



Acuerdo de Pleno sobre la aplicación de las prohibiciones para contratar

En Madrid, 5 de abril de 2022.

Reunidos los miembros del Tribunal:

PRESIDENTA

D.ª María de la Concepción Ordiz Fuertes,

VOCALES

D. Eugenio Albero Cifuentes,

D.ª María José Rodríguez Matas,

D. Jesús Fernández García,

D. José Claudio Alvarez Villazón, y

D. Sergio Javier Ibarz Bosqued

SECRETARIA GENERAL

D.ª Mª Ángeles Martín Hernanz.

Las prohibiciones para contratar se regulan en los artículos 71 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y resultan de aplicación a todas las licitaciones cuya preparación y adjudicación deba someterse a las reglas de la LCSP.

La cuestión que se ha suscitado y cuya respuesta es objeto de este acuerdo se centra en la aplicación temporal de lo dispuesto en el artículo 140.4 de la LCSP, con relación a las prohibiciones para contratar, cuando literalmente señala:

“las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de la presentación de ofertas y subsistir en el momento de la perfección del contrato”.

En particular, se trata de resolver si el precepto delimita un período de tiempo o un determinado momento, para acreditar y apreciar si el licitador se encuentra incurso en una prohibición para contratar, que conlleve su no admisión o exclusión de la licitación.



DERECHO COMUNITARIO

Los motivos de exclusión se regulan en la Directiva 2014/24/UE artículos 57 y siguientes, diferenciando los motivos de necesaria trasposición al derecho interno (primer apartado y el párrafo primero del segundo) de aquellos cuya trasposición es facultativa.

Los motivos de necesaria trasposición son una relación de conductas tipificadas como delito (las cuales han sido incorporadas junto con otros tipos delictivos, en el apartado primero del artículo 71 de la LCSP). Los motivos de facultativa trasposición se encuentran enumerados en el apartado cuarto.

Mención aparte merece, la causa de exclusión consistente en el incumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social. Esta causa será de necesaria trasposición al derecho interno, cuando dicho incumplimiento *“haya quedado establecido en una resolución judicial o administrativa firme y vinculante, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido el operador económico o las del estado miembro del poder adjudicador”*. Fuera de ese supuesto, es decir, cuando el incumplimiento se pueda demostrar por cualquier medio de prueba en derecho, este será un motivo de exclusión de facultativa trasposición.

Ahora bien, en ambos casos, la causa de exclusión no se aplicará si el licitador cumple sus obligaciones de pago o celebra un acuerdo vinculante con vistas a los pagos correspondientes, incluidos en su caso intereses y multa.

A continuación, con carácter imperativo para las causas de necesaria trasposición y potestativo para las restantes, el apartado quinto del artículo 57 establece la exclusión del licitador (operador económico en terminología de la Directiva) *en cualquier momento del procedimiento, si se comprueba que este se encuentra, en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo* en una causa de exclusión. Es decir, el Derecho comunitario impone y aconseja en función de la causa de exclusión, que su apreciación no se limite a un momento sino al período completo de licitación.

Ahora bien, la decisión de exclusión se matiza para todos los motivos (sean de necesaria o facultativa trasposición al derecho interno) por lo dispuesto en el artículo 57.6 de la Directiva, cuando establece que el licitador podrá presentar pruebas de que las medidas por él adoptadas son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente en los términos de lo dispuesto en los artículos 58 y 60 de la Directiva. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación. Esta previsión tiene efecto directo y, como tal, ha de ser incorporada al Derecho interno tal y como ha señalado la Sentencia del TJUE de fecha 14 de enero de 2021.

Interesa destacar como el artículo 60 de la Directiva precisa que los certificados de antecedentes penales y el certificado administrativo en lo atinente al cumplimiento de



obligaciones tributarias y de la Seguridad Social *se aceptarán como prueba suficiente* con relación a los motivos de exclusión necesarios.

A la vista de lo anterior y a efectos de interpretar lo dispuesto en el artículo 140.4 de la LCSP sobre la cuestión suscitada, consideramos:

- que el artículo 57 contempla expresamente que en cualquier momento del procedimiento pueda apreciarse la existencia de un motivo de exclusión, como consecuencia de los actos cometidos u omitidos antes o durante la licitación.
- que el operador económico podrá aportar prueba para acreditar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Esta afirmación resulta aplicable a todos los motivos de exclusión y la consecuencia es que si las pruebas se consideran suficientes el operador económico no quedará excluido del procedimiento de contratación.
- en particular, con relación a la causa consistente en el incumplimiento de obligaciones tributarias y de Seguridad Social, esta no se aplicará si el licitador cumple sus obligaciones de pago o celebra un acuerdo vinculante con vistas a los pagos correspondientes, incluidos en su caso intereses y multa.

LA LCSP

Una interpretación literal del precepto en cuestión conduce, sin duda, a entender que la aplicación de la prohibición para contratar se produce en dos momentos: al finalizar el plazo de presentación de ofertas y en el momento de perfección del contrato: ***“las circunstancias relativas a ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de la presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”***.

A igual conclusión se llega con base en una interpretación sistemática, teniendo en cuenta lo señalado además de en el artículo 140.4 de la LCSP, lo dispuesto en su apartado tercero y en los artículos 39, 65, 72 y, a mayor abundamiento, en el artículo 69.8 de la LCSP.

Es más, entendemos que no solo se respalda la identificación de dos momentos, sino incluso la existencia de un período de tiempo, de forma que el licitador no solo no puede incurrir en causa de prohibición para contratar al final del plazo de presentación de ofertas y en el momento de la perfección del contrato (ha de entenderse celebración, como veremos ex artículo 39 de la LCSP)) sino durante el tiempo que medie entre ambas. Esa sería la interpretación que debe darse al verbo “subsistir” (según la *RAE del latín subsistere*. 1. *intr. Dicho de una cosa: Permanecer, durar o conservarse.* 2. *intr. Mantener la vida, seguir viviendo.* 3. *intr. Fil. Dicho de una sustancia: Existir con todas las condiciones propias de su ser y de su naturaleza*) que incluso algún precepto como el artículo 69.9 LCSP llega incluso a señalar como *mantener*.



En efecto, analizando los preceptos apuntados:

- El artículo 39.2 a) al regular los contratos nulos de pleno derecho identifica como tales los celebrados concurriendo (el subrayado es nuestro):

a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71.

- El artículo 65 al regular la aptitud para contratar con el sector público señala en su apartado primero que:

“1. Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas”.

- El artículo 72 de la LCSP, cuando establece quién y cómo ha de apreciar las prohibiciones para contratar, aun diferenciando entre aquellas apreciables directamente por el órgano de contratación de las que precisan declaración administrativa sobre su alcance y duración, señala para ambas que tras apreciarse subsisten:

1. Las prohibiciones de contratar relativas a las circunstancias contenidas en las letras c), d), f), g) y h) del apartado 1 del artículo anterior, se apreciarán directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan.

2. 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.

- El artículo 69.8 de la LCSP aborda *ex novo* (la regulación previa en materia de contratos no regulaba este tema) la modificación de la composición de la UTE durante la licitación del contrato. Al hacerlo, dicho precepto impone la exclusión de la UTE, cuando alguna de las empresas integrantes quede incurso en prohibición para contratar:

“8. Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese la modificación de la composición de la unión temporal de empresas, esta quedará excluida del procedimiento. No tendrá la consideración de modificación de la composición la alteración de la participación de las empresas siempre que se mantenga la misma clasificación. Quedará excluida también del procedimiento de adjudicación del



contrato la unión temporal de empresas cuando alguna o algunas de las empresas que la integren quedase incurso en prohibición de contratar.”

-Para concluir el artículo 140.4 LCSP en lógica coherencia con todo lo anterior, permite al órgano de contratación comprobar la ausencia de prohibiciones en cualquier momento del procedimiento de licitación, cuando existan indicios de lo contrario:

“3. El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato”.

JURISPRUDENCIA SOBRE LA CUESTIÓN

La interpretación literal y sistemática que hasta aquí hemos defendido no se compadece con la realizada por el Tribunal Supremo en su única sentencia hasta la fecha sobre la cuestión controvertida (no resulta de interés la sentencia posterior 1115/2021, de 14 de septiembre, pues aborda la ejecutividad de las prohibiciones para contratar, cuando estas precisan de una resolución que determine su duración y alcance).

La Sentencia del Tribunal Supremo 2970/2020, de 28 de septiembre dictada resolviendo un recurso de interés casacional, concluye en su Fundamento de Derecho octavo descartando que la ausencia de encontrarse incurso en una prohibición para contratar deba apreciarse en el momento de la formalización del contrato ni de forma interrumpida hasta ese momento desde el fin del plazo de presentación de ofertas, optando por este único momento:

“..el cumplimiento de la obligación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe venir referido a la fecha de licitación del contrato o presentación de la oferta”.

Ahora bien, se trata de una única sentencia en la que solo se tuvieron en consideración los artículos 71. 1 d), el artículo 72.1 y el 140.4 de la LCSP (según su Fundamento de Derecho Sexto) y no, entre otros, el radical artículo 39 de la LCSP que sanciona con la nulidad a los contratos celebrados encontrándose el adjudicatario en prohibición para contratar.

Igualmente, debemos mencionar que el supuesto de hecho controvertido no aplicaba la Ley 9/2017, al tratarse de una licitación celebrada con anterioridad a su entrada en vigor.

Atendido todo lo anterior, este Tribunal **ACUERDA:**



- Las prohibiciones para contratar se aplicarán a todos los licitadores que concurran a un procedimiento de contratación sujeto a la LCSP, no solo al propuesto como adjudicatario.
- Los licitadores deberán no encontrarse incurso en prohibición para contratar al fin del plazo de presentación de ofertas.
- El licitador propuesto como adjudicatario no podrá encontrarse incurso en prohibición para contratar, al tiempo de la celebración del contrato.
- Durante la licitación el órgano de contratación podrá exigir que se acredite no encontrarse incurso en prohibición para contratar, cuando aprecie indicios de lo contrario y no solo en el trámite previsto en el artículo 150.2 de la LCSP.
- Encontrarse en causa de prohibición para contratar es causa de exclusión.
- Previamente a declarar la exclusión, cuando se aprecie la existencia de una prohibición para contratar, ha de ponerse de manifiesto al licitador afectado, concediéndole la oportunidad de probar su fiabilidad, pese a la existencia de un motivo de exclusión.

Ello incluye además la posibilidad de regularizar su situación tributaria y en materia de Seguridad Social, procediendo al pago o a la celebración de un acuerdo de fraccionamiento o aplazamiento del mismo o acreditando la suspensión de su eficacia con ocasión de su impugnación, administrativa o judicial.

EL TRIBUNAL