

INFORME ACERCA DE LA PROPUESTA DE ACUERDO DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE EL EXPEDIENTE DE DECLARACIÓN DE PROHIBICIÓN DE CONTRATAR DE UNA EMPRESA

En la pasada reunión del día 7 de abril de 2010 de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se estudió el expediente para imponer una declaración de una prohibición de contratar a una empresa, habiéndose propuesto un texto de acuerdo que fue retirado en su momento por plantear dudas a los miembros de la Comisión.

Respecto al mismo y teniendo en cuenta las argumentaciones jurídicas que se pueden esgrimir, debemos hacer una diferenciación entre los argumentos que deben exponerse con carácter general de aquéllos concretos que deben atenerse al expediente citado; por ello se va a hacer una diferenciación entre unos y otros haciendo asimismo unos pequeños antecedentes para la mejor comprensión del asunto.

ANTECEDENTES

1. Tuvo **entrada el día 27 de noviembre de 2009** en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa un expediente para la declaración de la prohibición de contratar, en su caso, de una empresa, incluyendo un informe de la Dirección General de Trabajo de la Consejería de Empleo, Industria y Comercio del Gobierno de Canarias así como las alegaciones que ha planteado la empresa en ese trámite.

En **resumen** ha recaído una sentencia resolviendo el recurso de apelación en la que se desestima éste planteado contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Las Palmas de Gran Canarias que desestima el recurso contencioso-administrativo de la empresa contra la Orden de la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno de

Canarias que desestima el recurso de alzada que se interpuso contra la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 22 de septiembre de 2006.

La sanción impuesta es de 30.050,62 euros y se indicó que se comunicase ésta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a efectos de la *“posibilidad de iniciar el expediente de prohibición de contratar de la entidad con las Administraciones Públicas”*.

2. La **causa** de la Resolución de la Dirección General de Trabajo de 22 de septiembre de 2006 y que fue origen de todo este procedimiento se basa en que la empresa citada había incluido en contratos de ejecución de obras con cuatro empresas, una cláusula que a su entender contravenía lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Por la relevancia de la cláusula en el expediente transcribimos la misma:

“Las sanciones que le sean impuestas a la constructora por falta de cumplimiento de las medidas de seguridad y salud imputables al subcontratista y su personal, le serán repercutidas a éste y deducidas de la facturación.

En su caso de que se impusieran al subcontratista por las autoridades competentes cualquier tipo de sanción por incumplimiento de sus obligaciones en materia de seguridad y salud en la obra objeto del presente contrato, ello llevará aparejada una penalidad expresa de 1.000 euros, si la infracción fuera calificada como leve, de 5.000 euros si la infracción fuera calificada de grave y de 10.000 euros si fuera calificada de muy grave.

Al efecto de lo dispuesto en los dos párrafos precedentes, tan pronto como se formule la propuesta de sanción, la constructora podrá retener el importe máximo que pudiera corresponder a la misma, así como descontar el importe de la penalidad que correspondiera conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, con cargo a facturación pendiente de pago al subcontratista. Una vez que se dictase la resolución

definitiva y se concretase la sanción, la retención se ajustará al importe efectivo de la misma. Dicha retención se mantendrá en tanto en cuanto el subcontratista no justifique el pago de la sanción impuesta, o se haya constituido aval suficiente para su pago, o que dicha sanción haya sido anulada o dejada sin efecto.”

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN GENERAL

1. Debe tenerse presente, en primer lugar, que debemos tomar en todo caso para la resolución de este procedimiento, la **Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público** (en adelante LCSP) pues es la aplicable a este caso, junto con lo que sea procedente contenido en el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contrato de las Administraciones Públicas, no siendo aplicable el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En LCSP se señala específicamente, en el **artículo 49.1.c)** que no podrán contratar con el sector público las personas en las que concurra algunas de las circunstancias siguientes:

“Haber sido sancionadas con carácter firme ... por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto...”

Asimismo y continuando con el derecho positivo aplicable al caso, se recoge en el **artículo 50 de la LCSP** cómo se tiene que proceder a la declaración de la concurrencia de las prohibiciones de contratar y sus efectos, previendo específicamente para este supuesto que “la apreciación de la concurrencia de la prohibición de contratar requerirá la previa declaración de su existencia mediante procedimiento al efecto”.

Por ello si bien el presupuesto de hecho viene recogido en el artículo 49, en el artículo 50 se determina que ese presupuesto motiva o exige la incoación de un expediente, pero en ningún caso predetermina que la prohibición de contratar sea procedente.

A mayor abundamiento el **artículo 50.2 de la LCSP** determina lo siguiente:

“En los casos en que, conforme a lo señalado en el apartado anterior, sea necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la prohibición, el alcance y duración de ésta se determinará siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca atendiendo, en su caso, a la existencia de dolo o manifiesta mala fe en el empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos”.

Posteriormente determina que la **duración** de la prohibición no excederá de cinco años con carácter general, o de ocho en el caso de prohibiciones que tengan por causa la existencia de una condena mediante sentencia firme.

2. Sin embargo es de destacar de este apartado, en primer lugar, que **no se ha producido un desarrollo reglamentario “ad hoc”** cuando los principios de tipicidad, legalidad, y de aplicación restrictiva de las normas sancionadoras, exigen un procedimiento publicado en el Boletín Oficial del Estado y en vigor para su puesta en marcha. Siendo esto así debemos acudir al procedimiento que recoge el Reglamento de la LCAP, antes citado, y que “mutatis mutandis” deberá aplicarse a lo contenido en la Ley de Contratos del Sector Público.
3. En segundo lugar, se deja meridianamente claro por la letra de la Ley que **con carácter previo, se exige una declaración de la existencia de la prohibición**, debiendo para ello instruir un procedimiento que se basará en los **presupuestos necesarios** de la existencia de dolo o manifiesta mala fe en el empresario y en la entidad del daño causado a los intereses públicos.
4. Todo esto es así, sin entrar a hacer mayores valoraciones en este punto, porque el legislador ha considerado conveniente poner ciertas **cautel**as ante

las importantes dificultades que se pueden crear a la contratación pública las sanciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, que no afectan directamente a la contratación pública, velando por la viabilidad no sólo de las empresas sino también el bienestar de los propios trabajadores.

Es de reconocer que muchas de las causas de prohibiciones de contratar se aplican con carácter automático -véase el artículo 50.1 apartado 1 y apartado 2 en el que se recogen la práctica totalidad de los apartados de los contenidos en el artículo 49- pero el legislador ha querido ser cauto exigiendo que en los casos en los que la prohibición de contratar venga motivada por una sanción con carácter firme muy grave en materia social, se instruya con carácter previo un expediente para ver si se aprecia o no la prohibición de contratar, atendiendo a la mala fe y al daño causado al interés público

A mayor abundamiento el legislador ha querido poner esta cautela evitando la automaticidad de la aplicación de estos supuestos, incorporando además un plazo de caducidad para poder incoar estos expedientes de manera que el procedimiento de la declaración de la prohibición no podrá iniciarse si hubiese transcurrido más de tres años contados a partir de una serie de fechas, teniendo en cuenta el hecho que haya motivado la iniciación del expediente (artículo 50.2,2º apartado de la LCSP).

Como puede apreciarse la letra de la Ley ha establecido una cautela imprescindible para evitar que infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales o en materia social que no tenga nada que ver con la contratación pública, que no hayan causado daño al interés público, o que no se hayan realizado con mala fe por parte de la empresa, puedan conllevar automáticamente a una prohibición de contratar a una empresa dedicada a la contratación pública evitando ponerla en riesgo cierto de viabilidad con el perjuicio evidente indirecto a sus trabajadores.

SITUACIÓN CONCRETA DEL EXPEDIENTE

Intentando no ser especialmente prolijo en este asunto pues consideramos que se deberá debatir con la suficiente prudencia y pausa, e

insistiendo en la necesaria cita en el expediente que nos ocupa a la Ley de Contratos del Sector Público, no así al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, debemos señalar que:

1. En primer lugar, las complicaciones que se están produciendo directamente en expedientes como estos provienen por la remisión de sanciones firmes en materia laboral por parte de la **Dirección General de Trabajo del Gobierno de Canarias**.
2. Asimismo se ha transcrito la cláusula para que se aprecie de manera clara que **en ningún caso la empresa quiere eludir con ella su responsabilidad si no que lo que se hace es reforzar el sistema de prevención de riesgos laborales**, permitiendo que en una relación puramente mercantil se puedan imponer penalidades directamente incumplidor de aspectos estrictamente laborales.

Queremos insistir en que, en todo caso, el importe económico de la sanción que se imponga, que no la responsabilidad, se podrá repercutir siempre y cuando la sanción sea imputable al subcontratista o a su personal. A mayor abundamiento, en el caso en que se impusiera al subcontratista directamente la sanción por incumplimiento en materia de seguridad y salud de la obra, la empresa contratista principal, haciendo valer su poder de dirección y para asegurar la seguridad y salud de los trabajadores, se reserva la posibilidad de poder imponer una penalidad expresa de mil euros (1.000 €) si la infracción fuera calificada como leve, de cinco mil euros (5.000 €) si la infracción fuera calificada de grave y de diez mil euros (10.000 €) si fuera calificada de muy grave, obligando como contratista principal a que el subcontratista ponga en ejercicio una diligencia debida cualificada, pues a pesar de las sanciones que le puedan imponer directamente al subcontratista, el contratista principal podrá imponer las suyas desde el punto de vista mercantil sobre la base de lo pactado entre ellas.

A este respecto y para evitar una extensión excesiva de este informe, baste citar que existen **conceptos distintos en el Derecho** acerca de la “culpa”, “responsabilidad”, “sanción” y “pago”, conceptos no tienen porqué coincidir en la misma persona. De esta manera debe diferenciarse claramente que en ningún caso con esta cláusula se quiere

eludir una responsabilidad si no simplemente se quiere poder repercutir en el ámbito de una relación mercantil el importe económico de una sanción impuesta.

3. En otro orden de cosas y entrando a comentar el informe de la Dirección General de Trabajo del Gobierno de Canarias, resulta llamativo que **declara como infringidos** el artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que establece las obligaciones de coordinación entre empresas, siendo sorprendente la cita de este artículo cuando la sanción únicamente viene motivada por una cláusula contractual mercantil.

Además se cita el artículo 42 del Texto Refundido sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social pues se considera que la empresa principal ha querido romper la solidaridad impuesta “ope legis”; en este sentido también resulta llamativo que se considere que una cláusula mercantil puede derogar lo establecido en una Ley.

Como hemos señalado en ningún caso se quiere romper o derivar responsabilidades sino simplemente reforzar el poder de control que tiene el contratista principal respecto a la subcontratista.

En tercer lugar se cita el incumplimiento del artículo 13.14 del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social que tipifica como infracción muy grave la suscripción de pactos que tengan por objeto la ilusión en fraude de Ley de las responsabilidades establecidas en el apartado 3 del artículo 42 del TRLISOS.

En este punto podría llegarse a entender, al menos en extremo y en aras de una mayor comprensión del Informe de la Dirección General de Trabajo, que podría parecer que la cláusula en cuestión y objeto de estudio constituye un *“pacto que tengan por objeto la ilusión, en fraude de Ley, de las responsabilidades”*, cuestión que como hemos dicho en ningún caso se produce.

No consideramos que se produzca ni fraude de Ley -pues no se quiere buscar un fin distinto al recogido por ella- ni se quiere eludir las responsabilidades establecidas -pues la responsabilidad solidaria seguirá operando y únicamente se hace derivar al directamente culpable el

importe económico de una sanción económica impuesta por hechos a él imputable- siendo la motivación de esta cláusula el poder reforzar el control de dirección en prevención de riesgos laborales a través de la sanción pecuniaria que recaiga de las responsabilidades. Insistimos en que de una responsabilidad pueden derivarse diversos tipos de consecuencias, entre ellas sanciones, y dentro de éstas pueden ser pecuniarias o de otro tipo; aquí sólo nos encontramos un reforzamiento a través de la posibilidad de repercusión de las sanciones que se impongan de manera pecuniaria.

4. Por otro lado consideramos que no se ajusta a Derecho ni a la realidad de los hechos lo señalado por la Dirección General de Trabajo, en virtud de lo cual considera que se ha producido **manifiesta mala fe** citando expresamente a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Las Palmas pues en su texto en ningún caso aparece acreditada la primera, sino que se anuncia la posibilidad de que haya incurrido realmente en un ánimo fraudulento. La referencia de que *“sólo concurriendo en un ánimo fraudulento puede explicarse la inclusión de tal cláusula en el contrato”* no implica, en ningún caso, dolo por parte de la empresa en relación a la contratación pública.
5. Por otro lado tampoco se comparte en absoluto, ni desde el punto de vista fáctico ni jurídico, que se justifique la incoación de este expediente por la **entidad del daño causado en los intereses públicos** como señala la Dirección General de Trabajo, pues literalmente determina que los intereses públicos están representados en este caso por las obligaciones de protección de los derechos de los trabajadores teniendo por finalidad evitar un daño que, derivado del trabajo, pueda afectar a la salud de los mismos.

Se determina en la sentencia que no hubo ningún daño producido a los trabajadores, que estos no estuvieron sometidos a ningún riesgo y que únicamente deriva todo el procedimiento de la cláusula mercantil incorporada en los contratos. Debemos de insistir en que la entidad del daño se tiene que producir “al interés público”, siendo éste determinado por lo que concierne al tráfico jurídico mercantil de la Administración, no a las relaciones laborales de empresas con sus trabajadores. A mayor concreción la cláusula que se ha establecido se aplica entre empresas

con lo que en ningún caso se han eludido ni responsabilidades ni han puesto en riesgo los intereses de los trabajadores que, como señalamos, tampoco pueden entenderse como el “interés público lesionado” que exige como presupuesto de la posibilidad de imponer una prohibición de contratar.

6. Insistiendo en la entidad del daño causado, llega a señalar la Dirección General de Trabajo que éste y la mala fe se aprecian en este caso ya que *“la empresa principal ... puede incumplir libremente el deber de vigilancia ... con la certeza de que cualquier reclamación pecuniaria será asumida en su totalidad por ésta”* (refiriéndose a la subcontratista).

Esta afirmación resulta desde todo punto torticera cuando la cláusula exclusivamente se refiere a que la derivación del pago del montante de la sanción por responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales y se producirá **cuando la infracción se haya producido directamente por el subcontratista o por trabajadores de éste**, y no así por la empresa contratista principal o por *“cualquier reclamación pecuniaria”*. Para ello nos remitimos al texto literal de la cláusula.

7. En resumen y tras lo argumentado, consideramos que no puede apreciarse desde ningún punto de vista la existencia de dolo o manifiesta mala fe en el empresario, al igual que tampoco se considera que se pueda apreciar *“la entidad del daño causado a los intereses públicos”*, pues éste no se ha producido.

Asimismo los **principios básicos del Derecho** de proporcionalidad de la pena, aplicación restrictiva y tipicidad de las sanciones y de legalidad exigen un replanteamiento de toda esta situación, pues ciertamente es injusta, debiendo poner el órgano decisor de estos expedientes racionalidad y cordura en sus resoluciones.

8. Por último y sin ser un argumento jurídico pero debiéndose traer a colación por la importancia de la situación, recordemos que la empresa ... es una empresa de **más de 47 años de antigüedad** trabajando para el sector público, facturando **más de 140 millones de euros**, con unos **recursos propios superiores a los 21 millones de euros** y con una **plantilla directa cerca de los 800 trabajadores**.

CONCLUSIONES

En conclusión de todo ello y conjugando el derecho positivo con la situación concreta del expediente, consideramos que para la apreciación de una prohibición de contratar de las contenidas en el artículo 49.1.3 referente a haber sido sancionada por infracción muy grave en materia social, debe instruirse previamente un expediente en el cual, tal y como señala el artículo 50.1, se declare la existencia o no de la prohibición. Es decir lo que recoge el artículo 49 es un presupuesto para la apertura de un expediente que deberá concluir, en su caso, con una declaración de la existencia o no de una prohibición de contratar teniendo en cuenta, según lo que establece el artículo 50.2, que se debe valorar la existencia de dolo o manifiesta mala fe en el empresario y en la entidad del daño causado a los intereses públicos.

Por ello consideramos que no existiendo dolo o manifiesta mala fe ni daño causado en los intereses públicos, el expediente abierto debería concluir con una declaración de la inexistencia de prohibición de contratar no entrando a valorar, en ningún caso, las circunstancias concretas del caso pues eso, en su momento, ya se hizo en el trámite administrativo y en el contencioso-administrativo.

La competencia de la Junta Consultiva se centra a labores de control y asesoramiento en materia de contratación pública debiendo ser ésta quien se encargue de manera concreta en la declaración de las prohibiciones de contratar en este ámbito, debiendo dotar de racionalidad y justicia sus informes y dictámenes.

A pesar de todo ello y si se tuviese que apreciar contra nuestro criterio y por mejor razón fundada en Derecho la necesidad de reconocer la prohibición de contratar, el mínimo principio de justicia y de equidad de nuestro ordenamiento exigiría que la sanción fuese de un día, manifestando la Junta Consultiva de Contratación Administrativa la disconformidad con la regulación que se hace en los artículos 49 y 50 de nuestra Ley de Contratos del Sector Público de las prohibiciones de contratar, pues en muchos casos pondrían en peligro no sólo la viabilidad de las empresas si no también los puestos de trabajo de los trabajadores; todo ello agravado si tenemos en cuenta que cláusulas como las estudiadas no son extrañas en el tráfico jurídico mercantil

privado y que muchas de ellas podrían estar incluidas en empresas de mayor entidad, en facturación y trabajadores.

Esta son las conclusiones a las que podemos llegar y que consideramos que deben ser tenidas en cuenta para no continuar con una situación irregular, injusta, oscura y poco explicada, surgida del estudio de unos contratos mercantiles entre empresas privadas que en nada justifica las consecuencias que en la práctica pueden tener para el supuesto infractor.

Todo ello siempre salvo mejor opinión fundada en Derecho.

En Madrid a ocho de abril de dos mil diez