



Exclusión por corrupción e fraude na contratación pública: diferenzas e converxencia



Exclusión por corrupción e fraude na contratación pública: diferenzas e converxencia

Exclusion due to corruption and fraud in public procurement: differences and convergence

CARLOS AYMERICH CANO

Profesor titular de Dereito Administrativo

Secretario Xeral

Universidade da Coruña

<https://orcid.org/0000-0001-5812-1460>

carlos.aymerich.cano@udc.gal

Resumo: A comparación entre diferentes sistemas de exclusión de contratistas por motivos relacionados coa fraude e a corrupción revela a existencia de importantes diferenzas que, porén, conviven cunha crecente tendencia cara á converxencia. Elementos como a negociación, a extensión de sistemas de autocorrección ou a suspensión condicional da exclusión ben como o recoñecemento de amplas marxes de discrecionalidade, comúns a eses sistemas, indican o sentido desa posíbel confluencia.

Palabras clave: Contratación pública, exclusións e prohibicións para contratar, fraude, corrupción.

Resumen: La comparación entre diferentes sistemas de exclusión de contratistas por motivos relacionados con el fraude y la corrupción revela la existencia de importantes diferencias que, por lo tanto, conviven con una creciente tendencia hacia la convergencia. Elementos como la negociación, la extensión de sistemas de autocorrección o suspensión condicional de la exclusión, así como el reconocimiento de amplios márgenes de discrecionalidad, comunes en estos sistemas, indican el sentido de esa posible confluencia.

Palabras clave: Contratación pública, exclusiones y prohibiciones para contratar, fraude, corrupción.

Abstract: The comparison between different debarment systems for reasons related to fraud and corruption reveals the existence of important differences that, nevertheless, coexist with an increasing tendency towards convergence. Elements such as the increasing doses of negotiation, the extension of systems of self-cleaning or conditional remission of exclusion and the recognition of wide margins of discretion, all of them common to several systems, indicate the direction of this possible confluence.

Key words: Public procurement, debarment, fraud, corruption.

SUMARIO: 1 Introducción. 2 Cara a unha converxencia dos diferentes réximes de exclusión. 2.1 Corrupción e fraude como motivos de exclusión. 2.2 Carácter non sancionador: o prognóstico de fiabilidade. 2.3 Diferenciación funcional e especialización orgánica. 2.4 Diálogo e negociación. 3 Conclusión. 4 Bibliografía.

1 INTRODUCCIÓN

A exclusión das empresas da contratación pública constitúe unha das medidas máis graves que poden adoptar os órganos de contratación ou, máis en xeral, as administracións e entidades públicas con capacidade para contratar. Sexa cal for a cualificación xurídica que esas decisións merezan (basicamente, se teñen ou non natureza sancionadora e, en consecuencia, se son ou non predicábeis respecto delas as garantías propias do dereito sancionador), é evidente que a inhabilitación para celebrar contratos públicos supón, subxectivamente, unha medida negativa que pode pór en risco a viabilidade da empresa afectada ao tempo que, obxectivamente, pode envolver unha redución da competencia efectiva impedindo, deste modo, que a Administración poida aproveitarse dos seus supostos efectos benéficos.

Nos últimos anos, a exclusión tense afirmado como o remedio por excelencia para combater a corrupción no ámbito da contratación pública. De acordo coa ideoloxía da “boa gobernanza” impulsada desde os anos 90 do pasado século polo BM e o FMI, o combate contra a corrupción sería un prerequisite indispensable para o desenvolvemento económico. Téñase en conta que, a pesar do seu pretendido apoliticismo, esa eufónica “boa gobernanza” presupón un determinado modelo de goberno e de institucións: aquelas compatíbeis co consenso de Washington¹ e cunha noción de democracia que insiste na transparencia, a *accountability* e a alternancia no poder entre diferentes elites gobernantes á vez que, por medio de diferentes instrumentos², exclúe a dirección da economía da decisión cidadá³.

Sucedede, con todo, que, a diferenza doutros sectores de actividade estatal, a contratación pública non pode privatizarse nin liberalizarse; polo menos non totalmente. Por iso a aplicación destas ideas e medidas integrantes da “boa gobernanza” á contratación pública non ten como obxectivo suprimila, senón abrir un sector importante da actividade económica⁴ á competencia internacional⁵, limitando o seu uso estratéxico para lograr fins de interese público diferentes ao estrito *value for money*. Neste sentido, sublíñase que a abertura irrestrita dos contratos públicos á competencia constitúe o

mellor instrumento para combater unha corrupción que, con frecuencia, se identifica, directa ou indirectamente coas regulacións internas de protección de colectivos, sectores ou territorios por medio da contratación pública, consideradas agora como barreiras comerciais.

Sexa como for, a asociación entre competencia e loita contra a corrupción na contratación pública dista de ser completa. Do mesmo xeito que a transparencia, un dos principais remedios contra a corrupción e a fraude contractuais, entra en conflito coas exigencias da competencia⁶, tamén nos mecanismos de exclusión de contratistas esta tensión faise presente entre, por unha banda, a necesidade de afastar da contratación pública os suxeitos responsábeis de actos de corrupción e fraude e, pola outra, a restrición da competencia que estas exclusións provocan, en especial cando se trata de grandes empresas.

Esa tensión explica as solucións establecidas nos diferentes ordenamentos para manter o carácter sancionador ou, cando menos, disuasorio dun mecanismo como a exclusión para o facer compatíbel coa exigencia –piadosamente fundada na necesidade de salvagardar a competencia no mercado– de que, na práctica, esa exclusión non se faga efectiva. Tradicionalmente, así vén sucedendo no caso español, esta tensión resolvíase condenando á ineficacia práctica unha regulación sobre o papel, draconiana⁷. Na actualidade, aínda que ese sinxelo expediente segue a ser utilizado, a tensión adoita resolverse por medio doutros recursos como os programas de clemencia ou denuncia, a promoción da terminación convencional dos procedementos de exclusión e, en especial, o fomento dos programas de *compliance*, que constitúen, por certo, un importante negocio para a industria da (anti)corrupción.

Para facer todo isto posíbel, as novas regulacións das exclusións da contratación pública incrementan a discrecionalidade dos órganos chamados a aplicalas e revisalas a fin de configurar un terreo propicio á negociación e á substitución da resolución unilateral por pactos e transaccións, en paralelo coa tendencia a que os procesos penais por corrupción conclúan tamén a través de acordos⁸.

2 CARA A UNHA CONVERXENCIA DOS DIFERENTES RÉXIMES DE EXCLUSIÓN

Tal e como xa apuntara nun traballo anterior⁹, a análise dos sistemas de exclusión contractual da Unión Europea (UE), os Estados Unidos (EUA) e o Banco Mundial (BM) revela certas liñas de converxencia que apuntan á creación dun modelo global de contratación pública¹⁰. Non se trata só de subliñar como a internacionalización do dereito da contratación pública por medio de normas e acordos internacionais, en especial os de liberalización comercial, envolve a previsión de mecanismos específicos de prevención e sanción da corrupción neste ámbito¹¹. Tampouco de dar conta da presión crecente, en especial a exercida polo BM, cara ao recoñecemento mutuo das resolucións de exclusión¹². Trátase de salientar como a consolidación de espazos globais de discusión académica e

de produción normativa explican algúns destes fenómenos de converxencia, entre os que destaca a extensión dos mecanismos de *self-cleaning* ou autocorrección; en relación con eles, a tendencia ao acordo como forma de terminación dos procedementos de exclusión; o recoñecemento aos órganos competentes dunha ampla discrecionalidade fundada no carácter non sancionador (e, por conseguinte, non centrado na análise de condutas pasadas), senón preventivo ou prospectivo (que se concreta na realización dun prognóstico sobre a “responsabilidade futura” ou a “fiabilidade” do contratista), coas dificultades que esta discrecionalidade supón para o control xudicial das decisións adoptadas neste ámbito.

2.1 Corrupción e fraude como motivos de exclusión

A exclusión obrigatoria de candidatos ou licitadores condenados pola comisión de delitos de corrupción, fraude, branqueo de capitais ou pertenza a unha organización delituosa xa estaba prevista na Directiva 18/2004. Esta directiva tamén prevía a exclusión facultativa para o caso de se achar o candidato ou licitador en situación de insolvencia, ser condenado por algún delito que afectase á súa “moralidade profesional”, non cumprir coas súas obrigas en materia tributaria ou de seguranza social, cometer algunha falta grave en materia profesional ou fornecer informacións falsas no curso do procedemento de contratación.

Este continuísmo, con todo, non debe ocultar que nas directivas de 2014 o concepto de corrupción experimenta un importante alargamento ao incluír, xunto á definición comunitaria do concepto, tamén a que se realice no ordenamento interno aplicábel ao poder adxudicador ou ao operador económico (art. 57.1.b Directiva de contratación pública, en diante DCP). Tal e como sinala Sánchez Graells¹³, esta ampliación pode abrir a porta á aplicación extraterritorial deste motivo de exclusión cando no ordenamento estatal correspondente se traspuxese a Convención da OCDE sobre persecución internacional do suborno.

Persisten, con todo, os problemas derivados da falta de harmonización penal entre os diferentes Estados membros. Certamente, segundo o disposto no artigo 10 do Protocolo 36 do Tratado de Lisboa, as institucións europeas non asumiron competencias de harmonización lexislativa en materia penal até o 1 de decembro de 2014, e isto para os ámbitos delituosos de especial gravidade e repercusión transfronteiriza, entre os que se conta a corrupción (art. 83 TFUE). É esa a razón pola que, ao seren as directivas de data anterior á finalización dese período transitorio, o lexislador europeo se negou a incluír nelas unha definición autónoma e vinculante para os Estados membros do que deba entenderse por delitos de corrupción, limitándose a efectuar unha remisión a normas comunitarias non obrigatorias e ás respectivas lexislacións estatais. O argumento, porén, non resulta convincente de se reparar en que o prazo de transposición das directivas vencía despois dese 1 de decembro de 2014. Así as cousas, os artigos 57.1.b) da Directiva de contratos (DCP) e 38.4.b) da de concesións (DC) remítense á noción de corrupción que consta na Decisión-Marco 2003/568/JAI, do Consello, relativa ao combate contra a corrupción

no sector privado, para a cal debe entenderse por corrupción activa “prometer, ofrecer ou entregar, directamente ou a través dun intermediario, a unha persoa que desempeñe funcións directivas ou laborais de calquera tipo para unha entidade do sector privado, unha vantaxe indebida de calquera natureza para esa persoa ou para un terceiro, para que esta realice ou se absteña de realizar un acto incumprindo as súas obrigas”.

Algo similar sucede en relación co delito de fraude (art. 57.1.c), que a DCP define por remisión ao artigo 1 da Convención para a protección dos intereses financeiros da UE, instrumento elaborado en 1995 en virtude do cal os Estados membros asinantes se comprometen a tipificar penalmente a fraude ao orzamento comunitario castigándoa, nos casos máis graves, con penas privativas de liberdade susceptíbeis de permitiren a extradición.

En ambos os casos, e a diferenza doutros motivos de exclusión imperativa, a directiva exige a existencia dunha sentenza firme condenatoria aínda que, indirectamente, a existencia dunha condena non firme poida servir de base para a aplicación doutras causas de exclusión, en particular, a de comisión dunha falta profesional grave, na medida en que a existencia desa condena non fose comunicada ao poder adxudicador¹⁴.

Outros motivos directamente vinculados coa integridade da contratación, como a existencia de conflito de intereses, tamén son previstos na directiva como posibles motivos de exclusión discrecional. Posíbeis, xa que, de acordo co artigo 57.4.e) DCP, a existencia dun conflito de intereses só dará lugar á exclusión do operador económico afectado “cando non poida resolverse por medios menos restritivos”.

No ámbito da administración e das axencias federais dos EUA, os motivos de exclusión áchanse tipificados na sección 9.406-2 FAR en termos que recoñecen explicitamente a discrecionalidade do axente ou funcionario de exclusión e suspensión (*suspension and debarring officer, SDO*)¹⁵. Estes motivos ordénanse en tres grandes grupos:

- Aqueles en que a causa de exclusión decorre da existencia dunha sentenza que declare a existencia dun ilícito civil ou penal. Dentro deste grupo, e polo que aos efectos deste traballo interesa, inclúense a “Commission of embezzlement, theft, forgery, bribery, falsification or destruction of records, making false statements, tax evasion, violating Federal criminal tax laws, or receiving stolen property”, así como tamén “any other offense indicating a lack of business integrity or business honesty that seriously and directly affects the present responsibility of a Government contractor or subcontractor”.

- En segundo lugar, motivos fundados non nunha resolución xudicial, senón na existencia dunha “preponderance of evidence”¹⁶.

- E, finalmente, “any other cause of so serious or compelling a nature that it affects the present responsibility of the contractor or subcontractor”.

Normalmente, e nos termos indicados antes, a decisión de exclusión (*debarment*) adoita ser consecuencia da existencia dunha condena criminal ou dunha sentenza civil que declare probada a comisión dun ilícito grave, incluídos os acordos de culpabilidade ou de *nolo contendere* sempre que, neste último caso, a comisión da infracción resulte probada. Con todo, cada vez son máis frecuentes as denominadas “fact-based decisions”,

é dicir, decisións de exclusión fundadas non en previas resolucións administrativas ou xudiciais, senón na apreciación, directamente realizada polo SDO, da existencia dunha infracción ou conduta reveladora da ausencia de *present responsibility*¹⁷.

Nótese que, de acordo con FAR 9.407, a existencia dunha causa de exclusión non supón que, de forma automática, esta deba ser decidida, xa que o SDO debe valorar aínda a gravidade dos actos ou omisións do contratista, ben como as medidas adoptadas por este para remediar ou mitigar o dano causado. Cabe, xa que logo, que o contratista demostre que a existencia de infraccións pasadas non afecta á súa “responsabilidade presente”. Obviamente, esta previsión legal permite, ao amparo do principio de proporcionalidade, diversas solucións: da exclusión á non exclusión, pasando pola negociación dun acordo (*compliance agreements*) entre a axencia e o contratista para a adopción de medidas correctivas de extensión e natureza variábel (admisión da culpabilidade, restitutivas, correctivas ou substitución das persoas culpábeis, todas elas acompañadas, con frecuencia, de monitorización externa). En definitiva, como apunta Majtan¹⁸, a decisión de excluír un contratista debe vir precedida de dous xuízos diferentes: en primeiro lugar, o exame da conduta pasada (é dicir, da concorrencia dalgún dos motivos establecidos na FAR) e, a seguir, o da súa responsabilidade presente ou actual.

De acordo coa LCSP española (art. 71.1.a), non poderán contratar co sector público as persoas que sexan “... condenadas mediante sentenza firme por delitos de terrorismo, constitución ou integración dunha organización ou grupo criminal, asociación ilícita, financiamento ilegal dos partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción nos negocios, tráfico de influencias, suborno, fraudes, delitos contra a Facenda Pública e a Seguridade Social, delitos contra os dereitos dos traballadores, prevaricación, malversación, negociacións prohibidas aos funcionarios, branqueo de capitais, delitos relativos á ordenación do territorio e o urbanismo, a protección do patrimonio histórico e o medio ambiente, ou á pena de inhabilitación especial para o exercicio de profesión, oficio, industria ou comercio”.

A firmeza da sentenza debe existir no momento da formalización do contrato. De se producir máis tarde, só podería constituír un motivo de resolución de vir así previsto expresamente nas cláusulas contractuais, dado que o artigo 211 LCSP non contempla a produción sobrevinda desta prohibición como causa de resolución do contrato¹⁹. A este respecto, debe matizarse que a rescisión regulada con carácter potestativo no artigo 73.b) DCP se refire a que “o contratista estivese, no momento da adxudicación do contrato, nunha das situacións a que se refire o artigo 57.1...”. É dicir, aínda que coñecida con posterioridade, a condena penal firme debería ser de data anterior á adxudicación para, de acordo coa directiva, determinar a rescisión do contrato (“*termination*”, na versión inglesa) ou, segundo o artigo 39.2.a) LCSP, constituír causa de nulidade do contrato.

Polo que atinxe á condena de persoas xurídicas, o parágrafo segundo do artigo 71.1.a) LCSP diferencia dous supostos: que a condena se refira directamente á persoa xurídica, de acordo co disposto no artigo 31 bis CP, ou que afecte aos seus “administradores ou representantes de feito ou de dereito, vixente o seu cargo e representación e até o seu

cesamento”. Esta última condición debe referirse, en calquera caso, ao momento en que se produciron os feitos delituosos e non ao momento de perfección do contrato, pois iso, obviamente, como explica a STS do 4 de outubro de 2005, abriría a porta á fraude e ao agravio comparativo entre persoas xurídicas e físicas:

“Non obstante, unha interpretación non literalista, sistemática e finalista do precepto leva a entender que o que pretende evitar é a intervención de persoas físicas ou xurídicas que incorresen en condutas merecedoras do indicado reproche penal, que no caso das persoas xurídicas se plasma na condena aos administradores ou representantes que, vixente o seu cargo ou representación, realizan as actuacións obxecto do reproche penal en nome ou a beneficio das persoas xurídicas correspondentes, empregando o referido artigo 20.a) expresións semellantes ao artigo 31 do vixente Código penal, para determinar o alcance da responsabilidade penal de quen actúa en nome ou representación doutro ou como administrador de feito ou de dereito dunha persoa xurídica, de maneira que a vixencia do cargo ou representación debe referirse ao momento da actuación penada e como presuposto para atribuír a responsabilidade por outro (neste caso a persoa xurídica representada) e non ao momento da condena. Por outra banda, unha interpretación distinta como a que pretende a parte recorrente faría de peor dereito os contratistas individuais fronte ás persoas xurídicas, propiciando que estas últimas quedasen exoneradas das consecuencias dunha conduta, imputábel e elas, en canto que realizada no seu beneficio a través dos seus administradores ou representantes, mediante a fórmula do cesamento daqueles unha vez coñecido o proceso penal e ante unha eventual sentenza condenatoria”.

2.2 Carácter non sancionador: o prognóstico de fiabilidade

Aínda que tanto as directivas de 2014 como as súas antecesoras de 2004 garden silencio respecto diso, outros documentos da UE²⁰ xustifican a existencia de motivos de exclusión imperativos no ámbito da contratación pública en razóns de carácter preventivo. Do que se trataría é de evitar o risco que para a viabilidade dun contrato (e, a final de contas, para o bo emprego dos recursos públicos) suporía celebralo cunha persoa condenada pola comisión dun delito grave²¹.

O carácter preventivo da exclusión deriva tamén do efecto disuasorio que a súa regulación e, sobre todo, a súa aplicación práctica supón para o conxunto dos axentes que interveñen na contratación pública. Deste punto de vista, obviamente, o logro do efecto disuasorio pretendido dependerá de como as exclusións sexan decididas –é dicir, da súa duración e alcance– e aplicadas –é dicir, de cal sexa o rigor das medidas restituutorias, compensatorias e preventivas a cuxo cumprimento ou adopción se condicione o inicio ou o mantemento da exclusión²²–. Implicitamente négase o carácter sancionador da exclusión, o cal permite a súa aplicación por feitos producidos con anterioridade á entrada en vigor da norma que as estableza ou, no caso da exclusión de persoas xurídicas, por actos realizados por administradores que cesen no seu cargo no momento de presentación dunha candidatura ou oferta²³.

No ordenamento estadounidense, a suspensión e exclusión de licitadores e contratistas é un mecanismo dirixido a asegurar o bo fin dos contratos celebrados polas axencias federais e non un sistema sancionador disposto para asegurar a eficacia de normativas doutra índole (laborais, ambientais ou, no caso que nos ocupa, de prevención da corrupción)²⁴.

Por esa razón, o sistema fúndase no concepto de “licitador responsable” actualmente establecido no artigo 9.103 FAR: “purchases shall be made from, and contracts will be awarded to, responsible prospective contractors only”. Trátase, por conseguinte, de avaliar a solvencia ou fiabilidade (*responsibility*) actual, presente, do contratista e non de sancionalo por condutas ou feitos pasados. O obxectivo que se persegue é, pois, protexer os intereses contractuais da Administración federal²⁵; ou sexa, asegurar o bo uso dos recursos públicos evitando celebrar contratos con aqueles operadores que, alén de estaren incurso nalgún motivo de suspensión ou exclusión, non merezan unha valoración positiva da súa capacidade, actual ou prospectiva, de executar un contrato á satisfacción da Administración.

Polo que se refire ao ordenamento español, a xurisprudencia maioritaria nega natureza sancionadora ás prohibicións para contratar, atribuíndolles unha finalidade “preventiva” que se concreta en “evitar, en favor da debida tutela dos intereses públicos, a relación coa Administración dos quen demostren pouca seriedade na súa actividade empresarial; e conduce a concluír que tal prevención está xustificada diante de calquera práctica empresarial defectuosa ou reprochábel, ben sexa intencional, ben negligente”²⁶. Na doutrina tamén é maioritaria a negación da natureza sancionadora das prohibicións para contratar, concibidas como “medidas de protección da Administración, coas que a lei pretende evitar que se celebren contratos que teñen altas probabilidades de ser incumplidos”²⁷.

En calquera caso, aínda carecendo de natureza sancionadora, as garantías do dereito administrativo sancionador poden aplicarse, limitadamente, ás medidas administrativas de limitación ou restrición de dereitos e, entre elas, ás prohibicións para contratar²⁸. Extensión limitada, dado que a negación do carácter sancionador das prohibicións para contratar se utiliza para non lles aplicar, total ou parcialmente, os principios e garantías propios da potestade sancionadora tales como o de culpabilidade²⁹, *non bis in idem*³⁰ ou retroactividade. Na práctica dos tribunais contencioso-administrativos españois, seguindo o ronsel do TXUE, esta aplicación matizada das garantías propias do dereito administrativo sancionador realízase ao amparo do principio de proporcionalidade que, como agora proclama o artigo 4 LRXSP, ha de guiar as actuacións administrativas de limitación de dereitos. Neste sentido, afirmase a necesaria previsión legal dos motivos de prohibición, a imposibilidade de estendelos analoxicamente e o respecto polo dereito de defensa asegurado a través da audiencia específica prevista no procedemento administrativo de declaración das prohibicións para contratar, para o caso de que elas non sexan directamente impostas polo órgano de contratación.

2.3 Diferenciación funcional e especialización orgánica

A “apreciación” da existencia ou, se é o caso, a declaración dunha prohibición de contratar é un acto administrativo –nuns casos discrecional, noutros de simple constatación– que pode corresponder a órganos diferentes: ora ao órgano de contratación ou poder adxudicador, ora a outro órgano distinto.

No caso da FAR estadounidense, o SDO de cada axencia, que é órgano competente para adoptar as decisións en materia de suspensión e exclusión, é un órgano diferente do que ten a potestade de adxudicar o contrato.

No caso europeo, a transposición das directivas de contratación nos diferentes Estados membros pode agruparse, en síntese, en tres grandes grupos: aqueles que lles atribúen as competencias de exclusións aos poderes adxudicadores, aqueles que lles confían a órganos distintos e, por último, os que seguen sistemas mixtos atribuíndo a competencia a uns ou a outros segundo cal sexa o motivo. E isto a pesar de que o teor literal desas directivas atribúa esa potestade aos poderes adxudicadores³¹.

No caso concreto da LCSP española, segundo o seu artigo 71.1, esta competencia corresponde:

- Ao propio órgano de contratación, nos supostos das letras c) (insolvencia), d) (incumprimento de obrigacións tributarias, sociais e laborais), f) (sancións LXT ou LGS), g) e h) (incompatibilidades). Tamén no caso das letras a) (condena penal firme) e b) (sanción administrativa firme), cando a sentenza ou resolución se pronuncien de forma expresa sobre o alcance e a duración da prohibición. No caso da letra e) (falsidade), o motivo será de apreciación directa salvo que se afecte á información que os licitadores han de facilitar ao ROLECE ou aos correspondentes rexistros autonómicos, pois nese caso a competencia corresponderá ao Ministerio de Facenda ou ao órgano autonómico correspondente.

- Ao Ministerio de Facenda nos casos das letras a) –condena firme pola comisión de determinados delitos, entre os que se inclúen os de corrupción– e b), cando non exista pronunciamento sobre o alcance e duración da prohibición, así como no caso da letra e).

- Ao titular do departamento do que dependa a entidade adxudicadora cando esta non teña a condición de Administración pública.

Cabería cuestionar se esta centralización parcial da competencia para apreciar determinadas prohibicións para contratar é compatible cunhas directivas que atribúen expresamente a competencia aos poderes adxudicadores. Por outra banda, e por máis que a regulación das prohibicións para contratar se inclúa dentro da competencia básica estatal en materia de contratos públicos (art. 149.1.18 CE), é dubidoso, á vista do elevado grao de discrecionalidade autorizado pola nova LCSP, que o complemento executivo do básico poida xustificarse, de acordo coas SSTC 141 e 331/1993, como medio para garantir “a igualdade e a seguridade xurídica na contratación”.

Sexa como for, a existencia no procedemento de exclusión de dúas funcións diferenciadas –a de investigación e esclarecemento dos feitos por un lado, a formulación

do prognóstico de fiabilidade por outro – parece conducir a unha certa especialización orgánica entre autoridades investigadoras (e, eventualmente, tamén sancionadoras) e os poderes adxudicadores que, para decidir sobre a exclusión, deben pronunciarse sobre a fiabilidade do licitador ou candidato.

Neste sentido se pronuncia o TXUE na Sentenza do 24 de outubro de 2018³²:

“Neste contexto, procede tomar en conta as funcións respectivas, por unha parte, dos poderes adxudicadores e, pola outra, das autoridades investigadoras. Na medida en que estas últimas están encargadas de determinar a responsabilidade de determinados actores pola comisión dunha infracción dunha norma, constatando con imparcialidade a realidade dos feitos que poden constituír tal infracción, e de sancionar o comportamento contrario a dereito adoptado por eses actores, os poderes adxudicadores deben apreciar os riscos a que poderían verse expostos ao atribuíren un contrato a un licitador de dubidosa integridade ou fiabilidade”.

Esta diferenciación ou especialización orgánica pode, talvez, permitir unha interpretación da normativa española en vigor que conduza a unha maior efectividade do sistema de prohibicións. Ao cabo, tal e como xa razoeei noutro traballo³³, do que se trataría é de facer unha interpretación do artigo 17.2 do Regulamento xeral de contratos das administracións públicas (RXCAP) máis fiel á súa literalidade. Lémbrese que, de acordo con este precepto, “cando as sentenzas ou resolucións firmes non conteñan pronunciamiento sobre a prohibición de contratar ou a súa duración, esta será apreciada de forma automática polos órganos de contratación, sen prexuízo de que o seu alcance e duración se determine mediante o procedemento que se regula no artigo 19 deste regulamento”. En definitiva, en relación coa prohibición para contratar derivada da condena por delitos de corrupción ou fraude, a competencia para apreciar a súa existencia pertence, en todo caso, ao órgano de contratación. En canto á súa duración e alcance, para o caso de que estes non aparezan xa fixadas na sentenza, deberá instruírse un procedemento específico no cal a dita determinación deberá ser efectuada, coa proposta previa da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa, polo Ministerio de Facenda.

2.4 Diálogo e negociación

Tal e como vén acontecendo cos procedementos de adxudicación, tamén nos procedementos de aplicación das prohibicións ou exclusións se pode advertir unha presenza crecente da negociación e o diálogo e, por conseguinte, unha maior discrecionalidade dos órganos competentes.

Á marxe da decisión de as aplicar ou non (isto é, de iniciar ou non o procedemento), que en principio resultaría obrigada para o caso dos motivos de exclusión imperativos³⁴, esta discrecionalidade e abertura á negociación e ao diálogo é especialmente observábel no relativo aos efectos da exclusión, ao abeiro das diversas fórmulas de terminación convencional do procedemento ou, no sistema das directivas europeas, de autocorrección ou *self-cleaning*.

No réxime da FAR estadounidense, se o contratista non lograse demostrar a súa *present responsibility*, o SDO deberá impor unha exclusión por un período, en regra, non superior a tres anos, computándose tamén o período de suspensión (FAR 9.406-4). Para estes efectos, o SDO deberá tomar en conta, de acordo coa sección 9.406-1 FAR, diversos factores tales como a existencia de códigos de conduta ou sistemas de control interno adecuados con carácter previo ao inicio da investigación, se o contratista colaborou coa investigación oficial ou desenvolveu unha propia, se satisfizo –ou, polo menos, se ofreceu a facelo– as responsabilidades de calquera natureza en que puidese incurrir, se sancionou adecuadamente as persoas responsables, se puxo en marcha medidas correctoras ou se, en fin, recoñeceu a gravidade da infracción e dispuxo mecanismos para evitar a reincidencia.

Unha vez imposta, o período de exclusión poderá ser ampliado se así o aconsellar a protección dos intereses do goberno, seguíndose o procedemento establecido para a exclusión inicial. Tamén poderá ser reducido por solicitude do contratista cando, entre outras razóns, aparezan novas probas.

A decisión adoptárase de forma motivada e será notificada á empresa afectada. Do mesmo xeito, as decisións de exclusión deben ser publicadas no Excluded Parties List System (EPLS), ben como no Federal Awardee Performance and Integrity Information System (FAPIS), que, alén das suspensións e das exclusións, publica tamén outros datos relativos á responsabilidade actual das empresas, como, por exemplo, os contratos que son executados de forma satisfactoria, os terminados de forma anormal, se a empresa foi obxecto de acusación ou condena, etc.

En definitiva, tanto a discrecionalidade dos SDO como a flexibilidade procedementa favorecen a negociación entre as partes e a terminación convencional do procedemento a través dos denominados *administrative agreements* que adoitan envolver a adopción de *compliance programs* e o establecemento de medidas de avaliación e verificación do seu cumprimento. Os ingredientes básicos destes programas de *compliance*, segundo os criterios utilizados pola Administración federal, son “Oversight by high-level personnel; Due Care in delegating substantial discretionary authority; Effective Communication to all levels of employees; Reasonable steps to achieve compliance [including] systems for monitoring, auditing, and reporting suspected wrongdoing without fear of reprisal; Consistent enforcement of compliance standards including disciplinary mechanisms; [and] Reasonable steps to respond to and prevent further similar offenses upon detection of a violation”³⁵.

Pola súa parte, no dereito europeo de contratación pública, a duración máxima da exclusión é de cinco anos –cando a causa sexa a condena pola comisión dalgún delito ou outra sentenza firme, e a resolución xudicial correspondente non fixase unha duración determinada– ou de tres en todos os demais supostos.

No sistema das directivas de contratos e concesións públicas, a diferenza da FAR, non existe unha previsión específica de terminación convencional do procedemento de exclusión. No seu lugar, e con similares efectos prácticos, o artigo 57.6 DCP proclama

o dereito dos operadores económicos obxecto de exclusión a “presentaren probas de que as medidas adoptadas son suficientes para demostrar a súa fiabilidade a pesar da existencia dun motivo de exclusión pertinente”, engadindo que, “se estas probas fosen consideradas suficientes, o operador económico non ficará excluído do procedemento de contratación”. Ábrese así un período de negociación entre o operador e o órgano competente do Estado membro³⁶ no que se discute se as medidas adoptadas polo primeiro son ou non suficientes.

Aínda que a decisión acerca de se as medidas son ou non suficientes ten natureza discrecional, a DCP establece algúns criterios que han de guiar a decisión e aos que de forma necesaria ten que se referir a motivación: “as medidas adoptadas polos operadores económicos avalíaranse tomando en conta a gravidade e as circunstancias particulares da infracción penal ou a falta. Cando as medidas sexan consideradas insuficientes, o operador económico recibirá unha motivación da devandita decisión”.

Ademais, o citado artigo 57.6 DCP si establece o contido mínimo deses programas: “... o operador económico deberá demostrar que pagou ou se comprometeu a pagar a indemnización correspondente por calquera dano causado pola infracción penal ou a falta, que esclareceu os feitos e circunstancias de maneira exhaustiva colaborando activamente coas autoridades investigadoras e que adoptou medidas técnicas, organizativas e de persoal concretas, apropiadas para evitar novas infraccións penais ou faltas”, precisando o considerando 102 DCP o alcance destes programas ao sinalar que, “en concreto, podería tratarse de medidas que afecten ao persoal e á organización, como a ruptura de todos os vínculos coas persoas ou organizacións que participasen nas condutas ilícitas, medidas adecuadas de reorganización do persoal, implantación de sistemas de información e control, creación dunha estrutura de auditoría interna para supervisar o cumprimento e adopción de normas internas de responsabilidade e indemnización”.

De resto, o parágrafo último desta norma dispón que, cando a exclusión se produce en virtude de sentenza firme, o operador afectado non terá dereito a se acoller á posibilidade de autocorrección durante o período establecido na sentenza aínda que estes efectos limitativos se producirán unicamente “no Estado membro en que a sentenza sexa executiva”. É dicir, o operador seguiría excluído nese Estado aínda que poida solicitar a autocorrección nos outros Estados membros³⁷.

La LCSP integra procedementalmente a autocorrección no trámite de audiencia³⁸ e fixa requirimentos menos exixentes que os dispostos na DCP. Con efecto, a lei española restrinxe o ámbito dos danos indemnizábeis aos que resulten fixados “por sentenza ou resolución administrativa das que derive a causa de prohibición de contratar, sempre e cando esas persoas fosen declaradas responsábeis do pagamento da mesma [indemnización] na referida sentenza ou resolución”. Ocorre, porén, que no ordenamento español este tipo de declaracións resultan extraordinariamente raras³⁹.

En segundo lugar, tamén se exige a adopción de “medidas técnicas, organizativas e de persoal apropiadas para evitar a comisión de futuras infraccións” aínda que, tal e

como advirte Huergo Lora⁴⁰, de se interpretar este precepto de conformidade co artigo 57 DCP, a mera adopción destas medidas non asegura o levantamento da prohibición, sendo apenas o presuposto para a avaliación singularizada que debe realizar o órgano competente⁴¹.

En terceiro lugar, a LCSP obvia unha das exixencias da DCP: o esclarecemento dos feitos.

En cuarto lugar, a LCSP unicamente exclúe do ámbito da autocorrección aqueles supostos nos cales a prohibición derive dunha condena penal firme por algún dos delitos enumerados no artigo 71.1.a) e non todos aqueles supostos nos cales a prohibición –ou, máis en xeral, a inhabilitación para contratar– se impuxesen a través de sentenza firme. Pénsese, por exemplo, en condenas penais por delitos diferentes aos apuntados que imponían a pena de privación do dereito para contratar co sector público. De forma criticábel, de acordo coa lei española, estas condenas poden ficar sen efecto. A este respecto, cabe sinalar que o TXUE vén de diferenciar, en relación coa Directiva de concesións, entre o suposto de condena firme por algún deses delitos –caso no cal, de acordo coa súa interpretación, o licitador ou candidato afectado tería dereito a demostrar a súa fiabilidade– e o caso, máis concreto, sinalado por vía de excepción no artigo 38.9, parágrafo 3, da referida directiva, que alude a unha sentenza firme que priva de forma expresa unha persoa determinada do seu dereito a contratar, único suposto, ao seu ver, en que non cabería a autocorrección⁴².

Sexa como for, e aínda que neste punto a LCSP non se separe do disposto nas directivas europeas, o certo é que se perdeu a oportunidade de completar a regulación europea con previsións tales como a publicidade dos acordos de autocorrección ou a posibilidade de rehabilitar a prohibición cando as medidas adoptadas se demostren, na práctica, insuficientes.

3 CONCLUSIÓN

Nun traballo publicado en 2007, Lambsdorff e Nell avogan, partindo dunha análise económica da eficacia e do carácter disuasorio das sancións, por un sistema de sancións asimétrico e por instrumentos de clemencia *ex ante*, concluíndo que un sistema tal habería de reducir a frecuencia e a reincidencia das infraccións relacionadas coa corrupción⁴³. De feito, e en paralelo coa xeneralización do recoñecemento da responsabilidade penal das persoas xurídicas, a lexislación penal estableceu a autocorrección como atenuante ou, até, eximente da responsabilidade penal destas entidades⁴⁴.

Certamente, estes mecanismos de autocorrección ou *self-cleaning* inspíranse nos programas de *leniency* ou clemencia previstos na lexislación de defensa da competencia. Esta proximidade, con todo, non debe ocultar a existencia de importantes diferenzas entre ambos: no ámbito de defensa da competencia, a clemencia fundaméntase na dificultade de descubrir a existencia de pactos ou acordos anticompetitivos que son, por definición, secretos. Trátase, en definitiva, de facilitar a persecución de condutas

prohibidas reduciendo ou eliminando a responsabilidade dalgún dos suxeitos que nelas participaron, non de deixar as condutas sen sanción ningunha⁴⁵. No ámbito da contratación pública, este é o sentido de instrumentos como o *Voluntary Disclosure Program* (VPD), aínda vixente no sistema do BM, que só permite evitar a exclusión se a empresa comunica a existencia dunha infracción antes do inicio dunha investigación formal por parte da institución⁴⁶. Mais no caso da autocorrección ou *self-cleaning* regulada nas directivas europeas de 2014, a aplicación da eximente non se condiciona a que se poñan en coñecemento das autoridades competentes infraccións que estas non coñecesen. Todo o contrario: as novas directivas deixan claro que o momento para solicitar a non aplicación da exclusión se produce xa iniciado o procedemento de exclusión.

Alén do máis, o *self-cleaning* previsto nas directivas europeas difire de forma substancial de mecanismos similares previstos noutros sistemas de contratación pública como o federal estadounidense analizado. Nestes, como xa se apuntou, os sistemas de denuncia só poden activarse antes do inicio da investigación formal, nunca despois. E só neste caso se mantén a confidencialidade, tal e como sucede no ámbito da defensa da competencia. En principio, as directivas comunitarias non conteñen previsión ningunha relativa á reincidencia na comisión de infraccións por parte de empresas que xa se beneficiaron dalgún programa de *self-cleaning*, de modo que, como na exhortación evanxélica, as empresas poderían ser perdoadas até setenta veces sete (ou máis), a pesar de que a reincidencia demostre a ineficacia práctica dos programas de *compliance* adoptados e a ausencia de fiabilidade.

As razóns destas diverxencias obedecen a que, de acordo coa proposta de Arrowsmith, Priess e Friton⁴⁷, asumida nos seus trazos xerais polo lexislador comunitario, o *self-cleaning* constitúe un verdadeiro dereito subxectivo dos operadores económicos derivados das liberdades comunitarias de libre circulación de mercadorías e prestación de servizos e dos principios de igualdade de trato e proporcionalidade que posibilita, ademais, conciliar as exixencias do combate contra a corrupción coas da promoción da concorrència, ao non limitar o número de licitadores ou candidatos á adxudicación de contratos públicos⁴⁸. Esta limitación *ab initio* da discrecionalidade dos poderes adxudicadores (ou de calquera outra autoridade que resultar competente) compénsase co establecemento de condicións obrigatorias e que, en principio, parecen máis exixentes que as establecidas noutros ordenamentos. Unha lectura máis atenta da DCP e das normas internas de transposición, no entanto, revela que o mecanismo de autocorrección nelas previsto non debe compararse cos sistemas de VDP dos EUA ou do BM⁴⁹, senón coa posibilidade, tamén prevista en ambos, de que o procedemento termine cun acordo en virtude do cal se lle impoñan á empresa afectada obrigas de diversa natureza, que polo xeral inclúen a adopción de programas de *compliance*. Daquela, a aproximación entre os tres sistemas produciríase a través do recoñecemento ao órgano competente dunha ampla potestade discrecional⁵⁰. Inclusive, a partir da redacción do parágrafo primeiro do artigo 57.6 DCP, podería deducirse que o lexislador europeo acabou por deseñar un sistema que, como o da FAR estadounidense, pivota sobre o concepto de “responsabilidade presente”,

agora denominado “fiabilidade”. Con efecto, a esta conclusión podería chegarse logo da lectura do inciso que, no precepto indicado, sinala que “Todo operador económico que se encontre nalgunha das situacións contempladas nas alíneas 1 e 4 poderá presentar probas de que as medidas adoptadas por el son suficientes para demostrar a súa fiabilidade a pesar da existencia dun motivo de exclusión pertinente”.

A diferenza, con todo, segue sendo notábel, pois no caso das directivas europeas a discrecionalidade áchase claramente limitada: a única decisión posíbel sería a de decidir se o operador é excluído ou non e, neste segundo caso, con que condicións. Non cabería, polo menos de acordo co teor literal do artigo 57.6 DCP, ditar resolucións de exclusión revisábeis ou suxeitas a remisión, senón que o condicionamento só sería posíbel no caso das resolucións de non exclusión. En calquera caso, este obstáculo parece que pode ser salvado polos lexisladores estatais, que, como sucede no caso español, prevén expresamente que “a prohibición de contratar (...) poderá ser revisada en calquera momento da súa vixencia, cando a persoa que fose declarada en situación de prohibición de contratar acredite o cumprimento dos extremos a que se refire o parágrafo anterior”⁵¹.

Por esta vía, en conclusión, as autoridades dos Estados membros da UE gozarían dunha discrecionalidade similar a aquela que exercen os SDO das axencias federais estadounidenses aínda que os acordos –ou, se se prefire, as resolucións nas que a exclusión é substituída pola adopción dun programa de *compliance*– non está previsto, nin no caso da DCP europea nin tampouco no caso do proxecto de lei español de transposición, que se teñan que facer públicos. Conviría, neste sentido, lembrar unha das conclusións do informe da OCDE de decembro de 2014 sobre a aplicación da Convención auspiciada por esta organización para perseguir penalmente o suborno de axentes públicos estranxeiros na cal, tras constatar que a maioría dos procedementos iniciados terminaron por acordo entre as partes, recomendaba que estes acordos deberían facerse públicos⁵², consello que non hai razón ningunha para non estender ao ámbito administrativo.

4 BIBLIOGRAFÍA

- Arrowsmith, S., Priess, H-J. e Friton, P. 2009. «Self-Cleaning as Defence to Exclusion from Misconduct – An Emerging Concept in EC Procurement Law», en *Public Procurement Law Review*, 18.
- Arzo Santisteban, X. 2013. «Autonomía institucional y procedimental de los Estados miembros en la Unión Europea: mito y realidad», *Revista de Administración Pública*, 191.
- Aymerich Cano, C. 2015a. *Un problema pendiente: la anulación de contratos administrativos afectados por actos de corrupción*. Cizur Menor: Arazandi. <https://doi.org/10.14409/rr.v2i2.5162>.
- Aymerich Cano, C. 2015b. «Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas Directivas europeas de contratos y concesiones públicas», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 45-46.

- Aymerich Cano, C. 2017. «La contratación pública en el TTIP», en *Revista Vasca de Administración Pública*, 117.
- Aymerich Cano, C. 2019. «Exclusión por corrupción y fraude en los sistemas de contratación pública de la Unión Europea, los Estados Unidos y el Banco Mundial. Diferencias y convergencia», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 196.
- Aymerich Cano, C. 2019. «Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 53.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. 2013. *Comunicación sobre el programa de clemencia*. Disponible en: <https://www.cnmec.es/ambitos-de-actuacion/competencia/programa-de-clemencia>.
- Cox, T.M., 2011. «Should the United States incorporate the Procurement Integrity Act into its Free Trade Agreements? A look at the Australian-United States Free Trade Agreement», en *Southwestern Journal of International Law*, 17.
- De Mars, S. 2016. «Exclusion and Self-Cleaning in Article 57: Discretion at the expense of Clarity and Trade?», en G. Ølykke e A. Sánchez-Graells, A., *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*. Edward Elgar. <https://doi.org/10.4337/9781785361814>.
- Demmers, J., Fernández Jilberto, A. e Hogenboom, B. 2004, «Good governance and democracy in a world of neoliberal regimes», en J. Demmers, A. Fernández Jilberto e B. Hogenboom, *Good governance in the Era of Global Neoliberalism*. Londres e Nova York: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203478691>.
- Georgopoulos, A.C., Hoekman, B. e Mavroidis, P.C. (eds.). 2017. *The internationalization of government procurement regulation*. Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198796749.001.0001>.
- González García, J.V. 2004. «Globalización Económica, Administraciones Públicas y Derecho Administrativo: presupuestos de una relación», en *Revista de Administración Pública*, 164.
- Gordon, S. e Duvall, R. 2013. «United States: It's time to rethink the Suspension and Debarment Process», en *Mondaq Connecting Knowledge & People*, 3 de xullo de 2013 (Disponible en: <http://www.mondaq.com/united-states/x/248174/Government+Contracts+Procurement+PPP/Its+Estafe+To+Rethink+The+Suspension+And+Debarment+Process>).
- Harutyunyan, S. 2016. «Risk and expectation in exclusion from public procurement: understanding market access and harmonization between the European Union and the United States», en *Public Contract Law Journal*, 45.
- Hjelmeng, E. e Søreide, T. 2014. «Debarment in public procurement: rationales and realization», en G. Racca e C.R. Yukins (eds.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*. Bruxelas: Bruylant.
- Huergo Lora, A. 2017. «La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 182.

- Lambsdorff, J. e Nell, M. 2007. *Fighting Corruption with Asymmetric Sanctions and Leniency*. Georg August Universität Göttingen – Center for Globalisation and Europeanisation of Economy. Disponible en: http://www.icgg.org/downloads/59_Lambsdorff%20and%20Nell.pdf.
- Majtan, R. 2013. «The Self-Cleaning Dilemma: Reconciling Competing Objectives of Procurement Processes», en *George Washington International Law Review*, 45.
- Medina Arnáiz, T. 2014. «Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española», en R. Fernández Acevedo e P. Valcárcel Fernández (dirs.), *Contratación pública a debate: presente y futuro*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- Medina Arnáiz, T. 2018. *Las prohibiciones para contratar desde una perspectiva europea*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Medina Arnáiz, T. 2018. «Las prohibiciones para contratar», en J.M. Gimeno Feliu (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*. Cizur Menor: Aranzadi.
- OCDE. 2014. *Foreign Bribery Report. An analysis of the crime of bribery of foreign public officials*. París: OECD Publishing. <https://doi.org/10.1787/9789264226616-en>.
- OCDE. 2015. *Informe da OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del Delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros*. OECD Publishing. <http://doi.org/10.1787/9789264226654-es>
- OCDE. 2016. *Preventing Corruption in Public Procurement*. Disponible en: <http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf>
- Pünder, H. e Arrowsmith, S. 2009. *Self-Cleaning in Public Procurement Law*. Koln: Heymanns.
- Sánchez Graells, A. 2014. «Exclusion, Qualitative Selection and Short-listing in the New Public Procurement Directive 2014/24», en F. Lichère, R. Caranta e S. Treumer (eds.), *Novelties in the 2014 Directive on Public Procurement*. Copenhagen: Djøf Publishing.
- Sánchez Graells, A. 2015. «Why are public registers problematic?», en www.howtocrackanut.com, 19 de setembro de 2015.
- Schoenmaekers, S. 2016. «The EU debarment rules: legal and economic rationale», en *Public Procurement Law Review*, 3.
- Williamson, J. 2003. «From reform Agenda to Damaged Brand Name: A short History of the Washington Consensus and Suggestions for What to do Next», en *Finance and Development*, 40(3).
- Yukins, C.R. 2013. «Cross-Debarment: A Stakeholder Analysis», en *George Washington International Law Review*, 219.

NOTAS

- 1 Tal e como o creador da expresión, J. Williamson, recoñeceu anos despois, a súa orixe atópase nunha conferencia organizada polo Institute for International Economics en 1989 na que se pediu a economistas latinoamericanos que detallasen a situación dos seus países, sumidos en plena crise de débeda. Para tal fin, facilitóuselles un documento-base, redactado por Williamson, no que se numeraban as dez reformas que, ao seu xuízo, suscitaban consenso académico e político: disciplina fiscal, reordenación das prioridades de gasto, reforma fiscal (regresiva), liberalización dos tipos de xuro, taxa de cambio competitiva, liberalización comercial, abertura ao investimento estranxeiro directo, privatización, desregulación e establecemento de dereitos de propiedade (Williamson, 2003).
- 2 Por medio da creación de axencias e autoridades independentes; de acordos internacionais de liberalización do comercio, o investimento e a circulación de capitais; do condicionamento macroeconómico asociado ao acceso aos préstamos do BM ou dos demais bancos internacionais de desenvolvemento e da aparición de instancias xudiciais ou arbitrais de ámbito supraestatal de resolución de conflitos. Neste sentido, González García, 2004.

- 3 As denominadas “democracias-mercado”, que teñen como principal cometido xerar unha contorna atractiva para o investimento de capital (véxanse, entre outros, Demmers, Fernández Jilberto e Hogenboom, 2004: 29).
- 4 Segundo datos da OCDE, a contratación pública supón o 2% do PIB e o 29% do gasto público total dos países membros desta organización, representando 4,2 billóns de euros (cfr. OCDE, 2016: 5).
- 5 Por máis que os grandes Estados sigan mantendo importantes medidas de protección das súas industrias. Unha lista das que manteñen os EUA, en Aymerich Cano, 2017.
- 6 Neste sentido, Sánchez Graells, 2015, desde unha análise económica do dereito e da consideración das normas de contratación pública como unha regulación dirixida a manter unhas condicións adecuadas de competencia nese mercado.
- 7 Leva razón A. Huergo Lora cando constata que “la legislación española contiene una lista muy larga de prohibiciones de contratar, cuya aplicación práctica parece ser muy escasa” (Huergo Lora, 2017: 224). No mesmo sentido, *vid.* Medina Arnáiz, 2014: 334. A tendencia parece ser xeral, tal e como reconece a OCDE respecto do delito de suborno internacional relacionado coa contratación pública (cfr. OCDE, 2015: 37).
- 8 Así sucede naqueles casos nos que o suborno internacional é obxecto de sanción penal: “A maioría dos casos de suborno internacional concluídos a partir da entrada en vigor da Convención Anti-suborno da OCDE terminaron mediante acordos (...) nos procedementos para alcanzar eses acordos débense respectar os principios de debido proceso, transparencia e congruencia. Por este motivo, o resultado do acordo extraxudicial debe facerse de coñecemento público” (cfr. OCDE, 2014: 34).
- 9 Aymerich Cano, 2019: 101.
- 10 *Id.* Georgopoulos, Hoekman e Mavroidis, 2017.
- 11 Pois, ao cabo, a existencia –na norma escrita ou na práctica– de modelos diverxentes de loita contra a corrupción no ámbito da contratación pública pode constituír unha barreira ao comercio. *Id.* Cox, 2011; e Aymerich Cano, 2017.
- 12 *Id.* Yukins, 2013.
- 13 Cfr. Sánchez Graells, 2014: 105.
- 14 En relación coa Directiva 2004/18, a Sentenza do TXUE do 20 de decembro de 2017 analiza en vía prexudicial se a non comunicación ao poder adjudicador da existencia dunha condena penal non firme contra un antigo administrador pode ser causa de exclusión en canto que “falta profesional grave”, motivo potestativo tanto na Directiva de 2004 como na vixente de 2014 (art. 57.4.c). O tribunal, tras lembrar a marxe de apreciación de que os Estados membros dispoñen en relación con motivos de exclusión potestativos (“están facultados para non aplicar en absoluto esas causas de exclusión ou ben para integrais na normativa nacional cun grao de rigor que podería variar segundo o caso, en función de consideracións de carácter xurídico, económico ou social que prevalezan no plano nacional”), conclúe que si é conforme co dereito comunitario a aplicación no caso examinado da referida causa de exclusión, tanto por permitir expresamente a Directiva 18/2004 que a falta profesional grave poida ser acreditada a través de “calquera medio de proba” (incluída tamén, xa que logo, unha sentenza penal non firme) como tamén por contemplar esa norma como motivo de exclusión a realización de declaracións falsas ou non facilitar toda a información exixida de acordo co disposto na regulación dos criterios de selección cualitativa. O razoamento é perfectamente aplicable á Directiva 2014/24/UE.
- 15 Con efecto, o precepto dispón que “The debarring official may debar...”.
- 16 No ordenamento estadounidense, esta “preponderance of evidence” é o *quantum probatorio* normalmente utilizado no ámbito civil, fronte ao “beyond a reasonable doubt” imperante no ámbito penal. Podería traducirse como aquela proba que acredita que uns feitos é máis probable que se producisen que o contrario.
- 17 Unha crítica desta tendencia en Gordon e Duvall, 2013.
- 18 Cfr. Majtan, 2013: 296.
- 19 Resulta de interese o suposto analizado na STS do 4 de outubro de 2005: “Como se desprende dos artigos 22 e 63 da LCAP, a adjudicación do contrato a persoas que se encontren incursoas nalguna das prohibicións do artigo 20 determina a nulidade de pleno dereito da adjudicación, mais este non é o caso de autos, xa que a prohibición a que se refire a letra a) do devandito artigo 20 nace coa sentenza firme de condena, que neste caso se produciu con posterioridade á adjudicación, polo que non pode operar como causa de nulidade do contrato”.
- 20 Cfr. Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Disqualifications arising from criminal convictions in the European Union, COM (2006)0073 final.
- 21 Neste sentido maniféstanse Arrowsmith, Priess e Friton, 2009.
- 22 Un tratamento xeral do fundamento do sistema de exclusión de licitadores e contratistas nas directivas europeas de contratación pública pode consultarse en Schoenmaekers, 2016: 219 e ss. *Id.* tamén Hjelmeng e Sjøreide, 2014: 219 e ss.
- 23 “Ha de sinalarse que a circunstancia de que os elementos fácticos que poden dar lugar á exclusión do licitador resulten da conduta dun administrador que cese no seu cargo na data de presentación da solicitude de participación no procedemento de licitación tampouco pode obstar para a aplicación desta causa de exclusión” (STXUE do 20 de decembro de 2017, C-178/16, p. 37).
- 24 De acordo con S. Harutyunyan, “US procurement regulations envision a system that prioritizes public trust, fulfills public policy objectives, and delivers the best value to the government. The US system aims to strike a balance between value to the government consumer and maintaining public trust” (Harutyunyan, 2016: 452).
- 25 “It is the debarring official’s responsibility to determine whether debarment is in the Government’s interest” [sección 9.406-1.a) FAR].
- 26 STS do 18 de marzo de 2015.
- 27 Cfr. Huergo Lora, 2017: 229. Tamén Medina Arnáiz defíneas como “limitacións á posibilidade de resultar contratista dun contrato público, de tal xeito que poden definirse como medidas administrativas, aplicadas polos órganos de contratación, que impiden contratar aos que incorran nunha serie de circunstancias que, a xuízo do lexislador, presupoñen unha falta de fiabilidade no candidato ou licitador ou de imparcialidade na selección do contratista” (Medina Arnáiz, 2018: 759).
- 28 A xurisprudencia (*vid.* entre outras, a STS do 31 de maio de 2007) adoita fundar esta afirmación na STC 61/1990, do 29 de marzo, que cualifica, para os efectos xurídico-constitucionais, como sanción a revogación dunha licenza de detective privado.
- 29 A STS do 28 de marzo de 2006 afirma que “cabe partir de que a prohibición para contratar carece de natureza sancionadora, polo que non ten por que se lle exixir unha autorización directa”. En idéntico sentido, a STS do 31 de maio de 2007.
- 30 “Non se comparte polo demais a tese procesual de que se está perante unha sanción administrativa, pois con cita da xurisprudencia do Tribunal Constitucional mantense que as sancións cumpren unha función represora e punitiva, o que non sucede no caso do acto impugnado aínda que sexa un acto limitativo de dereitos. Por iso, aínda que estea en curso un procedemento penal, non se vai incorrer na vulneración do principio *non bis in idem*” (STS do 31 de maio de 2007).
- 31 A existencia dunha previsión expresa na directiva impediría calquera invocación, ao contrario, da autonomía institucional ou procedemental. Neste sentido, lembra Arzo Santisteban que “El Tribunal de Justicia no extrae las consecuencias jurídicas pertinentes de un principio jurídico superior de autonomía procedimental, sino que recuerda que, a falta de normativa europea en la materia, la aplicación del derecho de la Unión por los Estados miembros se realiza con arreglo a las formas y procedimientos previstos en el ordenamiento interno, pero siempre de forma compatible con la primacía del derecho de la Unión. El principio de autonomía procedimental no es una contrapartida acordada a los Estados miembros una vez proclamados los principios de primacía y efecto directo,

- sino el reconocimiento de que, a falta de normas propias, la ejecución del derecho comunitario no tiene otra opción que la de apoyarse en las normas procedimentales de los Estados miembros. La noción de autonomía procedimental no sería, al fin y al cabo, más que la expresión de una indiferencia benevolente hacia el poder de autoorganización de los Estados miembros” (Arzo Santisteban, 2013: 171). Nese sentido, indicando que “son los poderes adjudicadores quienes tienen la obligación de excluir del procedimiento a los operadores económicos en una causa de prohibición de contratar preceptiva”, *vid.* Medina Arnaiz, 2018: 293.
- 32 As. C-124/17, p. 26.
- 33 Aymerich Cano, 2019: 338 e ss.
- 34 En todo caso, a tendencia leva a estender a discrecionalidade tamén a esta decisión, tal e como mostra o recente CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) entre a UE e Canadá, que no seu artigo 19.7, relativo ás exclusións dos contratos públicos, dispón que “If there is supporting evidence, a Party may exclude...”.
- 35 Cfr. Harutyunyan, 2016: 455.
- 36 Cal sexa o órgano competente é unha cuestión que deben determinar as normas internas de transposición, a pesar de que o precepto aluda de forma expresa e directa ao procedemento de contratación e de aí se poida concluír que a decisión compete ao poder adxudicador. Unha avaliación das distintas opcións en Hjelmeng e Søreide, 2014.
- 37 Unha crítica en Sánchez Graells, 2014: 113.
- 38 Sen prexuízo de que este dereito poida ser exercido mesmo durante a vixencia da prohibición, consonte o previsto no parágrafo terceiro do artigo 72.5 LCSP: “a prohibición de contratar, así declarada, poderá ser revisada en calquera momento da súa vixencia, cando a persoa que fose declarada en situación de prohibición de contratar acreditar o cumprimento dos extremos a que se refire o parágrafo anterior. O órgano competente para coñecer desta revisión será o mesmo que ditou a resolución de declaración de prohibición de contratar”.
- 39 Neste sentido, *vid.* Aymerich Cano, 2015a.
- 40 Cfr. Huergo Lora, 2017: 257.
- 41 Pois o artigo 57 DCP exige unha avaliación das medidas adoptadas polos operadores económicos para determinar se se consideran suficientes para asegurar a fiabilidade da persoa afectada.
- 42 Sentenza do TXUE do 11 de xuño de 2020, as. C-479/19, p. 21 e 22.
- 43 Cfr. Lambsdorff e Nell, 2007. Para estes autores, “Asymmetric sanctions and leniency are not contrary to the respective laws’ subject of protection. Neither is there a conflict with the objective of general deterrence. In fact, asymmetry and ex-ante leniency might unleash higher deterrent effects of anti-corruption laws, if deterrence is understood in the broader sense of reducing potential perpetrators’ willingness to participate in illegal acts. Thus, in order to clamp down more vigorously on corruption, legislators should seriously consider the benefits of asymmetric sanctions and leniency in their (re-) formulation of the respective anti-corruption laws”.
- 44 Após a reforma de marzo de 2015, o CP español contempla a existencia de programas de *compliance* como circunstancia eximente da responsabilidade penal das persoas xurídicas. *vid.* Aymerich Cano, 2015b.
- 45 En palabras do organismo español de defensa da competencia, “o programa de clemencia ten por obxecto facilitar a detección de cárteles ou avanzar na investigación daqueles xa detectados, apoiando a actividade investigadora da CNC e súa capacidade para acreditar, de acordo co nivel de proba requirido legalmente, os feitos e conductas investigados” (Cfr. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2013). Nese mesmo sentido, o artigo 62.4 da Lei 39/2015, de procedemento administrativo común das administracións públicas.
- 46 Explica S. Majtan que este sistema foi importado desde o ordenamento federal estadounidense, en concreto dun programa similar instaurado no seo do Departamento de Defensa (DOD) en 1986 e abandonado pola súa falta de efectividade en 2007, cando foi substituído pola obriga de comunicar a existencia de calquera infracción (Majtan, 2013).
- 47 Cfr. Pünder e Arrowsmith, 2009. *vid.* tamén o traballo de Arrowsmith, Priess e Friton, 2009: 257 e ss.
- 48 Idea confirmada pola Sentenza do TXUE do 11 de xuño de 2020, as. C-472/19, p. 17.
- 49 Programas, de resto, de escasa eficacia práctica. *vid.* Majtan, 2013: 469.
- 50 En realidade, o incremento da discrecionalidade reconecida aos Estados membros e aos poderes adxudicadores é a novidade máis importante introducida polo Consello e o Parlamento Europeo na proposta de 2011 da que proceden as directivas vixentes (De Mars, 2016: 254).
- 51 Ou sexa, o pagamento das multas e indemnizacións que lle fosen impostas e a adopción de medidas técnicas e organizativas tendentes a evitar a comisión de futuras infraccións.
- 52 “The majority of foreign bribery cases concluded since the entry into force of the OECD Anti-Bribery Convention have been settled. There are many arguments in favor of settlement procedures which appear to be used increasingly, including by countries that were initially reluctant. However, settlement procedures should respect the principles of due process, transparency and consistency. For this reason, the outcome of the settlement should be made public, where appropriate and in conformity with the applicable law, especially the reasons why the settlement was appropriate, the basic facts of the case, the legal or natural persons sanctioned, the sanctions agreed, and the terms of the agreement” (OECD, 2014: 34).

