier momento de su vigencia. Para ello, el afectado por la prohibición de contratar habrá de solicitarlo ante el órgano que se la impuso.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado ha podido constatar, en los últimos meses, la existencia de una notable confusión en la interpretación de este precepto, razón por la cual es menester aclarar algunos extremos referentes al mismo.

## **1.- Procedimiento adecuado para la tramitación de las prohibiciones de contratar.**

La LCSP, como ya hemos señalado, se remite a sus normas de desarrollo para la tramitación de los procedimientos de declaración de una prohibición de contratar. Esta norma, en el momento presente, es el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que regula en sus artículos 17 a 20 la forma de apreciación de la prohibición de contratar, las reglas de competencia y procedimiento, así como las referentes a la notificación y publicación de las resoluciones. Algunas de las normas que el Reglamento contiene han sido sustituidas por menciones expresas en la LCSP la cual, como norma de rango superior, ha de prevalecer en todo caso.

## **2.- El supuesto del artículo 75.2, segundo párrafo, de la LCSP.**

### **2.1.- Condiciones de aplicación del precepto.**

Como se deduce del propio precepto, la aplicación del artículo 72.5, segundo párrafo, de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, exige dos condiciones:

- Que en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, trámite que es inexcusable al mencionarlo expresamente tanto la Ley como el Reglamento, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido

declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución.

- Que en el mismo trámite acredite la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal que sean apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas.

Estamos en presencia de dos requisitos cumulativos, de modo que el interesado ha de acreditar 1) el pago o compromiso de pago de la sanción impuesta; y 2) la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas. La acreditación de uno solo de estos requisitos no es suficiente para entender cumplidas las condiciones legales y, por esa razón, en aquellos casos en que falte la acreditación completa de las dos condiciones legales no cabría evitar la declaración de la prohibición de contratar por esta causa.

#### 2.2.- La necesidad de acreditación de los requisitos legales.

La LCSP es muy clara a la hora de exigir la acreditación de las dos condiciones que establece. En este caso, el término acreditación tiene un contenido técnico jurídico que lo identifica con la prueba de tales circunstancias. En este sentido, es importante destacar que, como en cualquier procedimiento administrativo, no bastaría la mera alegación genérica de ambas exigencias legales, sino que el interesado en hacerlas valer ha de emplear medios de prueba suficientes que las acrediten en todos los extremos a los que posteriormente aludiremos.

Esta última circunstancia conecta también con una exigencia que resulta evidente pero que no por ello ha de ser preterida: que las medidas no se deben ceñir a ser una mera descripción de comportamientos esperables, deseables o exigidos imperativamente por la ley, sino que, de conformidad con la finalidad de la norma, deben ser aplicadas de forma efectiva y fiable

con el fin de contribuir a evitar la comisión futura de infracciones como la que se ha sancionado y que da lugar a la posible existencia de una prohibición de contratar.

Parece evidente que, si la ley permite recuperar la fiabilidad y honorabilidad perdidas a los efectos de contratar con el sector público, pérdida que la Directiva 24/2014/UE destaca como fundamento de la imposición de una prohibición de contratar, es porque se ha adoptado una conducta diligente tendente a reparar el daño y a evitar la comisión de infracciones como la que provocó su pérdida, no pudiendo ser suficiente a estos efectos con meras medidas generales. Otra conclusión convertiría este precepto en estéril e inútil.

En este sentido se pronuncia el Considerando 102 de la citada Directiva cuando alude a la necesidad de *“prevenir eficazmente que vuelvan a producirse conductas ilícitas”* y a que las citadas *“medidas ofrezcan garantías suficientes.”* Del mismo modo se alude a ello en el Preámbulo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público cuando indica que *“determinadas prohibiciones de contratar bien no se declararán o bien no se aplicarán, según el caso, cuando la empresa hubiera adoptado medidas de cumplimiento destinadas a reparar los daños causados por su conducta ilícita, en las condiciones que se regulan en esta Ley.”*

### 2.3.- Forma de proceder a la acreditación del cumplimiento de los requisitos legales.

a) El pago o compromiso de pago de la multa o la indemnización.

La ley exige en primer lugar que se acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar. Con este fin, el interesado debe aportar una justificación documental

apropiada de la que se deduzca que la entidad ha realizado el pago de modo efectivo o que se ha producido un compromiso de pago eficaz conforme a las normas aplicables.

b) La acreditación de las medidas técnicas, organizativas y de personal que sean apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas.

La aplicación del artículo 72.5 de la LCSP, en lo que atañe a la adopción de medidas por el operador económico que incurre en una causa de prohibición de contratar exige la concurrencia de un triple requisito:

- De idoneidad: la medida debe ser apropiada para prevenir y responder ante conductas como la sancionada. En este sentido, no permitirían la aplicación de la norma aquellas medidas que, bien por su excesiva inconcreción o bien por su lejanía con los hechos que motivan la imposición de la sanción o de la condena judicial, no resulten adecuadas para evitar, en la medida de lo posible, que esas conductas ilícitas vuelvan a producirse en lo sucesivo. Debe existir una relación directa y patente entre la conducta sancionada y la finalidad de las medidas que se hayan adoptado. De otro modo no cabrá la aplicación del precepto. Tal relación de idoneidad debe resultar de modo inequívoco de la documentación aportada por el interesado.

- De temporalidad, pues las medidas deben ser posteriores a la comisión de la infracción sancionada. Obviamente, esta circunstancia excluye todas aquellas medidas que fueran coetáneas o anteriores a la comisión de la infracción cuando resulte patente que no se demostraron objetivamente indicadas para evitarla. En este sentido, resulta imprescindible que el interesado defina temporalmente la aplicación de cada una de las medidas que juzgue meritorias para justificar la no declaración de la prohibición de contratar.

- De aplicabilidad. La medida debe haber sido aplicada realmente en la entidad sancionada. La práctica demuestra que este es el requisito que con mayor dificultad se acredita. Sin embargo, la acreditación de la aplicación efectiva de las medidas no es difícil, pues basta con una declaración debidamente firmada por alguna persona que ocupe algún cargo directamente relacionado con su aplicación o que, por su relevancia, pueda dar fe de dicha aplicación efectiva. En este sentido también cabría cualquier otro medio de prueba del que se pueda deducir, sin género de duda, que la medida se aplica en la práctica, aunque no un mero informe sin ulterior declaración al efecto o la simple aportación de documentación de la que no se deduzca su eficacia interna para el operador económico.

Son múltiples los casos en que esta Junta Consultiva ha observado que acontece esta última circunstancia. No se puede dar por acreditado que se hayan tomado medidas para no reiterar la conducta que fue sancionada sobre la base de la mera y simple afirmación de haberse hecho así o de pretender en el futuro adoptarlas 1) sin aportar documentación alguna que lo justifique, 2) sin que dicha documentación demuestre la idoneidad y la fecha de adopción de las medidas y sin que 3) acredite su ejecución en la práctica. La mera descripción de medidas en las alegaciones que no estén acompañadas de soporte documental alguno o la cita de medidas o comportamientos esperables que implican el necesario cumplimiento de la legalidad vigente no puede considerarse como una medida válida, ya que no cumple con la finalidad descrita en la norma, es decir, contribuir de forma efectiva y fiable a evitar la comisión de futuras infracciones del mismo tipo que la sancionada inicialmente.

Por otro lado, si no concurre la primera de las condiciones antes enumeradas, la idoneidad de las medidas, nunca será posible estimar la aplicación del artículo 72.5 de la LCSP, en la medida en que constituye el requisito para la existencia de las demás.

### **3.- La revisión de la prohibición de contratar ya impuesta.**

El artículo 72.5 *in fine* de la LCSP permite que la prohibición de contratar pueda 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 descritos en el citado artículo. En este caso, el órgano competente para conocer de la citada revisión será el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar.

Tales circunstancias se corresponden nuevamente con la acreditación del pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia.

Esta norma concede un elevado nivel de flexibilidad a los operadores económicos, los cuales, mediante la reparación del daño causado y de la adopción de medidas que impidan su reproducción, puede exonerarse sobrevenidamente de los perniciosos efectos de la prohibición ya declarada.

Tampoco es infrecuente que el operador económico ya haya solicitado la aplicación de este precepto en las alegaciones realizadas en el seno del procedimiento de declaración de prohibición de contratar pero que, por no acreditarse adecuadamente la concurrencia de los requisitos legales, dicho procedimiento haya concluido con la imposición de la prohibición

de contratar. También en este caso, y por esta vía procedimental, la ley permite recuperar la fiabilidad y honorabilidad perdidas a los efectos de contratar con el sector público, removiendo la causa de la prohibición y permitiendo al operador económico volver a cumplir el requisito de aptitud para contratar.

Como ocurría en el seno del trámite de audiencia propio del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar, la documentación aportada en la solicitud de revisión exige la acreditación de una serie de medidas adoptadas *ex novo* con el fin de cumplir adecuadamente con los pedimentos de la Ley. Tales medidas han de cumplir las mismas condiciones de idoneidad, temporalidad y aplicabilidad que antes hemos mencionado y deben acreditarse en todos estos extremos para que permitan la aplicación del artículo 72.5 de la LCSP.

De ser admisible la aplicación del precepto, a diferencia del caso de estimación de las alegaciones, que supone la no declaración de una prohibición de contratar, en el caso de la revisión lo que procederá es el levantamiento de la prohibición y su cancelación en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público.

Del mismo modo que ocurre con el inicio de los efectos de la declaración de prohibición de contratar y por la misma razón de seguridad jurídica, la revisión favorable de la prohibición previamente declarada sólo producirá efectos desde que se haga constar en el Registro antes aludido.