



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

### Exclusión por corrupción y fraude en la contratación pública: diferencias y convergencia

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



#### CARLOS AYMERICH CANO

Profesor titular de Derecho Administrativo

Secretario General

Universidad de A Coruña

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

[carlos.aymerich.cano@udc.gal](mailto: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 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, sin embargo, 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 a esos 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 Hacia una convergencia de los diferentes regímenes de exclusión. 2.1 Corrupción y fraude como motivos de exclusión. 2.2 Carácter no sancionador: el pronóstico de fiabilidad. 2.3 Diferenciación funcional y especialización orgánica. 2.4 Diálogo y negociación. 3 Conclusión. 4 Bibliografía.

## 1 INTRODUCCIÓN

La exclusión de las empresas de la contratación pública constituye una de las medidas más graves que pueden adoptar los órganos de contratación o, más en general, las administraciones y entidades públicas con capacidad para contratar. Sea cual sea la calificación jurídica que esas decisiones merezcan (básicamente, si tienen o no naturaleza sancionadora y, en consecuencia, si son o no predicables respecto de ellas las garantías propias del derecho sancionador), es evidente que la inhabilitación para celebrar contratos públicos supone, subjetivamente, una medida negativa que puede poner en riesgo la viabilidad de la empresa afectada, al mismo tiempo que, objetivamente, puede implicar una reducción de la competencia efectiva impidiendo, de este modo, que la Administración pueda aprovecharse de sus supuestos efectos beneficiosos.

En los últimos años, la exclusión se ha consolidado como el remedio por excelencia para combatir la corrupción en el ámbito de la contratación pública. De acuerdo con la ideología de “buena gobernanza” impulsada desde los años 90 del pasado siglo por el BM y el FMI, la lucha contra la corrupción sería un requisito previo indispensable para el desarrollo económico. Hay que tener en cuenta que, a pesar de su pretendido apoliticismo, esa eufónica “buena gobernanza” presupone un determinado modelo de gobierno y de instituciones: aquellas compatibles con el consenso de Washington<sup>1</sup> y con una noción de democracia que insiste en la transparencia, la *accountability* y la alternancia en el poder entre diferentes élites gobernantes al mismo tiempo que, por medio de diferentes instrumentos<sup>2</sup>, excluye la dirección de la economía de la decisión ciudadana<sup>3</sup>.

Sucede, sin embargo, que, a diferencia de otros sectores de actividad estatal, la contratación pública no puede privatizarse ni liberalizarse; al menos no totalmente. Por eso la aplicación de estas ideas y medidas integrantes de la “buena gobernanza” a la contratación pública no tiene como objetivo suprimirla, sino abrir un sector importante de la actividad económica<sup>4</sup> a la competencia internacional<sup>5</sup>, limitando su uso estratégico para lograr fines de interés público diferentes al estricto *value for money*. En este sentido, se destaca que la apertura irrestricta de los contratos públicos a la competencia constituye el mejor instrumento para combatir una corrupción que, con frecuencia, se identifica, directa o indirectamente, con las regulaciones internas de protección de

colectivos, sectores o territorios por medio de la contratación pública, consideradas ahora como barreras comerciales.

Sea como fuere, la asociación entre competencia y lucha contra la corrupción en la contratación pública dista de ser completa. Al igual que la transparencia, uno de los principales remedios contra la corrupción y el fraude contractuales, entra en conflicto con las exigencias de la competencia<sup>6</sup>, también en los mecanismos de exclusión de contratistas esta tensión se hace presente entre, por una parte, la necesidad de alejar de la contratación pública a los sujetos responsables de actos de corrupción y fraude y, por otra, la restricción de la competencia que estas exclusiones provocan, en especial cuando se trata de grandes empresas.

Esa tensión explica las soluciones establecidas en los diferentes ordenamientos para mantener el carácter sancionador o, al menos, disuasorio de un mecanismo como la exclusión para hacerlo compatible con la exigencia –piadosamente fundada en la necesidad de salvaguardar la competencia en el mercado– de que, en la práctica, esa exclusión no se haga efectiva. Tradicionalmente, así viene sucediendo en el caso español, esta tensión se resolvía condenando a la ineficacia práctica una regulación sobre el papel draconiana<sup>7</sup>. En la actualidad, aunque ese sencillo expediente sigue siendo utilizado, la tensión suele resolverse por medio de otros recursos como los programas de clemencia o denuncia, la promoción de la terminación convencional de los procedimientos de exclusión y, en especial, el fomento de los programas de *compliance*, que constituyen, por cierto, un importante negocio para la industria de la (anti)corrupción.

Para hacer todo esto posible, las nuevas regulaciones de las exclusiones de la contratación pública incrementan la discrecionalidad de los órganos llamados a aplicarlas y revisarlas a fin de configurar un terreno propicio a la negociación y a la sustitución de la resolución unilateral por pactos y transacciones, en paralelo con la tendencia a que los procesos penales por corrupción concluyan también a través de acuerdos<sup>8</sup>.

## 2 HACIA UNA CONVERGENCIA DE LOS DIFERENTES REGÍMENES DE EXCLUSIÓN

Tal y como ya había apuntado en un trabajo anterior<sup>9</sup>, el análisis de los sistemas de exclusión contractual de la Unión Europea (UE), los Estados Unidos (EUA) y el Banco Mundial (BM) revela ciertas líneas de convergencia que apuntan a la creación de un modelo global de contratación pública<sup>10</sup>. No se trata solo de subrayar cómo la internacionalización del derecho de la contratación pública por medio de normas y acuerdos internacionales, en especial los de liberalización comercial, implica la previsión de mecanismos específicos de prevención y sanción de la corrupción en este ámbito<sup>11</sup>. Tampoco de dar cuenta de la presión creciente, en especial la ejercida por el BM, hacia el reconocimiento mutuo de las resoluciones de exclusión<sup>12</sup>. Se trata de destacar cómo la consolidación de espacios globales de discusión académica y de producción normativa explican algunos de estos fenómenos de convergencia, entre los que destaca la extensión de los mecanismos de

*self-cleaning* o autocorrección; en relación con ellos, la tendencia al acuerdo como forma de terminación de los procedimientos de exclusión; el reconocimiento a los órganos competentes de una amplia discrecionalidad fundada en el carácter no sancionador (y, por consiguiente, no centrado en el análisis de conductas pasadas), sino preventivo o prospectivo (que se concreta en la realización de un pronóstico sobre la “responsabilidad futura” o la “fiabilidad” del contratista), con las dificultades que esta discrecionalidad supone para el control judicial de las decisiones adoptadas en este ámbito.

## 2.1 Corrupción y fraude como motivos de exclusión

La exclusión obligatoria de candidatos o licitadores condenados por la comisión de delitos de corrupción, fraude, blanqueo de capitales o pertenencia a una organización delictiva ya estaba prevista en la Directiva 18/2004. Esta directiva también preveía la exclusión facultativa para el caso de hallarse el candidato o licitador en situación de insolvencia, ser condenado por algún delito que afectara a su “moral profesional”, no cumplir con sus deberes en materia tributaria o de seguridad social, cometer alguna falta grave en materia profesional o suministrar informaciones falsas en el curso del procedimiento de contratación.

Sin embargo, este continuismo no debe ocultar que en las directivas de 2014 el concepto de corrupción experimenta una importante ampliación al incluir, junto a la definición comunitaria del concepto, también la que se realice en el ordenamiento interno aplicable al poder adjudicador o al operador económico (artículo 57.1.b Directiva de contratación pública, en adelante DCP). Tal y como señala Sánchez Graells<sup>13</sup>, esta ampliación puede abrir la puerta a la aplicación extraterritorial de este motivo de exclusión cuando en el ordenamiento estatal correspondiente se haya traspuesto la Convención de la OCDE sobre persecución internacional del cohecho.

Persisten, no obstante, los problemas derivados de la falta de armonización penal entre los diferentes Estados miembros. Ciertamente, según lo dispuesto en el artículo 10 del Protocolo 36 del Tratado de Lisboa, las instituciones europeas no asumieron competencias de armonización legislativa en materia penal hasta el 1 de diciembre de 2014, y ello para los ámbitos delictivos de especial gravedad y repercusión transfronteriza, entre los que se encuentra la corrupción (artículo 83 TFUE). Es esa la razón por la que, al ser las directivas de fecha anterior a la finalización de ese período transitorio, el legislador europeo se negó a incluir en ellas una definición autónoma y vinculante para los Estados miembros de lo que deba entenderse por delitos de corrupción, limitándose a efectuar una remisión a normas comunitarias no obligatorias y a las respectivas legislaciones estatales. El argumento, sin embargo, no resulta convincente si se repara en que el plazo de transposición de las directivas vencía después de ese 1 de diciembre de 2014. Así las cosas, los artículos 57.1.b) de la Directiva de contratos (DCP) y 38.4.b) de la de concesiones (DC) se remiten a la noción de corrupción que consta en la Decisión-marco 2003/568/JAI, del Consejo, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, para la cual debe entenderse por corrupción activa “prometer, ofrecer

o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para esa persona o para un tercero, para que esta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones”.

Algo similar sucede en relación con el delito de fraude (artículo 57.1.c), que la DCP define remitiéndose al artículo 1 de la Convención para la protección de los intereses financieros de la UE, instrumento elaborado en 1995 en virtud del cual los Estados miembros firmantes se comprometen a tipificar penalmente el fraude al presupuesto comunitario castigándolo, en los casos más graves, con penas privativas de libertad susceptibles de permitir la extradición.

En ambos casos, y a diferencia de otros motivos de exclusión imperativa, la directiva exige la existencia de una sentencia firme condenatoria aunque, indirectamente, la existencia de una condena no firme pueda servir de base para la aplicación de otras causas de exclusión, en particular, la de comisión de una falta profesional grave, en la medida en que la existencia de esa condena no fuera comunicada al poder adjudicador<sup>14</sup>.

Otros motivos directamente vinculados con la integridad de la contratación, como la existencia de conflicto de intereses, también son previstos en la directiva como posibles motivos de exclusión discrecional. Posibles, ya que, de acuerdo con el artículo 57.4.e) DCP, la existencia de un conflicto de intereses solamente dará lugar a la exclusión del operador económico afectado “cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos”.

En el ámbito de la Administración y de las agencias federales de los EUA, los motivos de exclusión se hallan tipificados en la sección 9.406-2 FAR en términos que reconocen explícitamente la discrecionalidad del agente o funcionario de exclusión y suspensión (*suspension and debarring officer, SDO*)<sup>15</sup>. Estos motivos se ordenan en tres grandes grupos:

- Aquellos en los que la causa de exclusión deriva de la existencia de una sentencia que declare la existencia de un ilícito civil o penal. Dentro de este grupo, y por lo que a efectos de este trabajo interesa, se incluyen la “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 también “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 no en una resolución judicial, sino en la existencia de una “preponderance of evidence”<sup>16</sup>.

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

Normalmente, y en los términos indicados antes, la decisión de exclusión (*debarment*) suele ser consecuencia de la existencia de una condena criminal o de una sentencia civil que declare probada la comisión de un ilícito grave, incluidos los acuerdos de culpabilidad o de *nolo contendere* siempre que, en este último caso, la comisión de la infracción resulte probada. Sin embargo, cada vez son más frecuentes las denominadas “fact-based

decisions”, es decir, decisiones de exclusión fundadas no en resoluciones administrativas o judiciales previas, sino en la apreciación, directamente realizada por el SDO, de la existencia de una infracción o conducta reveladora de la ausencia de *present responsibility*<sup>17</sup>.

Nótese que, de acuerdo con FAR 9.407, la existencia de una causa de exclusión no supone que, de forma automática, esta deba ser decidida, ya que el SDO debe valorar además la gravedad de los actos u omisiones del contratista, así como las medidas adoptadas por este para remediar o mitigar el daño causado. Es posible, por tanto, que el contratista demuestre que la existencia de infracciones pasadas no afecta a su “responsabilidad actual”. Obviamente, esta previsión legal permite, al amparo del principio de proporcionalidad, varias soluciones: de la exclusión a la no exclusión, pasando por la negociación de un acuerdo (*compliance agreements*) entre la agencia y el contratista para la adopción de medidas correctivas de extensión y naturaleza variable (admisión de la culpabilidad, retributivas, correctivas o sustitución de las personas culpables, todas ellas acompañadas, con frecuencia, de monitorización externa). En definitiva, como apunta Majtan<sup>18</sup>, la decisión de excluir a un contratista debe venir precedida de dos juicios diferentes: en primer lugar, el examen de la conducta anterior (es decir, de la concurrencia de alguno de los motivos establecidos en la FAR) y, seguidamente, el de su responsabilidad presente o actual.

De acuerdo con la LCSP española (art. 71.1.a), no podrán contratar con el sector público las personas que sean “... condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio”.

La firmeza de la sentencia debe existir en el momento de la formalización del contrato. Si se produjese más tarde, solo podría constituir un motivo de resolución en caso de estar así previsto expresamente en las cláusulas contractuales, dado que el artículo 211 LCSP no contempla la producción sobrevenida de esta prohibición como causa de resolución del contrato<sup>19</sup>. A este respecto, debe matizarse que la rescisión regulada con carácter potestativo en el artículo 73.b) DCP se refiere a que “el contratista estuviera, en el momento de la adjudicación del contrato, en una de las situaciones a que se refiere el artículo 57.1...”. Es decir, aunque conocida con posterioridad, la condena penal firme debería ser de fecha anterior a la adjudicación para, de acuerdo con la directiva, determinar la rescisión del contrato (“*termination*”, en la versión inglesa) o, según el artículo 39.2.a) LCSP, constituir causa de nulidad del contrato.

Por lo que atañe a la condena de personas jurídicas, el párrafo segundo del artículo 71.1.a) LCSP diferencia dos supuestos: que la condena se refiera directamente a la

persona jurídica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 bis CP, o que afecte a sus “administradores o representantes de hecho o de derecho, vigente su cargo y representación y hasta su cese”. Esta última condición debe referirse, en cualquier caso, al momento en que se produjeron los hechos delictivos y no al punto de perfección del contrato, pues ello, obviamente, como explica la STS de 4 de octubre de 2005, abriría la puerta al fraude y al agravio comparativo entre personas jurídicas y físicas:

“Sin embargo, una interpretación no literalista, sistemática y finalista del precepto lleva a entender que lo que pretende evitar es la intervención de personas físicas o jurídicas que hubiesen incurrido en conductas merecedoras del indicado reproche penal, que en el caso de las personas jurídicas se plasma en la condena a los administradores o representantes que, vigente su cargo o representación, realizan las actuaciones objeto del reproche penal en nombre o a beneficio de las personas jurídicas correspondientes, utilizando dicho artículo 20.a) expresiones semejantes al artículo 31 del vigente Código penal, para determinar el alcance de la responsabilidad penal de quien actúa en nombre o representación de otro o como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, de manera que la vigencia del cargo o representación debe referirse al momento de la actuación penada y como presupuesto para atribuir la responsabilidad por otro (en este caso la persona jurídica representada) y no al momento de la condena. Por otra parte, una interpretación distinta como la que se pretende por la parte recurrente haría de peor derecho a los contratistas individuales frente a las personas jurídicas, propiciando que estas últimas quedaran exoneradas de las consecuencias de una conducta, imputable a ellas, en cuanto realizada en su beneficio a través de sus administradores o representantes, mediante la fórmula del cese de aquellos una vez conocido el proceso penal y ante una eventual sentencia condenatoria”.

## 2.2 Carácter no sancionador: el pronóstico de fiabilidad

Aunque tanto las directivas de 2014 como sus antecesoras de 2004 guarden silencio al respecto, otros documentos de la UE<sup>20</sup> justifican la existencia de motivos de exclusión imperativos en el ámbito de la contratación pública en razones de carácter preventivo. De lo que se trataría es de evitar el riesgo que para la viabilidad de un contrato (y, a fin de cuentas, para el buen empleo de los recursos públicos) supondría celebrarlo con una persona condenada por la comisión de un delito grave<sup>21</sup>.

El carácter preventivo de la exclusión deriva también del efecto disuasorio que su regulación y, sobre todo, su aplicación práctica supone para el conjunto de los agentes que intervienen en la contratación pública. Desde este punto de vista, obviamente, el logro del efecto disuasorio pretendido dependerá de cómo las exclusiones sean decididas –es decir, de su duración y alcance– y aplicadas –es decir, de cuál sea el rigor de las medidas restitutorias, compensatorias y preventivas a cuyo cumplimiento o adopción se condicione el inicio o el mantenimiento de la exclusión<sup>22</sup>-. Implícitamente se niega el carácter sancionador de la exclusión, lo cual permite su aplicación por hechos producidos con anterioridad a la entrada en vigor de la norma que las establezca o, en el caso de la

exclusión de personas jurídicas, por actos realizados por administradores que cesen en su cargo en el momento de presentación de una candidatura u oferta<sup>23</sup>.

En el ordenamiento estadounidense, la suspensión y exclusión de licitadores y contratistas es un mecanismo dirigido a asegurar el buen fin de los contratos celebrados por las agencias federales y no un sistema sancionador dispuesto para asegurar la eficacia de normativas de otra índole (laborales, ambientales o, en el caso que nos ocupa, de prevención de la corrupción)<sup>24</sup>.

Por esa razón, el sistema se funda en el concepto de “licitador responsable” actualmente establecido en el artículo 9.103 FAR: “purchases shall be made from, and contracts will be awarded to, responsible prospective contractors only”. Se trata, por consiguiente, de evaluar la solvencia o fiabilidad (*responsibility*) actual, presente, del contratista y no de sancionarlo por conductas o hechos pasados. El objetivo que se persigue es, pues, proteger los intereses contractuales de la Administración federal<sup>25</sup>; o sea, asegurar el buen uso de los recursos públicos evitando celebrar contratos con aquellos operadores que, además de estar incurso en algún motivo de suspensión o exclusión, no merezcan una valoración positiva de su capacidad, actual o prospectiva, de ejecutar un contrato a satisfacción de la Administración.

Por lo que se refiere al ordenamiento español, la jurisprudencia mayoritaria niega naturaleza sancionadora a las prohibiciones para contratar, atribuyéndoles una finalidad “preventiva” que se concreta en “evitar, en favor de la debida tutela de los intereses públicos, la relación con la Administración de quienes demuestren poca seriedad en su actividad empresarial; y conduce a concluir que tal prevención está justificada ante cualquier práctica empresarial defectuosa o reprochable, ya sea intencional o negligente”<sup>26</sup>. En la doctrina también es mayoritaria la negación de la naturaleza sancionadora de las prohibiciones para contratar, concebidas como “medidas de protección de la Administración, con las que la ley pretende evitar que se celebren contratos que tienen altas probabilidades de ser incumplidos”<sup>27</sup>.

En cualquier caso, aun careciendo de naturaleza sancionadora, las garantías del derecho administrativo sancionador pueden aplicarse, limitadamente, a las medidas administrativas de limitación o restricción de derechos y, entre ellas, a las prohibiciones para contratar<sup>28</sup>. Extensión limitada, dado que la negación del carácter sancionador de las prohibiciones para contratar se utiliza para no aplicarles, total o parcialmente, los principios y garantías propios de la potestad sancionadora tales como el de culpabilidad<sup>29</sup>, *non bis in idem*<sup>30</sup> o retroactividad. En la práctica de los tribunales contencioso-administrativos españoles, siguiendo la estela del TJUE, esta aplicación matizada de las garantías propias del derecho administrativo sancionador se realiza al amparo del principio de proporcionalidad que, como ahora proclama el artículo 4 LRJSP, ha de guiar las actuaciones administrativas de limitación de derechos. En este sentido, se afirma la necesaria previsión legal de los motivos de prohibición, la imposibilidad de extenderlos analógicamente y el respeto por el derecho de defensa asegurado a través de la audiencia específica prevista en el procedimiento administrativo de declaración



de las prohibiciones para contratar, para el caso de que estas no sean directamente impuestas por el órgano de contratación.

## 2.3 Diferenciación funcional y especialización orgánica

La “apreciación” de la existencia o, en su caso, la declaración de una prohibición de contratar es un acto administrativo –en unos casos discrecional, en otros de simple constatación– que puede corresponder a órganos diferentes: ora al órgano de contratación o poder adjudicador, ora a otro órgano distinto.

En el caso de la FAR estadounidense, el SDO de cada agencia, que es órgano competente para adoptar las decisiones en materia de suspensión y exclusión, es un órgano diferente del que tiene la potestad de adjudicar el contrato.

En el caso europeo, la transposición de las directivas de contratación en los diferentes Estados miembros puede agruparse, en síntesis, en tres grandes grupos: aquellos que les atribuyen las competencias de exclusiones a los poderes adjudicadores, aquellos que se las confían a órganos distintos y, por último, los que siguen sistemas mixtos atribuyendo la competencia a unos o a otros según cuál sea el motivo. Y ello a pesar de que el tenor literal de esas directivas atribuya esa potestad a los poderes adjudicadores<sup>31</sup>.

En el caso concreto de la LCSP española, según su artículo 71.1, esta competencia corresponde:

– Al propio órgano de contratación, en los supuestos de las letras c) (insolvencia), d) (incumplimiento de obligaciones tributarias, sociales y laborales), f) (sanciones LGT o LGS), g) y h) (incompatibilidades). También en el caso de las letras a) (condena penal firme) y b) (sanción administrativa firme), cuando la sentencia o resolución se pronuncien de forma expresa sobre el alcance y la duración de la prohibición. En el caso de la letra e) (falsedad), el motivo será de apreciación directa salvo que se afecte a la información que los licitadores han de facilitar al ROLECE o a los correspondientes registros autonómicos, pues en cuyo caso la competencia corresponderá al Ministerio de Hacienda o al órgano autonómico correspondiente.

– Al Ministerio de Hacienda en los casos de las letras a) –condena firme por la comisión de determinados delitos, entre los que se incluyen los de corrupción– y b), cuando no exista pronunciamiento sobre el alcance y duración de la prohibición, así como en el caso de la letra e).

– Al titular del departamento del que dependa la entidad adjudicadora cuando esta no tenga la condición de Administración pública.

Cabría cuestionar si esta centralización parcial de la competencia para apreciar determinadas prohibiciones para contratar es compatible con unas directivas que atribuyen expresamente la competencia a los poderes adjudicadores. Por otra parte, y por más que la regulación de las prohibiciones para contratar se incluya dentro de la competencia básica estatal en materia de contratos públicos (art. 149.1.18 CE), es dudoso, a la vista del elevado grado de discrecionalidad autorizado por la nueva LCSP, que el complemento ejecutivo del básico pueda justificarse, de acuerdo con las SSTC

141 y 331/1993, como medio para garantizar “la igualdad y la seguridad jurídica en la contratación”.

Sea como fuere, la existencia en el procedimiento de exclusión de dos funciones diferenciadas –la de investigación y esclarecimiento de los hechos por un lado, el planteamiento del pronóstico de fiabilidad por otro– parece conducir a una cierta especialización orgánica entre autoridades investigadoras (y, eventualmente, también sancionadoras) y los poderes adjudicadores que, para decidir sobre la exclusión, deben pronunciarse sobre la fiabilidad del licitador o candidato.

En este sentido se pronuncia el TJUE en la Sentencia de 24 de octubre de 2018<sup>32</sup>:

“En este contexto, procede tomar en cuenta las funciones respectivas, por una parte, de los poderes adjudicadores y, por la otra, de las autoridades investigadoras. En la medida en que estas últimas están encargadas de determinar la responsabilidad de determinados actores por la comisión de una infracción de una norma, constatando con imparcialidad la realidad de los hechos que pueden constituir tal infracción, y de sancionar el comportamiento contrario a derecho adoptado por esos actores, los poderes adjudicadores deben apreciar los riesgos a que podrían verse expuestos al atribuir un contrato a un licitador de dudosa integridad o fiabilidad”.

Esta diferenciación o especialización orgánica puede, tal vez, permitir una interpretación de la normativa española en vigor que conduzca a una mayor efectividad del sistema de prohibiciones. Al fin y al cabo, tal y como ya razoné en otro trabajo<sup>33</sup>, de lo que se trataría es de hacer una interpretación del artículo 17.2 del Reglamento general de contratos de las administraciones públicas (RGCAP) más fiel a su literalidad. Recuérdese que, de acuerdo con este precepto, “cuando las sentencias o resoluciones firmes no contengan pronunciamiento sobre la prohibición de contratar o su duración, esta será apreciada de forma automática por los órganos de contratación, sin perjuicio de que su alcance y duración se determine mediante el procedimiento que se regula en el artículo 19 de este reglamento”. En definitiva, en relación con la prohibición para contratar derivada de la condena por delitos de corrupción o fraude, la competencia para apreciar su existencia pertenece, en todo caso, al órgano de contratación. En cuanto a su duración y alcance, para el caso de que estos no aparezcan ya fijados en la sentencia, deberá instruirse un procedimiento específico en el cual dicha determinación deberá ser efectuada, con la propuesta previa de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por el Ministerio de Hacienda.

## 2.4 Diálogo y negociación

Tal y como viene sucediendo con los procedimientos de adjudicación, también en los procedimientos de aplicación de las prohibiciones o exclusiones se puede advertir una presencia creciente de la negociación y el diálogo y, por consiguiente, una mayor discrecionalidad de los órganos competentes.

Al margen de la decisión de aplicarlas o no (es decir, de iniciar o no el procedimiento), que en principio resultaría obligada para el caso de los motivos de exclusión imperativos<sup>34</sup>,

esta discrecionalidad y apertura a la negociación y al diálogo es especialmente observable en lo relativo a los efectos de la exclusión, al amparo de las diversas fórmulas de terminación convencional del procedimiento o, en el sistema de las directivas europeas, de autocorrección o *self-cleaning*.

En el régimen de la FAR estadounidense, si el contratista no hubiese logrado demostrar su *present responsibility*, el SDO deberá imponer una exclusión por un período, en regla, no superior a tres años, computándose también el período de suspensión (FAR 9.406-4). A estos efectos, el SDO deberá tomar en cuenta, de acuerdo con la sección 9.406-1 FAR, diversos factores tales como la existencia de códigos de conducta o sistemas de control interno adecuados con carácter previo al inicio de la investigación, si el contratista colaboró con la investigación oficial o desarrolló una propia, si satisfizo –o, por lo menos, se ofreció a hacerlo– las responsabilidades de cualquier naturaleza en que pudiera incurrir, si sancionó adecuadamente a las personas responsables, si puso en marcha medidas correctoras o si, en fin, reconoció la gravedad de la infracción y dispuso mecanismos para evitar la reincidencia.

Una vez impuesta, el período de exclusión podrá ser ampliado si así lo aconseja la protección de los intereses del gobierno, siguiéndose el procedimiento establecido para la exclusión inicial. También podrá ser reducido por solicitud del contratista cuando, entre otras razones, aparezcan nuevas pruebas.

La decisión se adoptará de forma motivada y será notificada a la empresa afectada. Del mismo modo, las decisiones de exclusión deben ser publicadas en el Excluded Parties List System (EPLS), así como en el Federal Awardee Performance and Integrity Information System (FAPIS), que, además de las suspensiones y de las exclusiones, publica también otros datos relativos a la responsabilidad actual de las empresas, como, por ejemplo, los contratos que son ejecutados de forma satisfactoria, los terminados de forma anormal, si la empresa fue objeto de acusación o condena, etc.

En definitiva, tanto la discrecionalidad de los SDO como la flexibilidad procedimental favorecen la negociación entre las partes y la terminación convencional del procedimiento a través de los denominados *administrative agreements* que suelen conllevar la adopción de *compliance programs* y el establecimiento de medidas de evaluación y verificación de su cumplimiento. Los ingredientes básicos de estos programas de *compliance*, según los criterios utilizados por la 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”<sup>35</sup>.

Por su parte, en el derecho europeo de contratación pública, la duración máxima de la exclusión es de cinco años –cuando la causa sea la condena por la comisión de algún

delito u otra sentencia firme, y la resolución judicial correspondiente no haya fijado una duración determinada- o de tres en todos los demás supuestos.

En el sistema de las directivas de contratos y concesiones públicas, a diferencia de la FAR, no existe una previsión específica de terminación convencional del procedimiento de exclusión. En su lugar, y con similares efectos prácticos, el artículo 57.6 DCP proclama el derecho de los operadores económicos objeto de exclusión a “presentar pruebas de que las medidas adoptadas son suficientes para demostrar su fiabilidad a pesar de la existencia de un motivo de exclusión pertinente”, añadiendo que, “si estas pruebas fueran consideradas suficientes, el operador económico no quedará excluido del procedimiento de contratación”. Se abre así un período de negociación entre el operador y el órgano competente del Estado miembro<sup>36</sup> en el que se discute si las medidas adoptadas por el primero son o no suficientes.

Aunque la decisión acerca de si las medidas son o no suficientes tiene naturaleza discrecional, la DCP establece algunos criterios que han de guiar la decisión y a los que de forma necesaria se tiene que referir la motivación: “las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán tomando en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas sean consideradas insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión”.

Además, el citado artículo 57.6 DCP sí establece el contenido mínimo de esos programas: “... el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas”, precisando el considerando 102 DCP el alcance de dichos programas al señalar que, “en concreto, podría tratarse de medidas que afecten al personal y a la organización, como la ruptura de todos los vínculos con las personas u organizaciones que hubiesen participado en las conductas ilícitas, medidas adecuadas de reorganización del personal, implantación de sistemas de información y control, creación de una estructura de auditoría interna para supervisar el cumplimiento y adopción de normas internas de responsabilidad e indemnización”.

Finalmente, el párrafo último de esta norma dispone que, cuando la exclusión se hubiese producido en virtud de sentencia firme, el operador afectado no tendrá derecho a acogerse a la posibilidad de autocorrección durante el período establecido en la sentencia, aunque estos efectos limitativos se producirán únicamente “en el Estado miembro en que la sentencia sea ejecutiva”. Es decir, el operador seguiría excluido en ese Estado aunque pueda solicitar la autocorrección en los otros Estados miembros<sup>37</sup>.

La LCSP integra procedimentalmente la autocorrección en el trámite de audiencia<sup>38</sup> y fija requerimientos menos exigentes que los dispuestos en la DCP. En efecto, la ley española restringe el ámbito de los daños indemnizables a los que resulten fijados “por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de

contratar, siempre y cuando esas personas fueran declaradas responsables del pago de la misma [indemnización] en la referida sentencia o resolución”. Ocurre, sin embargo, que en el ordenamiento español este tipo de declaraciones resultan extraordinariamente raras<sup>39</sup>.

En segundo lugar, también se exige la adopción de “medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones” aunque, tal y como advierte Huergo Lora<sup>40</sup>, si se interpreta este precepto de conformidad con el artículo 57 DCP, la mera adopción de estas medidas no asegura el levantamiento de la prohibición, siendo solamente el presupuesto para la evaluación singularizada que debe realizar el órgano competente<sup>41</sup>.

En tercer lugar, la LCSP obvia una de las exigencias de la DCP: el esclarecimiento de los hechos.

En cuarto lugar, la LCSP únicamente excluye del ámbito de la autocorrección aquellos supuestos en los cuales la prohibición derive de una condena penal firme por alguno de los delitos enumerados en el artículo 71.1.a) y no todos aquellos supuestos en los cuales la prohibición –o, más en general, la inhabilitación para contratar– se hubiesen impuesto a través de sentencia firme. Piénsese, por ejemplo, en condenas penales por delitos diferentes a los apuntados que impongan la pena de privación del derecho para contratar con el sector público. De forma criticable, de acuerdo con la ley española, estas condenas pueden quedar sin efecto. A este respecto, cabe señalar que el TJUE viene de diferenciar, en relación con la Directiva de concesiones, entre el supuesto de condena firme por alguno de esos delitos –caso en el cual, de acuerdo con su interpretación, el licitador o candidato afectado tendría derecho a demostrar su fiabilidad– y el caso, más concreto, señalado por vía de excepción en el artículo 38.9, párrafo 3, de dicha directiva, que alude a una sentencia firme que priva de forma expresa a una persona determinada de su derecho a contratar, único supuesto, a su ver, en que no cabría la autocorrección<sup>42</sup>.

Sea como fuere, y aunque en este punto la LCSP no se separe de lo dispuesto en las directivas europeas, lo cierto es que se ha perdido la oportunidad de completar la regulación europea con previsiones tales como la publicidad de los acuerdos de autocorrección o la posibilidad de rehabilitar la prohibición cuando las medidas adoptadas se demuestren, en la práctica, insuficientes.

### 3 CONCLUSIÓN

En un trabajo publicado en 2007, Lambsdorff y Nell abogan, partiendo de un análisis económico de la eficacia y del carácter disuasorio de las sanciones, por un sistema de sanciones asimétrico y por instrumentos de clemencia *ex ante*, concluyendo que un sistema tal reduciría la frecuencia y la reincidencia de las infracciones relacionadas con la corrupción<sup>43</sup>. De hecho, y en paralelo con la generalización del reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la legislación penal ha establecido

la autocorrección como atenuante o, incluso, eximente de la responsabilidad penal de estas entidades<sup>44</sup>.

Ciertamente, estos mecanismos de autocorrección o *self-cleaning* se inspiran en los programas de *leniency* o clemencia previstos en la legislación de defensa de la competencia. Esta cercanía, sin embargo, no debe ocultar la existencia de importantes diferencias entre ambos: en el ámbito de defensa de la competencia, la clemencia se fundamenta en la dificultad de descubrir la existencia de pactos o acuerdos anticompetitivos que son, por definición, secretos. Se trata, en definitiva, de facilitar la persecución de conductas prohibidas reduciendo o eliminando la responsabilidad de alguno de los sujetos que en ellas han participado, no de dejar las conductas sin sanción alguna<sup>45</sup>. En el ámbito de la contratación pública, este es el sentido de instrumentos como el *Voluntary Disclosure Programm* (VPD), aún vigente en el sistema del BM, que solamente permite evitar la exclusión si la empresa comunica la existencia de una infracción antes del inicio de una investigación formal por parte de la institución<sup>46</sup>. Pero en el caso de la autocorrección o *self-cleaning* regulada en las directivas europeas de 2014, la aplicación de la eximente no se condiciona a que se pongan en conocimiento de las autoridades competentes infracciones que estas no conociesen. Todo lo contrario: las nuevas directivas dejan claro que el momento para solicitar la no aplicación de la exclusión se produce ya iniciado el procedimiento de exclusión.

Además, el *self-cleaning* previsto en las directivas europeas difiere de forma sustancial de mecanismos similares previstos en otros sistemas de contratación pública como el federal estadounidense analizado. En estos, como ya se ha apuntado, los sistemas de denuncia solo pueden activarse antes del inicio de la investigación formal, nunca después. Y solamente en este caso se mantiene la confidencialidad, tal y como sucede en el ámbito de la defensa de la competencia. En principio, las directivas comunitarias no contienen previsión alguna relativa a la reincidencia en la comisión de infracciones por parte de empresas que ya se han beneficiado de algún programa de *self-cleaning*, de modo que, como en la exhortación evangélica, las empresas podrían ser perdonadas hasta setenta veces siete (o más), a pesar de que la reincidencia demuestre la ineficacia práctica de los programas de *compliance* adoptados y la ausencia de fiabilidad.

Las razones de estas divergencias obedecen a que, de acuerdo con la propuesta de Arrowsmith, Priess y Friton<sup>47</sup>, asumida en sus trazos generales por el legislador comunitario, el *self-cleaning* constituye un verdadero derecho subjetivo de los operadores económicos derivados de las libertades comunitarias de libre circulación de mercancías y prestación de servicios y de los principios de igualdad de trato y proporcionalidad que permite, además, conciliar las exigencias de la lucha contra la corrupción con las de la promoción de la competencia, al no limitar el número de licitadores o candidatos a la adjudicación de contratos públicos<sup>48</sup>. Esta limitación *ab initio* de la discrecionalidad de los poderes adjudicadores (o de cualquier otra autoridad que resulte competente) se compensa con el establecimiento de condiciones obligatorias y que, en principio, parecen más exigentes que las establecidas en otros ordenamientos. Una lectura más

atenta de la DCP y de las normas internas de transposición, no obstante, revela que el mecanismo de autocorrección en ellas previsto no debe compararse con los sistemas de VDP de los EUA o del BM<sup>49</sup>, sino con la posibilidad, también prevista en ambos, de que el procedimiento termine con un acuerdo en virtud del cual se le impongan a la empresa afectada deberes de diversa naturaleza, que por lo general incluyen la adopción de programas de *compliance*. Por tanto, la aproximación entre los tres sistemas se produciría a través del reconocimiento al órgano competente de una amplia potestad discrecional<sup>50</sup>. Inclusive, a partir de la redacción del párrafo primero del artículo 57.6 DCP, podría deducirse que el legislador europeo ha acabado por diseñar un sistema que, como el de la FAR estadounidense, pivota sobre el concepto de “responsabilidad presente”, ahora denominado “fiabilidad”. En efecto, a esta conclusión podría llegarse tras la lectura del inciso que, en el precepto indicado, señala que “Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad a pesar de la existencia de un motivo de exclusión pertinente”.

La diferencia, sin embargo, sigue siendo notable, pues en el caso de las directivas europeas la discrecionalidad se halla claramente limitada: la única decisión posible sería la de decidir si el operador es excluido o no y, en este segundo caso, con qué condiciones. No cabría, al menos de acuerdo con el tenor literal del artículo 57.6 DCP, dictar resoluciones de exclusión revisables o sujetas a remisión, sino que el condicionamiento solamente sería posible en el caso de las resoluciones de no exclusión. En cualquier caso, este obstáculo parece que puede ser salvado por los legisladores estatales, que, como sucede en el caso español, prevén expresamente que “la prohibición de contratar (...) 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”<sup>51</sup>.

Por esta vía, en conclusión, las autoridades de los Estados miembros de la UE disfrutarían de una discrecionalidad similar a aquella que ejercen los SDO de las agencias federales estadounidenses, aunque los acuerdos –o, si se prefiere, las resoluciones en las cuales la exclusión es sustituida por la adopción de un programa de *compliance*– no está previsto, ni en el caso de la DCP europea ni tampoco en el caso del proyecto de ley español de transposición, que se tengan que hacer públicos. Convendría, en este sentido, recordar una de las conclusiones del informe de la OCDE de diciembre de 2014 sobre la aplicación de la Convención auspiciada por esta organización para perseguir penalmente el cohecho de agentes públicos extranjeros en la cual, tras constatar que la mayoría de los procedimientos iniciados terminaron por acuerdo entre las partes, recomendaba que estos acuerdos deberían hacerse públicos<sup>52</sup>, consejo que no hay razón alguna para no extender al ámbito administrativo.

## 4 BIBLIOGRAFÍA

- Arrowsmith, S., Priess, H-J. y Friton, P. 2009. «Self-Cleaning as Defence to Exclusion from Misconduct – An Emerging Concept in EC Procurement Law», en *Public Procurement Law Review*, 18.
- Arzoz 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.cnmc.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 y 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. y Hogenboom, B. 2004, «Good governance and democracy in a world of neoliberal regimes», en J. Demmers, A. Fernández Jilberto y B. Hogenboom, *Good governance in the Era of Global Neoliberalism*. Londres y Nueva York: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203478691>.
- Georgopoulos, A.C., Hoekman, B. y 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. y Duvall, R. 2013. «United States: It's time to rethink the Suspension and Debarment Process», en *Mondaq Connecting Knowledge & People*, 3 de julio 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. y Søreide, T. 2014. «Debarment in public procurement: rationales and realization», en G. Racca y C.R. Yukins (eds.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*. Bruselas: 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. y 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](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 y P. Valcárcel Fernández (dirs.), *Contratación pública a debate: presente y futuro*. Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- Medina Arnaiz, T. 2018. *Las prohibiciones para contratar desde una perspectiva europea*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- Medina Arnaiz, 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. y 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 y 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.howtocrack-anut.com](http://www.howtocrack-anut.com), 19 de septiembre 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 y como el creador de la expresión, J. Williamson, reconoció años después, su origen se encuentra en una conferencia organizada por el Institute for International Economics en 1989 en la que se pidió a economistas latinoamericanos que detallaran la situación de sus países, sumidos en plena crisis de deuda. A tal fin, se les facilitó un documento-base, redactado por Williamson, en el que se numeraban las diez reformas que, a su juicio, suscitaban consenso académico y político: disciplina fiscal, reordenación de las prioridades de gasto, reforma fiscal (regresiva), liberalización de los tipos de interés, tasa de cambio competitiva, liberalización comercial, apertura a la inversión extranjera directa, privatización, desregulación y establecimiento de derechos de propiedad (Williamson, 2003).
- 2 Por medio de la creación de agencias y autoridades independientes; de acuerdos internacionales de liberalización del comercio, la inversión y la circulación de capitales; del condicionamiento macroeconómico asociado al acceso a los préstamos del BM o de los demás bancos internacionales de desarrollo y de la aparición de instancias judiciales o arbitrales de ámbito supraestatal de resolución de conflictos. En este sentido, González García, 2004.
- 3 Las denominadas "democracias-mercado", que tienen como principal cometido generar un entorno atractivo para la inversión de capital (véanse, entre otros, Demmers, Fernández Jilberto y Hogenboom, 2004: 29).
- 4 Según datos de la OCDE, la contratación pública supone el 2% del PIB y el 29% del gasto público total de los países miembros de esta organización, representando 4,2 billones de euros (cfr. OCDE, 2016: 5).
- 5 Por más que los grandes Estados sigan manteniendo importantes medidas de protección de sus industrias. Una lista de las que mantienen los EUA, en Aymerich Cano, 2017.
- 6 En este sentido, Sánchez Graells, 2015, desde un análisis económico del derecho y de la consideración de las normas de contratación pública como una regulación dirigida a mantener unas condiciones adecuadas de competencia en ese mercado.
- 7 Lleva razón A. Huerogo Lora cuando constata que "la legislación española contiene una lista muy larga de prohibiciones de contratar, cuya aplicación práctica parece ser muy escasa" (Huerogo Lora, 2017: 224). En el mismo sentido, *vid.* Medina Arnáiz, 2014: 334. La tendencia parece ser general, tal y como reconoce la OCDE respecto del delito de soborno internacional relacionado con la contratación pública (cfr. OCDE, 2015: 37).
- 8 Así sucede en aquellos casos en los que el soborno internacional es objeto de sanción penal: "La mayoría de los casos de soborno internacional concluidos a partir de la entrada en vigor de la Convención Antisoborno de la OCDE terminaron mediante acuerdos (...) en los procedimientos para alcanzar esos acuerdos se deben respetar los principios de debido proceso, transparencia y congruencia. Por este motivo, el resultado del acuerdo extrajudicial debe hacerse de conocimiento público" (cfr. OCDE, 2014: 34).
- 9 Aymerich Cano, 2019: 101.
- 10 *Vid.* Georgopoulos, Hoekman y Mavroidis, 2017.
- 11 Pues, al fin y al cabo, la existencia –en la norma escrita o en la práctica– de modelos divergentes de lucha contra la corrupción en el ámbito de la contratación pública puede constituir una barrera al comercio. *Vid.* Cox, 2011; y Aymerich Cano, 2017.
- 12 *Vid.* Yukins, 2013.
- 13 *Cfr.* Sánchez Graells, 2014: 105.
- 14 En relación con la Directiva 2004/18, la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 analiza en vía prejudicial si la no comunicación al poder adjudicador de la existencia de una condena penal no firme contra un antiguo administrador puede ser causa de exclusión en cuanto "falta profesional grave", motivo potestativo tanto en la Directiva de 2004 como en la vigente de 2014 (art. 57.4.c). El tribunal, tras recordar el margen de apreciación del que los Estados miembros disponen en relación con motivos de exclusión potestativos ("están facultados para no aplicar en absoluto esas causas de exclusión o bien para integrarlas en la normativa nacional con un grado de rigor que podría variar según el caso, en función de consideraciones de carácter jurídico, económico o social que prevalezcan en el plano nacional"), concluye que sí es conforme con el derecho comunitario la aplicación en el caso examinado de dicha causa de exclusión, tanto por permitir expresamente la Directiva 18/2004 que la falta profesional grave pueda ser acreditada a través de "cualquier medio de prueba" (incluida también, por tanto, una sentencia penal no firme) como también por contemplar esa norma como motivo de exclusión la realización de declaraciones falsas o no facilitar toda la información exigida de acuerdo con lo dispuesto en la regulación de los criterios de selección cualitativa. El razonamiento es perfectamente aplicable a la Directiva 2014/24/UE.
- 15 Con efecto, el precepto dispone que "The debarring official may debar...".
- 16 En el ordenamiento estadounidense, esta "preponderance of evidence" es el *quantum probatorio* normalmente utilizado en el ámbito civil, frente al "beyond a reasonable doubt" imperante en el ámbito penal. Podría traducirse como aquella prueba que acredita que unos hechos es más probable que se hubiesen producido que lo contrario.
- 17 Una crítica de esta tendencia en Gordon y Duvall, 2013.
- 18 *Cfr.* Majtan, 2013: 296.
- 19 Resulta de interés el supuesto analizado en la STS de 4 de octubre de 2005: "Como se desprende de los artículos 22 y 63 de la LCAP, la adjudicación del contrato a personas que se encuentren incurso en alguna de las prohibiciones del artículo 20 determina la nulidad de pleno derecho de la adjudicación, pero este no es el caso de autos, ya que la prohibición a que se refiere la letra a) de dicho artículo 20 nace con la sentencia firme de condena, que en este caso se produjo con posterioridad a la adjudicación, por lo que no puede operar como causa de nulidad del 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 En este sentido se manifiestan Arrowsmith, Priess y Friton, 2009.
- 22 Un tratamiento general del fundamento del sistema de exclusión de licitadores y contratistas en las directivas europeas de contratación pública puede consultarse en Schoenmaekers, 2016: 219 y ss. *Vid.* también Hjelmeng y Søreide, 2014: 219 y ss.

- 23 "Ha de señalarse que la circunstancia de que los elementos fácticos que pueden dar lugar a la exclusión del licitador resulten de la conducta de un administrador que cese en su cargo en la fecha de presentación de la solicitud de participación en el procedimiento de licitación tampoco puede obstar para la aplicación de esta causa de exclusión" (STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-178/16, p. 37).
- 24 De acuerdo 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 de 18 de marzo de 2015.
- 27 Cfr. Huergo Lora, 2017: 229. También Medina Arnáiz las define como "limitaciones a la posibilidad de resultar contratista de un contrato público, de tal manera que pueden definirse como medidas administrativas, aplicadas por los órganos de contratación, que impiden contratar a los que incurran en una serie de circunstancias que, a juicio del legislador, presuponen una falta de fiabilidad en el candidato o licitador o de imparcialidad en la selección del contratista" (Medina Arnáiz, 2018: 759).
- 28 La jurisprudencia (*vid.* entre otras, la STS de 31 de mayo de 2007) suele fundar esta afirmación en la STC 61/1990, de 29 de marzo, que califica, a efectos jurídico-constitucionales, como sanción la revocación de una licencia de detective privado.
- 29 La STS de 28 de marzo de 2006 afirma que "cabe partir de que la prohibición para contratar carece de naturaleza sancionadora, por lo que no tiene por qué exigírsele una autoría directa". En idéntico sentido, la STS de 31 de mayo de 2007.
- 30 "No se comparte por lo demás la tesis procesal de que se está ante una sanción administrativa, pues con cita de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se mantiene que las sanciones cumplen una función represora y punitiva, lo que no sucede en el caso del acto impugnado aunque sea un acto limitativo de derechos. Por ello, aunque esté en curso un procedimiento penal, no se va a incurrir en la vulneración del principio *non bis in idem*" (STS de 31 de mayo de 2007).
- 31 La existencia de una previsión expresa en la directiva impediría cualquier invocación, en contrario, de la autonomía institucional o procedimental. En este sentido, recuerda 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). En ese 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 Arnáiz, 2018: 293.
- 32 As. C-124/17, p. 26.
- 33 Aymerich Cano, 2019: 338 y ss.
- 34 En todo caso, la tendencia lleva a extender la discrecionalidad también a esta decisión, tal y como muestra el reciente CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) entre la UE y Canadá, que en su artículo 19.7, relativo a las exclusiones de los contratos públicos, dispone que "If there is supporting evidence, a Party may exclude...".
- 35 Cfr. Harutyunyan, 2016: 455.
- 36 Cuál sea el órgano competente es una cuestión que deben determinar las normas internas de transposición, a pesar de que el precepto aluda de forma expresa y directa al procedimiento de contratación y de ahí se pueda concluir que la decisión compete al poder adjudicador. Una evaluación de las distintas opciones en Hjelmeng y Søreide, 2014.
- 37 Una crítica en Sánchez Graells, 2014: 113.
- 38 Sin perjuicio de que este derecho pueda ser ejercido incluso durante la vigencia de la prohibición, según lo previsto en el párrafo tercero del artículo 72.5 LCSP: "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 esta revisión será el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar".
- 39 Neste sentido, *vid.* Aymerich Cano, 2015a.
- 40 Cfr. Huergo Lora, 2017: 257.
- 41 Pues el artículo 57 DCP exige una evaluación de las medidas adoptadas por los operadores económicos para determinar si se consideran suficientes para asegurar la fiabilidad de la persona afectada.
- 42 Sentencia del TJUE de 11 de junio de 2020, as. C-479/19, p. 21 y 22.
- 43 Cfr. Lambsdorff y Nell, 2007. Para estos 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 Después de la reforma de marzo de 2015, el CP español contempla la existencia de programas de *compliance* como circunstancia eximente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *vid.* Aymerich Cano, 2015b.
- 45 En palabras del organismo español de defensa de la competencia, "el programa de clemencia tiene por objeto facilitar la detección de cárteles o avanzar en la investigación de aquellos ya detectados, apoyando la actividad investigadora de la CNC y su capacidad para acreditar, de acuerdo con el nivel de prueba requerido legalmente, los hechos y conductas investigados" (Cfr. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2013). En ese mismo sentido, el artículo 62.4 de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.
- 46 Explica S. Majtan que este sistema fue importado desde el ordenamiento federal estadounidense, en concreto de un programa similar instaurado en el seno del Departamento de Defensa (DOD) en 1986 y abandonado por su falta de efectividad en 2007, cuando fue sustituido por la obligación de comunicar la existencia de cualquier infracción (Majtan, 2013).
- 47 Cfr. Pünder y Arrowsmith, 2009. *vid.* también el trabajo de Arrowsmith, Priess y Friton, 2009: 257 y ss.
- 48 Idea confirmada por la Sentencia del TJUE de 11 de junio de 2020, as. C-472/19, p. 17.
- 49 Programas, por lo demás, de escasa eficacia práctica. *vid.* Majtan, 2013: 469.
- 50 En realidad, el incremento de la discrecionalidad reconocida a los Estados miembros y a los poderes adjudicadores es la novedad más importante introducida por el Consejo y el Parlamento Europeo en la propuesta de 2011 de la que proceden las directivas vigentes (De Mars, 2016: 254).
- 51 O sea, el pago de las multas e indemnizaciones que le fueran impuestas y la adopción de medidas técnicas y organizativas tendentes a evitar la comisión de futuras infracciones.

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).