

# **Las medidas de *self cleaning***

***M.<sup>a</sup> Jose Santiago Fernández  
Presidenta del Tribunal Administrativo de Recursos  
Contractuales de la Junta de Andalucía***

# ***SUMARIO***

- . Prohibiciones para contratar
  - Contexto y concepto de las medidas de self cleaning
  - Su regulación en las nuevas Directivas sobre contratación pública
  - Las acciones del operador económico que posibilitan su “rehabilitación” en el procedimiento de adjudicación
  - ¿Es un derecho de los operadores económicos?  
Su necesaria transposición a los Derechos nacionales

# Las prohibiciones de contratar

▼ Las prohibiciones son medidas que limitan la actuación de una persona física o jurídica para la realización de ciertas actividades.

→ Impedimentos legales para poder contratar con una entidad del sector público al descalificar de los procedimientos de adjudicación a quienes incurran en una serie de supuestos y circunstancias recogidos en la normativa contractual

→ Determinan quién puede y quién no puede ser contratista en atención a la situación personal del candidato o licitador

## Las prohibiciones de contratar

Puede tener su origen, bien en la condición **personal – criterio subjetivo** – como son las causas de incompatibilidad;  
bien en la conducta del sujeto – **criterio objetivo** – como son las causas de prohibición previstas en los artículos 60.1.a), b), c), d) y e) del TRLCSP;  
o bien en las causas contractuales del artículo 60.2 (Informe JCCA Estado 44/13, de 27 de junio de 2014);

# **Las prohibiciones de contratar**

## **Efectos de la declaración de la prohibición de contratar**

Se pueden distinguir tres categorías:

- las prohibiciones que limitan sus efectos al ámbito del propio órgano de contratación,
- al sector público del ámbito territorial del órgano de contratación y,
- finalmente, al conjunto del sector público

# Una “cuarta generación” de Directivas sobre contratación pública

- La Directiva 2014/23/UE (concesiones)
- La Directiva 2014/24/UE («sectores clásicos»)
- La Directiva 2014/25/UE («sectores especiales»)

Los motivos de exclusión encuentran acomodo en el artículo 38 de la Directiva 2014/23/UE («concesiones»), en el artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE y en el artículo 80 de la Directiva 2014/25/UE («sectores especiales») con remisión expresa al contenido de la Directiva en los sectores clásicos

# Una “cuarta generación” de Directivas sobre contratación pública

– No deben adjudicarse contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una **organización delictiva** o hayan sido declarados culpables de **corrupción o fraude** contra los intereses financieros de la Unión, de **delitos terroristas**, de **blanqueo de dinero** o de financiación del terrorismo.

➔ El **impago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social** también debe ser sancionado con la exclusión obligatoria a nivel de la Unión.

➔ Se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de **no ser fiables**

➔ Deben poder excluir a los candidatos o licitadores cuya actuación en anteriores contratos públicos haya mostrado **graves deficiencias** en lo que se refiere al cumplimiento de los requisitos de fondo

# Una “cuarta generación” de Directivas sobre contratación pública

## EXCLUSIONES OBLIGATORIAS

### **Art. 57 (1) Directiva 2014/24/UE**

- a) Participación organización delictiva
- b) Corrupción
- c) Fraude
- d) Delito de terrorismo o delito ligado a las actividades terroristas
- e) Blanqueo de capitales
- f) Trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos

### **Art. 57 (2) Directiva 2014/24/UE**

Un operador económico quedará excluido de la participación en un procedimiento de contratación en caso de que el poder adjudicador tenga conocimiento de que el operador económico ha incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social



# Una “cuarta generación” de Directivas sobre contratación pública

## **EXCLUSIONES OPCIONALES**

### **Art. 57 (4) Directiva 2014/24/UE**

Podrá ser excluido de la participación en el contrato todo operador económico:

- c) cuando el poder adjudicador pueda demostrar por medios apropiados que el operador económico ha cometido una falta profesional grave que pone en entredicho su integridad;
- d) acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia;
- g) deficiencias significativas o persistentes en el cumplimiento;
- h) falsedad grave al proporcionar la información
- i) haya intentado influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones del poder adjudicador

## Las prohibiciones de contratar (art. 71 PLCSP)

Haber sido **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 (art. 31 bis CP)

## Las prohibiciones de contratar (art. 71 PLCSP)

La prohibición de contratar alcanzará, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente, a las **personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables**, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado.

En el caso de los Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social relativos al impago de impuestos o cotizaciones, la prohibición de contratar alcanzará únicamente a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables y a aquellas que, según la normativa tributaria o de seguridad social aplicable, sean sujetos pasivos de la obligación

## Las prohibiciones de contratar (art. 71 PLCSP)

3. Las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, **por transformación, fusión o sucesión**, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas (igual que el art. 130.2 CP)

# Las prohibiciones de contratar

## ● Supuestos de inaplicación:

1. Los que derivan de la existencia de razones imperiosas de interés general;
2. Los que atienden a motivos económicos;
3. Los que se basan en un juicio de proporcionalidad;
4. Aquellos vinculados a la regularización tributaria
5. Aquellos relacionados con el comportamiento del candidato o licitador a través de la puesta en práctica de medidas autocorrectoras, de autolimpieza o *self cleaning*

# Las prohibiciones de contratar y las medidas de *self cleaning*

- Las nuevas Directivas de la Unión Europea se muestran favorables a la recuperación de la fiabilidad perdida en el operador económico tras la constatación de hallarse incurso en un supuesto de prohibición de contratar.
- La puesta en práctica de medidas autocorrectoras o de *self-cleaning* supone, por tanto, excepcionar la aplicación de una prohibición cuando los operadores económicos han adoptado mecanismos eficaces para corregir las consecuencias de su inadecuado comportamiento e impedir de manera efectiva que éste se vuelva a repetir

## La regulación las medidas de *self cleaning*

- Son viejas conocidas de la legislación contractual
  - El Comité de las Regiones ya aludía a ellas en el 2000;
  - Algunos Estados miembros ya las aplicaban (Austria, Alemania e Italia);
  - Ya se contemplaban en el Reglamento Financiero (Reglamento (UE, Euratom) 966/2012, de 25 de octubre (artículo 106, apartado 1 *in fine*))
- El artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE («clásica») y el artículo 38.9 de la Directiva 2014/23/UE («concesiones»)

## La regulación las medidas de *self cleaning*

- ➔ 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 pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente.
- ➔ Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.
- ➔ Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones no tendrán derecho a acogerse a esta posibilidad.



## La regulación las medidas de *self cleaning*

- “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
- Las medidas adoptadas por los operadores económicos se **evaluarán** teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una **motivación** de dicha decisión”

## La regulación las medidas de *self cleaning*

- “Los operadores económicos que hayan sido excluidos por sentencia firme de la participación en procedimientos de contratación o de adjudicación de concesiones **no tendrán derecho a acogerse a la posibilidad** prevista en el presente apartado durante el período de exclusión resultante de dicha sentencia en el Estado miembro en el que la sentencia sea ejecutiva”.
- Preeminencia de la inhabilitación o la pena de prohibición de contratar para las personas jurídicas

## La regulación las medidas de *self cleaning* (art. 72.5 PLCSP)

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

## **La regulación las medidas de *self cleaning* (art. 72.5 PLCSP)**

En los supuestos en que el procedimiento de declaración de prohibición de contratar traiga su causa de delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social por impago de impuestos y cotizaciones, la acreditación antes mencionada vendrá referida a la reparación del daño materializada en el pago de la cantidad adeudada a la Hacienda Pública y la Seguridad Social incluyendo los intereses y sanciones impuestas o la obtención respecto de dicha cantidad del correspondiente acuerdo de aplazamiento o fraccionamiento.

## **La regulación las medidas de *self cleaning* (art. 72.5 PLCSP)**

La prohibición de contratar, así declarada, podrá ser **revisada** en cualquier momento de su vigencia, cuando la persona que haya sido declarada en situación de prohibición de contratar acredite el cumplimiento de los extremos a que se refiere el párrafo anterior. El órgano competente para conocer de la citada revisión será el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar.

# La “rehabilitación” del operador económico en la participación en el procedimiento

Las acciones que tiene que llevar a cabo el operador económico para recuperar la fiabilidad son:

1. Pago o compromiso de indemnización por los daños causados
2. Colaboración con el esclarecimiento de los hechos
3. Adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal

# Justificación de la nueva regulación

- Forzar una **cultura empresarial a favor del cumplimiento** y contribuir con ello al objetivo de mantener la integridad y evitar distorsiones de la competencia en los procedimientos de adjudicación
- Garantizar la **apertura de la contratación** pública al no limitar la concurrencia
- Garantizar el cumplimiento del **principio de proporcionalidad** tomando en consideración las medidas correctivas puestas en práctica por el operador económico, demostrando así su fiabilidad

## ¿Se trata de un derecho del operador económico?

**SI**, ..... un derecho a que se examinen las medidas de cumplimiento por él adoptadas con vistas a su posible admisión en el procedimiento de adjudicación, pero....

No podemos considerar que la mera formalización de estas medidas constituye un salvoconducto para eludir la exclusión del procedimiento de contratación, cuando en realidad no es así. Será preciso el desarrollo de un procedimiento administrativo, al final del cual se dicta el acuerdo que declara o deniega la "rehabilitación" del operador económico, y por tanto, se le admite o no a tomar parte en un procedimiento de contratación



# ¿A quién corresponde valorar las pruebas y resolver ?

- Las Directivas no contienen previsiones expresas ordenadoras de ningún procedimiento. Son los Estados miembros los que tienen que determinar las condiciones de aplicación de estos preceptos. Éstos han de poder decidir si desean dejar que sean los poderes adjudicadores particulares los que realicen las evaluaciones pertinentes o si prefieren confiar dicho cometido a otras autoridades a un nivel centralizado o descentralizado.

# ¿A quién corresponde valorar las pruebas y resolver ?

- Del análisis de las regulaciones ya existentes se deduce una preferencia a que sean los órganos de contratación los encargados de valorar las medidas aportadas por el operador económico (Austria, Alemania, Reino Unido, Francia y Hungría).
- ¿Qué pasa en España? Modificación de las prohibiciones de contratar (PLCSP)

## ¿Efecto directo?

Aun cuando el problema todavía no se ha producido *ratione temporis* ya que nos encontramos en una *vacatio* respecto a la transposición, puede plantear una cierta complejidad cuando se constate que nuestra normativa contractual no es suficiente para dar cumplimiento a la obligación de resultado impuesta por la Directiva y se cuestione el efecto directo de los preceptos referidos a las medidas de *self cleaning*

# Documento europeo único de contratación

- Reglamento de Ejecución (UE) 2016/7 de la Comisión, de 5 de enero de 2016, por el que se establece el formulario normalizado del documento europeo único de contratación
- Declaración formal por la que el operador económico indica que no se encuentra en alguna de las situaciones en las que deba o pueda ser excluido y que cumple los criterios de selección pertinentes. Sirve de prueba preliminar, en sustitución de los certificados expedidos por las autoridades públicas o por terceros

# Documento europeo único de contratación

## Criterios de exclusión:

A: Motivos referidos a condenas penales

B: Motivos referidos al pago de impuestos o de cotizaciones a la seguridad social

C: Motivos referidos a la insolvencia, los conflictos de intereses o la falta profesional

D: Otros motivos de exclusión que pueden estar previstos en la legislación nacional

**GRACIAS POR SU ATENCIÓN**