

**Asunto C-403/23****Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

30 de junio de 2023

**Órgano jurisdiccional remitente:**

Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)

**Fecha de la resolución de remisión:**

16 de junio de 2023

**Parte recurrente:**

Luxone Srl, en nombre propio y como mandataria de la agrupación temporal de empresas en constitución con Iren Smart Solutions SpA

**Parte recurrida:**

Consip SpA

**Objeto del procedimiento principal**

Apelación interpuesta ante el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) por la sociedad Luxone, en nombre propio y como mandataria de la agrupación temporal de empresas (en lo sucesivo, «RTI», por sus siglas en italiano) en constitución con la sociedad Iren Smart Solutions (en lo sucesivo, «parte recurrente»), contra la sentencia del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio) (en lo sucesivo, «TAR Lacio») mediante la que este último desestimó el recurso de la ahora parte recurrente contra las decisiones adoptadas en su contra por Consip S.p.a. Dichas decisiones contemplaban la exclusión de una licitación y la ejecución de las garantías provisionales que la parte recurrente habían depositado en el marco del procedimiento de licitación.

## Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

La petición de decisión prejudicial, planteada por el Consiglio di Stato, como órgano jurisdiccional de última instancia, con arreglo al artículo 267 TFUE, tiene por objeto constatar la compatibilidad de la Directiva 2004/18/CE y los principios del Derecho de la Unión de proporcionalidad, libertad de empresa, libertad de circulación y libertad de establecimiento con la normativa italiana en materia de modificación de la composición de una RTI, de exclusión de una RTI de una licitación en caso de desistimiento de uno de sus miembros y de ejecución de las garantías provisionales depositadas en el marco de un procedimiento de licitación del que se ha excluido al licitador.

## Cuestiones prejudiciales

A) «¿Se oponen la Directiva 2004/18/CE, los artículos 16 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los principios de proporcionalidad, competencia, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios contemplados en los artículos 49 TFUE, 50 TFUE, 54 TFUE y 56 TFUE a una normativa nacional [artículos 11, apartado 6; 37, apartados 8, 9, 10, 18 y 19, y 38, apartado 1, letra f), del Decreto Legislativo n.º 163 de 2006)], que, en caso de vencimiento del plazo de validez de la oferta inicialmente presentada por una agrupación temporal de empresas en constitución, excluye la posibilidad de reducir, en el momento de la ampliación de la validez temporal de esa oferta, la composición inicial de la agrupación, y, en particular, es compatible tal normativa nacional con los principios generales del Derecho de la Unión Europea de libre iniciativa económica y de efecto útil y con el artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea?»

B) «¿Se oponen la Directiva 2004/18/CE, los artículos 16, 49, 50 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el artículo 4 del Protocolo n.º 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el artículo 6 TUE y los principios de proporcionalidad, competencia, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios contemplados en los artículos 49 TFUE, 50 TFUE, 54 TFUE y 56 TFUE a una normativa nacional [artículos 38, apartado 1, letra f), 48 y 75 del Decreto Legislativo n.º 163 de 2006)] que establece la aplicación de la sanción de ejecución de la garantía provisional, como consecuencia automática de la exclusión de un operador económico de un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios, con independencia de que dicho operador haya resultado o no adjudicatario del citado procedimiento?»

## Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Directiva 2004/18/CE, en particular, el considerando 2 y los artículos 2 y 4, apartado 2

Artículos 16, 49, 50 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta de Niza»)

Artículos 49 TFUE, 50 TFUE, 54 TFUE y 56 TFUE

Artículo 6 TUE

### **Disposiciones de Derecho nacional invocadas**

Decreto legislativo n.º 163 del 2006, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (Decreto Legislativo n.º 163 de 2006, por el que se establece el Código de Contratación Pública de Obras, Servicios y Suministros, con arreglo a las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE) (en lo sucesivo «Código de contratación pública»), en la versión vigente en el momento de los hechos:

Artículo 11, apartado 6:

«Cada licitador podrá presentar una sola oferta. La oferta será vinculante durante el período indicado en el anuncio de licitación o en la invitación y, en caso de que este no se indique, durante ciento ochenta días a partir del vencimiento del plazo para su presentación. El poder adjudicador podrá solicitar a los licitadores el aplazamiento de dicho período.»

Artículo 37, apartados 8, 9, 10, 18 y 19:

«8. Podrán presentar ofertas las personas a las que se hace referencia en el artículo 34, apartado 1, letras d) y e), aún en el supuesto de que todavía no se hayan constituido. En tal caso, la oferta deberá estar firmada por todos los operadores económicos que vayan a constituir las agrupaciones temporales o consorcios ordinarios de licitadores y deberá incluir el compromiso de que, en caso de resultar adjudicatarios, dichos operadores otorgarán un mandato colectivo especial con representación a uno de ellos [...] que suscribirá el contrato en su nombre y por cuenta propia y de los mandantes.

9. [...] Sin perjuicio de lo establecido en los apartados 18 y 19, se prohíbe cualquier modificación de la composición de las agrupaciones temporales y los consorcios ordinarios de licitadores respecto a la indicada en el compromiso presentado con la oferta.

10. El incumplimiento de las prohibiciones establecidas en el apartado anterior conllevará la anulación de la adjudicación o la nulidad del contrato, además de la exclusión de los licitadores que integren la agrupación [...].

18. En caso de insolvencia del mandatario o, cuando se trate de un empresario individual, en caso de muerte, interdicción, inhabilitación o insolvencia, o bien en los casos establecidos en la normativa antimafia, el poder adjudicador podrá

continuar la ejecución del contrato con otro operador económico al que se designe como mandatario conforme a lo dispuesto en el presente Código, siempre que cumpla los correspondientes requisitos de cualificación aplicables a los contratos de obras, servicios o suministros pendientes de ejecución. En el supuesto de que no se cumplan tales condiciones, el poder adjudicador podrá resolver el contrato.

19. En caso de insolvencia de uno de los mandantes o, cuando se trate de un empresario individual, en caso de muerte, interdicción, inhabilitación o insolvencia, o bien en los casos establecidos en la normativa antimafia, el mandatario, si no designa a efectos de su sustitución a otro operador económico que cumpla los requisitos de aptitud antes mencionados, deberá ejecutar el contrato, directamente o a través de los otros mandantes, siempre que estos cumplan los correspondientes requisitos de cualificación aplicables a los contratos de obras, servicios o suministros pendientes de ejecución».

Artículo 38, apartado 1, letra f):

«1. Se excluirá de la participación en los procedimientos de adjudicación de concesiones y de contratos públicos de obras, suministros y servicios, y no podrán intervenir en calidad de subcontratistas ni celebrar contratos relacionados con ellos, a las personas [...] f) que, según la apreciación motivada del poder adjudicador, hayan incurrido en negligencia grave o mala fe en la ejecución de las prestaciones que les haya atribuido el poder adjudicador que publicó el anuncio de licitación, o que hayan cometido una falta grave en el ejercicio de su actividad profesional, constatada por cualquier medio de prueba por el poder adjudicador».

Artículo 48, apartado 1:

«Los poderes adjudicadores, antes de abrir los sobres de las plicas de las ofertas presentadas, requerirán a un número de licitadores no inferior al 10 % de las ofertas presentadas, redondeado a la unidad superior, que se elegirán mediante sorteo público, que demuestren en los diez días siguientes a la fecha de ese requerimiento que cumplen los requisitos de solvencia económico-financiera y técnico-organizativa exigidos en su caso en el anuncio de licitación, presentando la documentación indicada en dicho anuncio o en la carta de invitación. Los poderes adjudicadores, con ocasión de tal control, comprobarán el cumplimiento del requisito de cualificación para realizar las obras [...]. Cuando no se aporte tal prueba o no se confirmen las declaraciones contenidas en la solicitud de participación o en la oferta, los poderes adjudicadores excluirán al licitador [y] ejecutarán la correspondiente fianza provisional [...].»

Artículo 75:

«1. La oferta irá acompañada de una garantía igual al dos por ciento del precio base indicado en el anuncio o en la invitación, en la forma de fianza o de aval, a elección del licitador. [...]

6. La garantía cubrirá la falta de firma del contrato por el adjudicatario, y se liberará automáticamente cuando se firme el contrato. [...]
9. El poder adjudicador, al comunicar la adjudicación a los no adjudicatarios, liberará al mismo tiempo las garantías de estos previstas en el apartado 1 [...].»

## **Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal**

### ***A) Hechos que dieron lugar al litigio***

- 1 Mediante anuncio publicado el 21 de diciembre de 2015, Consip convocó un procedimiento de licitación, subdividido en 12 lotes, para la adjudicación de la prestación de servicios de iluminación y otros servicios relacionados. Luxone, el Consorzio Stabile Energie Locali (en lo sucesivo, «CSEL»), Iren Smart Solutions y Gi One, agrupadas, presentaron una oferta conjunta para los lotes 1, 8, 10 y 11 y depositaron las correspondientes garantías provisionales, en su condición de RTI en constitución, y se comprometieron a constituir una RTI en caso de resultar adjudicatarias.
- 2 El procedimiento de licitación debería haber terminado antes del 18 de abril de 2017, pero, sin embargo, Consip lo prorrogó ocho veces. Ello implicó, para las cuatro entidades participantes en la licitación, la necesidad de volver a confirmar varias veces las ofertas iniciales, además de ampliar las garantías provisionales cada vez que vencía el plazo de validez de la oferta.
- 3 En 2020, con ocasión de la séptima y la octava peticiones de confirmación realizadas por Consip, Luxone e Iren Smart Solutions comunicaron su intención de confirmar sus ofertas iniciales. Sin embargo, Gi One y CSEL manifestaron su voluntad de no confirmar la validez de sus ofertas, debido a la duración tan larga del procedimiento, que no habían previsto. En particular, estas dos últimas sociedades indicaron que las ofertas ya no eran sostenibles ni desde el punto de vista empresarial ni en términos de una gestión empresarial adecuada y prudente.
- 4 Según Consip, al no confirmar la validez de sus ofertas, Gi One y CSEL abandonaron la RTI, modificaron su composición inicial y dieron lugar al desistimiento de la RTI. En consecuencia, en octubre de 2020, Consip adoptó, respecto a todos los miembros de la RTI, una decisión de exclusión de la licitación y una decisión por la que se incautaba la garantía provisional, por un importe total de 2 950 000,00 euros. La decisión de exclusión de la licitación se basaba en la ilegalidad y en el carácter elusivo del desistimiento de Gi One y de CSEL.
- 5 En lo atinente a la ilegalidad del desistimiento, según Consip, es cierto que la normativa italiana contempla el derecho de que un licitador y, por tanto, en el presente caso, todos los miembros de la RTI, retiren la oferta cuando haya transcurrido cierto tiempo desde la convocatoria de la licitación, pero este derecho no puede ejercitarse solo por algunas de las sociedades que componen la RTI.

- 6 En lo que respecta al carácter elusivo del desistimiento, según Consip, el desistimiento de Gi One tenía la finalidad de eludir los controles establecidos en la Ley, ya que algunas entidades vinculadas a Gi One habían incurrido en conductas consideradas delictivas. En particular, con respecto al desistimiento de CSEL, el carácter elusivo derivaba del incumplimiento de los requisitos necesarios para participar en el procedimiento que, sin embargo, debían cumplirse desde el momento de la presentación de la solicitud de participación hasta la adjudicación.

***B) Procedimiento de primera instancia y procedimiento de apelación***

- 7 La parte recurrente interpuso recurso ante el TAR del Lacio e impugnó las mencionadas decisiones adoptadas por Consip.
- 8 Mediante la sentencia n.º 4505/2021, el TAR del Lacio rechazó dicho recurso basándose: a) en la imposibilidad de que la oferta, en el momento del vencimiento, sea confirmada solamente por algunos miembros de la RTI; b) en la inadmisibilidad del ejercicio del derecho de desistimiento por la RTI al margen de las interpretaciones admitidas por la jurisprudencia, que no son procedentes en el presente asunto; c) en el carácter elusivo del desistimiento ejercido en el caso que nos ocupa, que trata de evitar una decisión de exclusión de la licitación.
- 9 Además, el TAR del Lacio consideró que no se daban los requisitos para plantear una cuestión de inconstitucionalidad o de compatibilidad de la normativa italiana con el Derecho de la Unión Europea. De hecho, en su opinión, la Directiva 2004/18, en vigor en el momento de los hechos, no obliga al legislador nacional a introducir, en una situación como la que se da en este caso, la posibilidad de reducir el número de empresas que forman parte de la RTI inicial.
- 10 La parte recurrente interpuso un recurso contra la sentencia del TAR del Lacio ante el Consiglio di Stato, que suspendió el procedimiento a la espera de que la Corte costituzionale (Tribunal Constitucional) se pronunciara sobre las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas al Consiglio di Stato en el marco de otro procedimiento relativo a un litigio similar.
- 11 Mediante la sentencia n.º 198 de 2022, la Corte costituzionale descartó que la ejecución de la garantía provisional revistiera carácter sancionador, puesto que perseguía fundamentalmente garantizar el cumplimiento de las normas de la licitación, restableciendo el interés público afectado, que es el de evitar la participación en la licitación de candidatos no aptos o de ofertas que no cumplan los requisitos exigidos. Según la Corte costituzionale, del importe poco elevado de la garantía provisional, del establecimiento de distintas formas de constitución de la garantía (fianza o aval) y del régimen de reducciones establecido por el legislador se puede deducir la inexistencia de una especial gravedad, necesaria para que una medida prejudicial pueda equipararse, en esencia, a una sanción penal.

- 12 El Consiglio di Stato considera que la citada sentencia de la Corte costituzionale no es determinante para la resolución del litigio del que conoce, teniendo en cuenta también que, en el caso de autos, el importe total de la garantía es, no obstante, muy alto.

### **Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal**

- 13 La parte recurrente impugna la legalidad de la decisión de ejecutar las garantías provisionales adoptada a raíz de la exclusión de la licitación. Sostiene que dicha decisión es ilegal, de forma derivada, al ser ilegal la decisión de exclusión sobre la que se basa la de ejecución. Añade que ello es ilegal incluso de forma independiente, ya que, según la normativa en vigor en el momento de los hechos, la ejecución solo puede producirse si se cumplen dos requisitos: en caso de que el licitador no acredite estar en posesión de los requisitos de solvencia económico-financiera y técnico-organizativa, o bien si no se firma el contrato por «culpa del adjudicatario».
- 14 En ambos casos, según la parte recurrente, la ejecución de la garantía supone la existencia de una conducta subjetivamente atribuible al operador económico responsable de que no se firme el contrato o no se mantenga su participación en la licitación. En su opinión, ninguna de las dos hipótesis se da en el presente caso.
- 15 Para la recurrente, la ejecución de las garantías constituye una medida manifiestamente sancionadora y de naturaleza penal, ya que no se da el objetivo típico de la ejecución de la garantía, a saber, resarcir el perjuicio provocado al poder adjudicador. En el presente caso, Consip no ha sufrido perjuicio alguno, ya que se excluyó a la RTI de la licitación.
- 16 La recurrente alega que la ejecución automática de las garantías, por un importe considerable y oneroso, sería una sanción completamente infundada e irrazonable, además de desproporcionada respecto de la actuación de la RTI y que daría lugar a una interpretación de los artículos 48 y 75 del Código de contratación pública contraria a los principios y las disposiciones constitucionales y de la Unión Europea.

### **Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial**

- 17 Según el Consiglio di Stato (en adelante también, «órgano jurisdiccional remitente») es preciso valorar la compatibilidad de la normativa de la Unión Europea con la normativa italiana que lleva a equiparar la falta de confirmación de la oferta por parte de un operador económico, cuando vence su validez, con el desistimiento de la RTI. Además, procede examinar la decisión de exclusión, también significativa en relación con la consecuente decisión de ejecución de la garantía.

### *Sobre la decisión de exclusión*

- 18 Según el órgano jurisdiccional remitente, de acuerdo con la normativa italiana, la decisión de exclusión es un acto conforme a Derecho, por un lado, porque la falta de confirmación de la oferta por parte de Gi One, es decir, su desistimiento, infringe la prohibición de modificación de la RTI y, por otro lado, porque el desistimiento constituye, en el presente asunto, un acto elusivo del control de la integridad moral del operador económico.
- 19 En lo que respecta a la prohibición de modificar la RTI, el órgano jurisdiccional remitente destaca que, con arreglo al artículo 37 del Código de contratación pública, el derecho a retirar la oferta presentada en una licitación, una vez transcurrido su plazo de validez, solo pueden ejercitarlo la totalidad de los miembros de la RTI en constitución, dado que no procede en el presente caso ninguna de las excepciones admitidas por la normativa y por la jurisprudencia que permitirían la modificación de la RTI.
- 20 De hecho, la RTI participa en la licitación en calidad de parte plurisubjetiva, integrada por todos los operadores económicos que la constituirían en caso de adjudicación. Por tanto, no sería posible que la oferta fuera confirmada solamente por parte de dos miembros de la RTI (de los cuatro iniciales), habida cuenta, en particular, de la finalidad del artículo 11, apartado 6, del Código de contratación pública y del principio de no modificación de la RTI durante el procedimiento de licitación, que deriva del artículo 37, apartado 9, del mismo Código y que se aplica también al caso en el que la RTI no se haya constituido formalmente aún.
- 21 La finalidad del artículo 11, apartado 6, es la de mantener la oferta inalterada durante toda la duración previsible de la licitación. Dicho artículo tiene por objeto proteger al licitador, el cual, transcurrido el plazo, puede retirar su oferta, mientras que, si no declara que la retira, la oferta seguirá vigente. Por tanto, a falta de voluntad en contra expresada por todas las entidades que componen la parte plurisubjetiva, el vínculo se debe considerar todavía existente. Asimismo, las disposiciones de la normativa italiana permiten garantizar a la administración adjudicataria la seriedad de la participación en el procedimiento de licitación de RTI no constituidas formalmente, con el fin de que se asegure su efectiva constitución tras la adjudicación.
- 22 En lo que respecta a la elusión del control sobre la integridad, el órgano jurisdiccional remitente destaca que, conforme a la jurisprudencia contencioso-administrativa en la materia, no se admite el desistimiento de una de las entidades si tiene por objeto eludir la normativa y, en particular, si tiene por objeto evitar los controles relativos al cumplimiento de los requisitos de participación, evitando así la exclusión de la licitación como sanción por no cumplir con tales requisitos.
- 23 En vista de tales consideraciones, el órgano jurisdiccional remitente señala que la normativa italiana, en la interpretación dada por la jurisprudencia, obliga a los miembros de la RTI a mantener la oferta presentada durante un período de tiempo



indefinido incluso cuando existan numerosos vencimientos de su validez, en licitaciones complejas de larga duración (con la única posibilidad de que no confirmen la oferta todos los miembros iniciales de la RTI). Según el órgano jurisdiccional remitente, es dudoso que dicha normativa sea compatible con el principio de libertad de empresa garantizado por el artículo 16 de la Carta de Niza, que codifica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que se basa en el artículo 119 TFUE, además de con el principio de proporcionalidad establecido en el artículo 52 de la Carta de Niza y con los de proporcionalidad, competencia, libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios recogidos en el TFUE.

- 24 Al órgano jurisdiccional remitente no le parece que la prohibición de retirar la oferta por parte de un solo miembro de la RTI, sobre todo en licitaciones que se prolonguen por un período de tiempo considerable, so pena de la exclusión de todos los miembros de la RTI, sea proporcional con la obligación de garantizar la seriedad de la oferta presentada, en tanto en cuanto los operadores económicos que hayan confirmado la oferta cumplan por sí mismos (incluso en ausencia del operador que haya retirado su oferta) la totalidad de los requisitos de participación.
- 25 Con arreglo al principio de proporcionalidad, que constituye un principio general del Derecho de la Unión y al cual se debe ajustar la adjudicación de los contratos celebrados en los Estados miembros, como se pone de manifiesto en la Directiva 2004/18, las medidas adoptadas por los Estados miembros no deben ir, en efecto, más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, tal y como también confirma la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.
- 26 Por último, el órgano jurisdiccional remitente considera que, una vez efectuada la equiparación entre falta de confirmación de la oferta por parte de un operador económico que forme parte de la RTI y desistimiento de la RTI, la exclusión se vuelve, en todo caso, obligatoria por ley cuando se considere que el operador que ha desistido elude el control de integridad moral. Sin embargo, en el caso de que se admitiera que dicho operador no confirma la oferta, no se debería efectuar control alguno posterior sobre la integridad profesional, ya que dicho operador ya no puede considerarse miembro de la RTI participante en la licitación.

#### ***Sobre la decisión de ejecución de la garantía***

- 27 El Consiglio di Stato considera que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, «TEDH») se ha pronunciado sobre la naturaleza, entidad y equidad de las sanciones pecuniarias a efectos de su inclusión en la denominada materia penal (sentencia de 4 de marzo de 2014, Grande Stevens y otros contra Italia, § 99; véase también, a este respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de junio de 2012, Łukasz Marcin Bonda, C-489/10).
- 28 El Consiglio di Stato, en el marco de su jurisprudencia, ha señalado que el TEDH ha desarrollado criterios propios y autónomos para determinar la naturaleza penal

de una infracción y la sanción correspondiente. En particular, ha formulado tres criterios, que consisten en: i) la calificación jurídica de la infracción en el Derecho nacional, matizando que no resulta vinculante a la hora de determinar el carácter «intrínsecamente penal» de la medida; ii) la naturaleza de la infracción, deducida del ámbito de aplicación de la norma que lo establece y del objetivo perseguido; iii) la gravedad de la sanción.

- 29 Según el órgano jurisdiccional remitente, habida cuenta de la magnitud del sacrificio patrimonial impuesto a la parte recurrente, la ejecución de las garantías provisionales adquiere el carácter de una sanción a la que debe reconocérsele naturaleza penal, conforme a la jurisprudencia del TEDH. En el presente asunto, la ejecución automática de las garantías provisionales presenta, en efecto, los elementos constitutivos de una vulneración evidente del principio de proporcionalidad de las sanciones.
- 30 Resulta pertinente, ante todo, el artículo 49, apartado 3, de la Carta de Niza, conforme al cual «la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción».
- 31 En el presente asunto, existe una falta manifiesta de equilibrio equitativo entre el interés público y los derechos fundamentales garantizados en el ámbito de la Unión Europea, ya que la parte recurrente ha sido objeto de una sanción pecuniaria muy cuantiosa, en virtud de un mecanismo automático que, como tal, por definición, no es proporcionado y no valora adecuadamente las circunstancias del caso concreto.
- 32 También el artículo 1 del Protocolo n.º 1, del CEDH y el artículo 17 de la Carta de Niza han sido interpretados en el sentido de que tienen por objeto garantizar el respeto de la proporcionalidad entre el comportamiento adoptado y la sanción impuesta.
- 33 Así, es evidente la contraposición de los artículos 38, apartado 1, letra f), y 48 del Código de contratación pública con las normas y los principios, constitucionales y europeos, en materia de proporcionalidad de las sanciones, en caso de que tales artículos se interpreten en el sentido de permitir la ejecución automática de la garantía provisional a raíz de la exclusión de una licitación.
- 34 Dicha incompatibilidad es aún más evidente si se considera que una medida como la controvertida, a la cual se debe reconocer carácter sancionador, puede adoptarse sin tener cuenta el elemento subjetivo y, en particular, la previsibilidad de la exclusión.