

INFORME 2/2021 SOBRE A DECLARACIÓN E OS EFECTOS DA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR PREVISTA NO ARTIGO 71.2.D) DA LEI 9/2017, DO 8 DE NOVEMBRO, DE CONTRATOS DO SECTOR PÚBLICO.

ANTECEDENTES

Pola Consellería de Infraestruturas e Mobilidade dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

O 27 de xullo de 2017, a Dirección Xeral de Mobilidade ditou resolución de adxudicación dos contratos que foron licitados no marco da primeira fase do Plan de Transporte Público de Galicia.

As adxudicatarias dos contratos estaban obrigadas a presentar ante a Dirección Xeral de Mobilidade distinta documentación conforme ao previsto no Prego de Condicións e na normativa que resulta de aplicación, nalgúns supostos con carácter previo ao inicio da prestación.

Ante o incumprimento destas obrigas, a Dirección Xeral realizou distintos requisitos durante o mes de agosto e nos supostos nos que ditos requisitos non foron atendidos, no mes de novembro de 2017, iniciou os correspondentes procedementos de imposición de penalidades contractuais, que deron lugar, ante a persistencia de ditos incumplimentos, á tramitación dos correspondentes procedementos de resolución, segundo o disposto no artigo 109 do Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei de contratos das Administracións Públicas.

Co fin de tramitar a declaración da prohibición para contratar remítense os expedientes de resolución contractual tramitados (XG-502, XG-533 e XG-535) e de acordo co disposto no artigo 2 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Galicia, solicitase informe sobre as seguintes cuestións:

1º) En relación co procedemento regulado no artigo 19.2 do Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas, cabe plantexar se a incorporación dos informes técnico e xurídico aos que fai referencia, son os emitidos durante o procedemento de resolución contractual xa tramitado ou polo contrario deberían ser emitidos novos informes durante o procedemento de declaración da prohibición. E

en caso afirmativo, cal seria o contido do informe técnico, unha vez firme a resolución do contrato por incumprimento do contratista.

2º) A Lei 9/2017, do 8 de novembro, non contén ningunha referencia á determinación do alcance e duración das prohibicións para contratar e o artigo 19.4 do Real Decreto 1098/2001, de 12 de outubro, fai referencia con carácter xenérico á existencia de dolo, mala fe e ao dano causado aos intereses públicos, polo que se solicita informe sobre os criterios para determinar o alcance e duración da prohibición para contratar nos termos que establece este artigo.

3º) O artigo 71.3 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, prevé a posibilidade de estender os efectos da prohibición para contratar a aquelas empresas das que poida presumirse que son continuación ou derivan daquelas nas que concorre a prohibición, polo que a vista desta regulación solicitase informe sobre a interpretación do termo “ persoas que as rexen” e a referencia a “ outras circunstancias” para determinar os supostos nos que podería presumirse que se producen as circunstancias indicadas para estender os efectos da prohibición.

CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS.

1.- Competencia.

Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspónelle a este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquellas cuestiós que, en materia de contratación administrativa, sometan á súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1.

2.- Petición.

A fin de determinar a iniciación do correspondente expediente de declaración de prohibición de contratar motivado na Resolución por incumprimento culpable do contratista de tres contratos derivados da primeira fase do Plan de Transporte Público de Galicia, a Consellería de Infraestruturas e Mobilidade solicita por parte deste órgano, pronunciamento sobre a necesidade de emitir novos informes técnicos e xurídicos ou a suficiencia dos xa emitidos no proceso de Resolución dos contratos, os criterios para determinar o alcance e duración da prohibición e a interpretación do termo “ persoas que as rexen” e a referencia a “ outras circunstancias”, contidas no artigo 71.3 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público.

Se ben, previamente a o análise das cuestións formuladas, considérase conveniente reiterar o criterio mantido por esta Xunta Consultiva de Contratación relativo a que non é competencia desta emitir informes en expedientes concretos dos diferentes órganos de contratación. Porén, as funcións deste órgano consultivo limitanse a dar resposta a consultas xurídicas no ámbito da contratación pública que revistan un interese xeral, motivo polo que este informe centrarase en sinalar o criterio xurídico de carácter xeral a aplicar sen entrar a valorar o suposto de feito concreto formulados pola Consellería de Infraestruturas e Mobilidade.

3- Prohibicións de contratar, especial referencia a causa prevista no artigo 71.2.d da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público.

O artigo 65.1 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público, establece respecto da capacidade para contratar que, *“Só poderán contratar co sector público as persoas naturais ou xurídicas, españolas ou estranxeiras, que teñan plena capacidade de obrar, non estean incursas nalgunha prohibición de contratar, e acrediten a súa solvencia económica e financeira e técnica ou profesional ou, nos casos en que así o esixa esta Lei, atópense debidamente clasificadas.”*

Desta forma, a normativa de contratación pública esixe que aos suxeitos interesados en contratar aplíqueselles, ademais das regras xerais de capacidade xurídica e de obrar, unha serie de incapacidades específicas, seleccionando valores ou intereses xurídicos que se pretenden protexer de forma efectiva mediante o establecemento da prohibición para contratar. Neste sentido pronúnciase o Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidad de Madrid, na súa Resolución Nº25/2017, do 1 de febreiro, ao dispoñer que estas se refiren, *“a calidades profesionais do licitador, á honestidade profesional, á solvencia e á fiabilidade dos mesmos. Como circunstancias que impiden a contratación, deben estar tipificadas na lei e aplicarse só naqueles supostos taxados en que a situación do licitador sexa coincidente co tipo, sen que sexa admisible unha interpretación analóxica ou extensiva.”*

A regulación das prohibicións para contratar, a apreciación das mesmas e os seus efectos contense actualmente nos artigos 71, 72 e 73 da Lei 9/2017, do 8 de novembro, de Contratos do Sector Público (en adiante, LCSP).

Ten especial interese para a consulta exposta, o artigo 71.2 que dispón que *“Ademais das previstas no apartado anterior, son circunstancias que impedirán aos empresarios contratar coas entidades comprendidas no artigo 3 da presente Lei, nas condicións establecidas no artigo 73 as seguintes: (...) d) Dar lugar, por causa da que fosen declarados culpables, á resolución firme de calquera contrato celebrado cunha entidade das comprendidas no artigo 3 da presente Lei. A prohibición alcanzará ás empresas cuxo contrato houbera quedado resolto por incumprimento culpable do contratista das obrigacións que os pregos houberen cualificado como esenciais de acordo co previsto no artigo 211.1. f)”*.

Respecto da competencia e procedemento para a apreciación da prohibición de contratar das causas relacionadas no artigo 71.2 da LCSP, o artigo 72.3 da Lei 9/2017 atribúe ao órgano de contratación a capacidade para a declaración da mesma, conforme ao procedemento instruído para o efecto. Este punto é desenvolvido polo Real Decreto 1098/2001, do 12 de outubro, polo que se aproba o Regulamento xeral da Lei de Contratos do sector público, ao dispoñer no seu artigo 19, que *"corresponde aos órganos de contratación a iniciación do procedemento para a declaración da prohibición de contratar nos supostos en que os feitos que a motivan pónanse de manifesto con ocasión da tramitación dun expediente de contratación."*

No relativo para os efectos das prohibicións de contratar, o artigo 73 da LCSP, establece, respecto das relacionadas no artigo 71.2, que *"afectará o ámbito do órgano de contratación competente para a sua declaración"*, prevendo no seu apartado segundo, a posibilidade de estender os seus efectos ao correspondente sector público en que se integra o órgano de contratación, que no caso do sector público da Comunidade Autónoma de Galicia corresponderá, previa proposta da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia, á Consellería de Facenda e Administración Publica.

En canto á súa duración, debe terse en conta que o artigo 72.6 da LCSP, dispón no seu parágrafo segundo, que esta non poderá exceder de tres anos, para cuxo cómputo estarase ao establecido no apartado terceiro do artigo 73, isto é, dende a data de inscrición da prohibición de contratar, no Rexistro Xeral de Contratistas da Comunidade Autónoma de Galicia ao ser esta preceptiva para as causas establecidas no artigo 71.2 da LCSP.

4.- Procedemento para a declaración da prohibición de contratar do artigo 71.2.d da LCSP e valoración sobre a suficiencia dos informes xa emitidos no Procedemento de Resolución do contrato.

A xeito de consideración inicial, hai que indicar que a LCSP, no seu artigo 190, atribúe ao órgano de contratación a prerrogativa de acordar a resolución dos contratos, o que se reitera no artigo 212 da mesma ao establecer que *"a resolución do contrato acordarase polo órgano de contratación, de oficio ou a instancia do contratista, no seu caso, seguindo o procedemento que nas normas de desenvolvemento desta Lei establezase"*.

Este procedemento para declarar a resolución do contrato, é o establecido no artigo 109 do Regulamento xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas (aprobado polo Real Decreto 1098/2001, do 12 de outubro) que dispón que se acordará polo órgano de contratación, de oficio ou a instancia do contratista, co cumprimento dos requisitos seguintes: audiencia do contratista por prazo de dez días naturais, no caso de proposta de oficio; audiencia, no mesmo prazo anterior, do avalista ou asegurador se se propón a incautación da garantía; informe do servizo xurídico (salvo nos casos previstos nos artigos 41 e 96 da Lei) e

ditame do Consello de Estado ou órgano consultivo equivalente da Comunidade Autónoma respectiva, cando se formule oposición por parte do contratista.

Engade no seu apartado segundo que “*cando o expediente se inicie polo órgano de contratación incorporaranse ao mesmo os informes dos servizos técnicos e xurídicos, cumpríndose posteriormente o trámite de audiencia, remitíndose o expediente ao órgano competente para a súa resolución ou á Xunta Consultiva de Contratación Administrativa cando a esta correspóndale formular a proposta*”.

Vemos así que a competencia para resolución dos contratos e para a declaración da prohibición de contratar, -que a súa vez vaise xustificar na primeira (artigo 71.2 d)-, recae en ambos casos no órgano de contratación de conformidade cos artigos 72 e 212 da LCSP.

Agora ben, no tocante ao procedemento para a declaración dunha prohibición de contratar das recollidas no artigo 71.2 da LCSP, a LCSP establece expresamente no seu artigo 72.2, que “*o alcance e duración da prohibición deberá determinarse mediante un procedemento instruído ao efecto, de conformidade co disposto neste artigo*”.

Asemade, o artigo 72.5 da devandita norma legal prevé que “*cando conforme ao sinalado neste artigo, sexa necesaria unha declaración previa sobre a concorrencia da prohibición, o alcance e duración desta se determinarán seguindo o procedemento que nas normas de desenvolvemento desta lei se estableza*”, normas que se concretan no artigo 19 do Real Decreto 1098/2001, do 12 de outubro.

De acordo co anterior, áinda que os dous procedementos están intimamente ligados xa que o efecto xurídico que se deriva da resolución contractual é a causa da imposición dunha prohibición de contratar, e que no procedemento de declaración da prohibición de contratar non deberían ser consideradas causas distintas nin novas circunstancias das que puideron apreciarse para resolver os contratos, non se pode descoñecer que nos atopámonos na procura de dous intereses distintos, toda vez que, namentres no procedemento de resolución contractual se persegue acreditar un incumprimento ou incumplimentos que determinen a resolución do contrato, e, consecuentemente, a súa extinción, no procedemento para a declarar a concorrencia, duración e alcance da prohibición de contratar se trata de ponderar se aquelas circunstancias, de xeito tal que permitan ao órgano de contratación pronunciarse sobre unha limitación da capacidade de contratar da referida persoa, xa sexa física ou xurídica, cun determinado órgano de contratación, e impedir así o seu libre acceso ás licitacións públicas.

Por esta razón, atendendo aos valores ou intereses xurídicos que tratan de satisfacer cada un dos procedementos mencionados, consideramos que cando o artigo 19 do Real Decreto 1098/2001, do 12 de outubro, expresa que “*cando o expediente se inicie polo órgano de contratación se incorporarán a este os informes dos servizos técnicos e xurídicos*” están a esixir a preceptiva emisión duns informes nos que se

valore a concorrencia de determinadas circunstancias, que, no caso concreto, determinen o alcance e a duración do establecemento dunha restrición, dunha limitación á capacidade para contratar cun determinado órgano de contratación por parte dunha persoa física ou xurídica, motivo polo cal, estes informes deben realizarse no marco do procedemento iniciado para a imposición da prohibición de contratar.

5- Criterios para a determinación do alcance e duración da prohibición.

A LCSP establece certas regras sobre o alcance e a duración da prohibición. Así, no que afecta ao suxeito sobre o que recae a prohibición de contratar o artigo 71.2, letra c, da LCSP determina que "*a prohibición alcanzará as empresas cuio contrato quedase resolto por incumplimento culpable do contratista das obligas que os pregos houbesen cualificados como esenciais de acordo co previsto no artigo 211.1.f)*".

Este precepto debe completarse coa previsión do apartado terceiro do artigo 73, que indica que "*as prohibicións de contratar afectarán tamén a aquellas empresas das que, por razón das persoas que as rexen ou de outras circunstancias, poida presumirse que son continuación ao que derivan, por transformación, fusión ou sucesión, doutras empresas nas que houbesen concorrido aquellas*".

No que se refire ao ámbito no que a prohibición de contratar estende os seus efectos, o artigo 73.1 LCSP establece que a prohibición de contratar afectará ao ámbito do órgano de contratación competente para a súa declaración. Agora ben, cabe indicar que no caso de que o órgano de contratación pertenza ao sector público autonómico, este alcance pode ser obxecto de ampliación ao sector público autonómico mediante resolución da persoa titular da Consellería de Facenda previa proposta da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia, de acordo co artigo 73.1 LCSP .

En canto a duración que pode alcanzar a prohibición de contratar no suposto que nos ocupa, de acordo artigo 72.6 da LCSP, o prazo de duración non poderá exceder de tres anos, que deberán computarse nos termos previstos no apartado terceiro do artigo 73, isto é, desde a inscrpción da prohibición de contratar no Rregistro de contratistas. A determinación da duración da prohibición de contratar polo órgano de contratación deberá realizarse atendendo ao principio de proporcionalidade que debe presidir todas as actuacións do órgano de contratación.

A propia normativa de contratos recolle expresamente este principio no art. 18 da Directiva 2014/24/UE (*principios da contratación*) segundo o que "*1. Os poderes adxudicadores tratarán aos operadores económicos en pé de igualdade e sen discriminacións e actuarán de maneira transparente e proporcionada*" e, igualmente contémplase na Exposición de motivos da LCSP: "*O sistema legal de contratación pública que se establece na presente Lei persigue aclarar as normas vixentes, en aras dunha maior seguridade xurídica e trata de conseguir que se utilice a contratación pública como instrumento para implementar as*

políticas tanto europeas como nacionais en materia social, medioambiental, de innovación e desenvolvemento, de promoción das PEMES, e de defensa da competencia. Todas estas cuestións constitúense como verdadeiros obxectivos da Lei, perseguíndose en todo momento a eficiencia no gasto público e o respecto aos principios de igualdade de trato, non discriminación, transparencia, proporcionalidade e integridade.

Así pois, o principio de proporcionalidade informa todas as actuacións que se desenvolven no ámbito da contratación pública, e a esa proporcionalidade debe vincularse o previsto no artigo 19.4 do Regulamento xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas cando fai referencia a concreción do alcance e duración da prohibición de contratar atendendo á existencia de dolo, mala fe e ao dano causado aos intereses públicos.

Segundo outro enfoque, debemos considerar tamén, respecto á natureza das prohibicións de contratar, que a xurisprudencia conclúa que a declaración da prohibición de contratar non ten natureza sancionadora. Así o declarou o Tribunal Supremo nas sentenzas do 31 de maio de 2007 e 1 de xuño de 2007, que son matizadas pola Sentenza do Tribunal Constitucional 61/1990, do 29 de marzo ao sinalar que, ao ser un acto limitativo de dereitos “*deben aplicarse a estas prohibicións certos principios e garantías propios do procedemento sancionador, sen que iso signifique a aplicación do mesmo réxime na súa integridade*”.

Un deses principios do procedemento sancionador é o de proporcionalidade.

O principio de proporcionalidade, nunha acepción ampla, constitúe un principio xeral do Dereito público que sostén a esixencia de que calquera actuación dos poderes públicos, licitadora ou restritiva de dereitos responda os criterios de necesidade e adecuación ao fin perseguido. Nunha acepción más estrita, representa a existencia dunha “debida idoneidade e necesidade da sanción para impoñer e a súa adecuación á gravidade do feito constitutivo da infracción”, o que actualmente se contén no artigo 29 da Lei 40/2015, do 1 de outubro, de Réxime Xurídico do Sector Público, que establece como criterios para a gradación das sancións o grao de culpabilidade ou a existencia de intencionalidade, a continuidade ou persistencia na conduta infractora, a natureza dos prexuízos causados e a reincidencia.

Nesta liña, resulta interesante o pronunciamento do Tribunal Supremo na súa sentenza de 5 de maio de 1993, que, se ben xira arredor do principio de proporcionalidade nos procedementos sancionadores, amósanos algunha das regras caracterizadoras deste principio, de xeito tal que “*a discrecionalidade que se outorga a Administración na imposición de sancións, dentro dos límites legalmente previstos, debe ser desenvolvida, ponderando en todo caso as circunstancias concorrentes, ao obxecto de alcanzar a necesaria e debida proporcionalidade entre os feitos imputados e a responsabilidade esixida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia coa entidade da infracción cometida e segundo criterio de proporcionalidade en relación coas circunstancias obxectivas do feito, proporcionalidade que constitúe un principio normativo que se impón como un precepto máis á Administración*”.

Discrecionalidade, motivación e ponderación das circunstancias concorrentes no caso concreto eríxense en elementos clave para acreditar unha adecuación entre a gravidade dos feitos constitutivos dunha prohibición de contratar e a concreción da súa duración e alcance.

En consecuencia, dada a necesaria aplicación do principio de proporcionalidade á hora de establecer a duración e o alcance das prohibicións de contratar, pois, a pesar de non ter estas natureza sancionadora, son restritivas de dereitos ao supoñer un límite o principio de liberdade de acceso as licitacións, correspóndelle ao órgano de contratación o deber de graduar, segundo as circunstancias concorrentes en cada caso, a duración, -dentro do prazo máximo de tres anos que prevé a LCSP-, e o alcance da mesma, prevendo a este respecto o artigo 73, que “afectará o ámbito do órgano de contratación competente para a súa declaración”.

6- Interpretación do termo “ persoas que as rexen” e referencia a “outras circunstancias” para determinar o alcance da prohibición.

No tocante a derradeira das cuestións suscitadas na consulta formulada pola Consellería de Infraestruturas e Mobilidade cómpre sinalar, como se puxo de manifesto anteriormente, que debemos ter en conta que as prohibicións de contratar constitúen actos limitativos de dereitos, e, por dita razón, estas refírense e aprécianse respecto dunha persoa física ou xurídica concreta, e, son, en principio, persoalísimas, polo que a extensión dos seus efectos debe ser interpretada de forma restritiva e estrita, sen posible aplicación analóxica, xa que podería determinar a exclusión de empresas conculcando o principio de libre concorrenza aos distintos procedementos de licitación pública.

Porén, a dita regra é excepcionada no apartado 3 do artigo 71 da LCSP, que establece: *“as prohibicións de contratar afectarán tamén a aquelas empresas das que, por razón das persoas que as rexen ou doutras circunstancias, poida presumirse que son continuación ou que derivan, por transformación, fusión ou sucesión, doutras empresas nas que concorresen aquellas.”*

Na análise deste precepto, debemos referirnos, en primeiro lugar, ao termo “empresa”, ou máis ben que debe entenderse por “empresa” no contexto do artigo 71.3, pois, tendo en conta que a extensión dos efectos dunha prohibición de contratar debe ser interpretada de forma restritiva e estrita, unha interpretación literal do referido artigo conduciríamos a excluír esta extensión respecto das persoas físicas e aplicala únicamente respecto de persoas xurídicas.

Pero non parece ser esta a finalidade perseguida cando estamos a falar de motivos de exclusión, pois, se nos atemos á regulación contida na Directiva 2014/24/UE, de 26 de febreiro de 2014, sobre contratación pública, estes se aplican aos operadores económicos, concepto este que, segundo a propia norma a

europea, “debe interpretarse nun senso amplo a fin de que inclúa a calquera persoa ou entidade que ofreza a execución de obras, o subministro ou a prestación de servizos no mercado, independentemente da forma xurídica que escollera para operar neste” (Considerando 14).

Igualmente, tampouco podemos esquecer que, consonte ao artigo 65 da LCSP, as prohibicións de contratar constitúen xunto coa plena capacidade de obrar e a solvencia económica financeira e técnica e profesional, as circunstancias que determinan a aptitude para poder contratar co sector público e estas circunstancias se predican das persoas naturais e xurídicas.

En consecuencia, ante a dúbida interpretativa de se estamos ante un termo que limita ás persoas xurídicas a posibilidade de estender a prohibición de contratar, este órgano considera que o termo “empresa” non debe interpretarse neste contexto dunha forma literal senón que se debe interpretar dun xeito teleolóxico, é dicir, pola súa finalidade, que non é outra que impedir a contratación co sector público daquelas persoas que incorren nas circunstancias previstas no artigo 71 da LCSP, e neste senso alude a calquera organización xa estea formada por un elemento ou por distintos elementos humanos, técnicos e materiais que, mediante a súa actividade, teñen como obxectivo conseguir algúen beneficio económico ou comercial.

Así, entende este órgano como axeitado, o concepto de empresario ou profesional que recolle o artigo 5 da Lei 37/1992, de 28 de decembro, do Imposto sobre o Valor Añadido, ou, en palabras da Comisión Europea a consideración de empresa como “toda entidade, independentemente da súa forma xurídica, que exerza unha actividade económica”. En particular, aludindo as PEMES, concreta a Comisión que consideraranse empresas as entidades que exerzan unha actividade artesanal ou outras actividades a título individual ou familiar, as sociedades de persoas, e as asociacións que exerzan unha actividade económica de forma regular.

No que atinxe ao obxecto da consulta, hai que indicar que, cando por mor do cumprimento de determinadas circunstancias, se puidese presumir que unha segunda sociedade é continuación da anterior, a prohibición afectará tamén a esta, a pesar de ser unha persoa xurídica diferente a aquelas ás que lle son imputables as circunstancias legalmente establecidas como prohibición limitativa da aptitude para contratar . Nesta liña se manifesta o Informe 25/09, do 1 de febreiro de 2010, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado así como o Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade de Madrid, quen, na súa Resolución Nº 25/2017, do 1 de febreiro, di “convén lembrar que o apartado 3 do artigo 60 (actual 71.3 da LCSP) nin crea nin regula ningún suposto de prohibición, se non que estende os efectos dos regrados nos dous apartados anteriores, en consecuencia, o tipo que constitúe a extensión da prohibición é o mesmo que os establecidos nos apartados 1 e 2 do mesmo artigo, e a apreciación da súa existencia e aplicación corresponde aos mesmos órganos nos mesmos casos dos devanditos apartados cando se dean as circunstancias do apartado 3”.

Con esta extensión do alcance das prohibicións de contratar, a finalidade que se pretende é evitar o abuso de dereito e a fraude de lei que se produce cando as persoas xurídicas mediante a creación de novas empresas, modificacións estruturais, ou os cesamentos de administradores ou representantes, tentan eludir a aplicación das prohibicións de contratar, de maneira que non se impida a aplicación da norma que establece a prohibición.

Aínda cando a sociedade licitadora non estea incursa en prohibición de contratar, a concorrencia de determinadas circunstancias podería conducir á aplicación do artigo 71.3 da LCSP e apreciar a concorrencia da prohibición tamén respecto desta sociedade. O feito de ter personalidade diferenciada non exclúe a posibilidade de aplicar a prohibición de contratar que se obxectiva noutra, senón que precisamente é o suposto habilitante para a súa aplicación, se unha previa verificación conclúise que a relación existente inflúe no comportamento á hora de presentarse á licitación. Por iso, a fin de aplicala, han de terse en conta as circunstancias concorrentes en cada caso que poñan de manifesto esa continuidade mediante a técnica do levantamento do veo. Sobre este tema deberase ter en conta a xurisprudencia do Tribunal Supremo, por todas a sentencia de 18 de novembro de 2003, que analiza os supostos nos que procede "*penetrar no substratum [substrato] persoal das entidades ou sociedades, as que la Lei confire personalidade xurídica propia*", co fin de evitar fraudes ao amparo desta ficción de forma legal que poida prexudicar os intereses públicos (art. 6.4 en relación co art. 7.2 CC) atendendo as circunstancias concorrentes en cada suposto concreto entre as que se atopa a confusión de patrimonios (Sentencia del TS de 24 de abril de 2001, RJ 2001/1994) e/ou a existencia dunha unidade de dirección e decisión (STS, sala do civil, sección 1ª, sentencia nº 56/2008, de 1 de febreiro), suposto este último ao que parece referida a expresión na LCSP de "*por razón das persoas que as dirixen*".

Así, segundo o Acordo do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, (Resolución Nº25/2017), "*Os indicios da conduta fraudulenta a partir dos que se pode concluir que unha empresa é unha apariencia encubridora doutra definirse de modo impreciso, o que fai que a aplicación do precepto poida resultar de difícil apreciación, pois dunha parte hase de ponderar a legalidade de participar en licitacións das persoas xurídicas, cuxa negación é un obstáculo á competencia nos contratos públicos e doutra valorar os indicios de sucesión ou encubrimiento dunha empresa que está incursa nunha prohibición pretendendo contratar en fraude de lei. Esta ponderación á hora de aplicar a extensión das limitacións para contratar ha de levarse a cabo con respecto exquisito dos principios informadores da contratación pública recollidos no artigo 1 do TRLCSP, entre os que figuran a liberdade de acceso á licitacións, publicidade e transparencia dos procedementos, e non discriminación e igualdade de trato entre os candidatos asegurando a salvagarda da libre competencia*".

Por outra parte, a extensión de efectos das prohibicións de contratar foi obxecto de informe de diversos órganos consultivos, así o informe 25/2009, do 1 de febreiro de 2010, da Xunta Consultiva de Contratación

Administrativa do Estado, os informes 13/2009, do 30 de setembro e 7/2011 da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Generalitat de Cataluña, o informe 7/2009, do 28 de decembro, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade de Madrid, o informe 5/2012, do 27 de xullo, da Xunta Rexional de Contratación Administrativa de Murcia ou o informe 10/2016, do 18 de maio da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, e as consideracións contidas nos mesmos poden servir de criterio para resolver a cuestión exposta.

Por todos os informes dos órganos consultivos antes detallados, no informe 7/2011, do 5 de xullo, da Xunta Consultiva de Consultiva de Contratación Administrativa da Generalitat de Cataluña, indícanse como circunstancias que se poderían ter en conta para presumir que unha empresa é continuación ou deriva doutra declarada en prohibición de contratar as seguintes:

- A data de constitución (ou de incorporación nun grupo de empresas determinado, no seu caso) da empresa que presuntamente é continuación ou deriva doutra declarada en prohibición de contratar.
- As persoas que rexen as empresas; é dicir, os membros do órgano de administración e de dirección e os accionistas.
- A coincidencia ou similitude de obxectos sociais, así como de medios humanos e materiais, entre a empresa declarada en prohibición de contratar e a empresa que presuntamente é a continuación ou deriva.
- Outras actuacións que se levan a cabo nas datas próximas a declaración de prohibición de contratar, como cambios de denominación, ceses e novos nomeamentos dos titulares dos cargos que rexen as empresas e calesqueira outras que poidan considerarse coma indicios da vontade de evitar os efectos da prohibición de contratar.

En definitiva, comparte este órgano consultivo a doutrina exposta nos mencionados informes dos que se desprende que a extensión da prohibición de contratar na que está incursa unha empresa a outra non é un proceso automático, senón que debe ser consecuencia da análise das circunstancias concretas que concorren en cada caso, á vista das cales pode chegar a presumirse que unha empresa é continuación ou deriva doutra empresa afectada por unha prohibición de contratar, sen que sexa posible fixar un criterio de aplicación xeral para calquera caso.

CONCLUSIÓN:

1. Sobre a necesidade de emitir novos informes xurídicos e técnicos no procedemento para a declaración da prohibición de contratar, conclúese que, estes informes deben emitirse no marco do procedemento iniciado para a imposición da prohibición de contratar, nos que se realice unha valoración da concorrencia de determinadas circunstancias, que, no caso concreto, determinen o

alcance e a duración do establecemento dunha restrición, dunha limitación á capacidade para contratar cun determinado órgano de contratación por parte dunha persoa física ou xurídica.

2. Sobre os criterios para determinar o alcance e a duración da prohibición de contratar, e tendo en conta a natureza restritiva de dereitos das prohibicións de contratar, debe ser graduada polo órgano de contratación, tendo en conta criterios de proporcionalidade, así como a concorrencia das circunstancias indicadas en el apartado que se cita, tales como o dolo, mala fe ou o dano causado os intereses públicos, previstas no artigo 19.4 do Real Decreto 1098/2001, do 12 de outubro.
3. Sobre a interpretación do termo “ persoas que as rexen” e a referencia a “ outras circunstancias” previstas no artigo 71.3 da LCSP, e que determinarían a extensión da prohibición de contratar, non e posible a fixación duns criterios xerais que sirvan de aplicación a todos os casos, debendo atenderse as circunstancias concretas que concorran en cada un deles, como poden ser a sinaladas no punto 6 deste informe, que son reiteradas en diversos informes doutros órganos consultivos en materia de contratación, e que refunde o Informe 7/2011, de 5 de xullo, da Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Generalitat de Cataluña.

Santiago de Compostela, a 12 de maio de 2021