



Roj: **STS 3366/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3366**

Id Cendoj: **28079130032021100152**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **14/09/2021**

Nº de Recurso: **6372/2020**

Nº de Resolución: **1115/2021**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AAN 2812/2019,**
ATS 3422/2021,
STS 3366/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.115/2021

Fecha de sentencia: 14/09/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6372/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/09/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: AVJ

Nota:

R. CASACION núm.: 6372/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1115/2021

Excmos. Sres.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D. José María del Riego Valledor

D. Diego Córdoba Castroverde

D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 14 de septiembre de 2021.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 6372/2020, interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, contra el auto de 11 de noviembre de 2019 dictado por la Sección Sexta de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Pieza Separada de Medidas Cautelares del recurso nº 1412/2019), confirmado posteriormente en reposición por auto de 30 de junio de 2020, por el que se acuerda la suspensión de la ejecución de la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia de 20 de junio de 2019, incluida la prohibición de contratar, todo ello condicionado a que por la sociedad Autocares Lorca Bus S.L., se aporte garantía suficiente en forma de aval bancario u otra admisible en derecho.

La mercantil Autocares Lorca Bus, Sociedad Limitada, no se ha personado en el presente recurso de casación.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Abogado del Estado, en nombre y presentación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, interpone recurso de casación contra el Auto de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 30 de junio de 2020, dictado en la pieza de medidas cautelares del recurso nº 1412/2019, por el que se desestima el recurso de reposición contra el Auto de 11 de noviembre de 2019.

En dichas resoluciones la Audiencia Nacional acordó la suspensión de la ejecución de la resolución de 20 de junio de 2019 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), dictada en el expediente SAMUR/02/2018, incluida la prohibición de contratar, condicionada a que la sociedad recurrente aportase garantía en forma de aval bancario u otra admisión en derecho.

SEGUNDO. Mediante Auto de 18 de marzo de 2021 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en aclarar, matizar, concretar o, en su caso, corregir la jurisprudencia sentada, entre otras, en la STS de 26 de mayo de 2016 (recurso de casación n.º 1488/2015) en relación con la suspensión cautelar de una prohibición de contratar en el ámbito de defensa de la competencia; en particular, se trata de interpretar el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en relación con los artículos 71.1.b) y 72 (apartados 2, 3, 5 y 7) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a fin de aclarar si la prohibición de contratar que incluye la resolución sancionadora dictada por la CNMC ha de entenderse inmediatamente ejecutiva a los efectos de su eventual suspensión cautelar o, por el contrario, la ejecutividad de dicha medida se produce en un momento posterior tras la tramitación del procedimiento correspondiente ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

TERCERO. El Abogado del Estado formalizó la interposición de su recurso de casación argumentando, en síntesis, que:

1º Sobre el momento en el que las prohibiciones de contratar vinculadas a las resoluciones sancionadoras por infracciones graves en materia de falseamiento de la competencia son ejecutivas.

El artículo 71.1.b) de la LCSP establece que:

"1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

[...]

b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia [...], de falseamiento de la competencia [...]."

Por su parte, el artículo 72.3 de la misma Ley, se refiere a la determinación de la duración y alcance de la prohibición de contratar, estableciendo:



"3. La competencia para fijar la duración y alcance de la prohibición de contratar en el caso de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior, en los casos en que no figure en la correspondiente sentencia o resolución, y la competencia para la declaración de la prohibición de contratar en el caso de la letra e) del apartado primero del artículo anterior respecto de la obligación de comunicar la información prevista en el artículo 82.4 y en el artículo 343, corresponderá al Ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, o a los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas en el caso de la letra e) citada".

El 73.2 señala:

"2. Todas las prohibiciones de contratar, salvo aquellas en que se den alguna de las circunstancias previstas en las letras c), d), g) y h) del apartado primero del artículo 71, una vez adoptada la resolución correspondiente, se comunicará sin dilación para su inscripción al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o el equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, en función del ámbito de la prohibición de contratar y del órgano que la haya declarado".

La finalidad del Registro Oficial de licitadores no es otra que la de facilitar a los órganos de contratación del Sector Público, la información relativa a las condiciones de aptitud del empresario y a la concurrencia o no de prohibiciones de contratar, lo que implica que en el Registro han de reflejarse, no solo la existencia de la prohibición, sino también el alcance y duración de dichas prohibiciones. En definitiva, la resolución ha de ser, necesariamente, la que en cada caso establece el alcance y duración de la prohibición de contratar.

Y el art. 73.3 dispone:

"3. Las prohibiciones de contratar contempladas en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 71 producirán efectos desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquella o esta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición.

En el resto de supuestos, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente".

El párrafo segundo del precepto transcrito establece con claridad meridiana que los efectos de la prohibición de contratar solo se producirán desde la fecha de la inscripción de dicha prohibición en el registro correspondiente. El hecho de que el último párrafo del apartado prevea que el órgano competente para la determinar el alcance y duración de la prohibición, pueda adoptar antes de la inscripción "medidas provisionales" para asegurar la eficacia de la resolución que pueda adoptarse, confirma que con anterioridad a la tan citada inscripción la prohibición de contratar no es ejecutiva.

Cuando la sentencia o resolución no determina ese alcance y duración, la prohibición de contratar aparece como un efecto jurídico que la Ley anuda al presupuesto de hecho que es la imposición de la pena o sanción; en otras palabras, la prohibición de contratar no es impuesta por la sentencia o resolución, sino que surge directamente de la Ley como consecuencia inevitable de las anteriores, siendo necesario un acto administrativo que determine su alcance y duración para que la prohibición despliegue sus efectos.

La sentencia de instancia sostiene que, aunque la resolución administrativa sancionadora no fije el alcance y duración de la prohibición de contratar ello "no significa que la resolución sancionadora no contenga ya una prohibición de contratar inmediatamente ejecutiva pues, en ese procedimiento no será ya posible discutir la propia imposibilidad o prohibición de contratar que viene predeterminada por la resolución sancionadora".

A juicio del Abogado del Estado, la sala de instancia mezcla dos conceptos distintos: la firmeza de la resolución sancionadora y la ejecutividad de la prohibición de contratar.

Si el sancionado no impugna en vía jurisdiccional la resolución de la CNMC, tal resolución quedará definitivamente firme por consentida, y no podrá discutir la procedencia de la sanción con ocasión del procedimiento para la determinación del alcance y duración de la prohibición de contratar. Pero sí podrá cuestionar (i) si es o no procedente la prohibición misma, es decir, si la sanción impuesta es encuadrable o no en alguna de las categorías contempladas en el artículo 71.1.b) de la LCSP; y (ii) si el alcance y duración de la prohibición son adecuados y proporcionales a tipo de infracción cometida y a su gravedad.

Pero ello, nada tiene que ver con la ejecutividad de la prohibición, puesto para que la misma surta efectos será preciso que por el Ministerio de Hacienda determine su alcance y duración y que esta resolución se inscriba en el registro.

Los Autos impugnados se plantean también si la firmeza de las resoluciones administrativas solo debe entenderse producida cuando exista una sentencia judicial firme. Pero el principio general en derecho administrativo es que la ejecutividad de las resoluciones administrativas no se suspende por la interposición



de recurso contra las mismas, ni administrativas ni contencioso-administrativo, con la única excepción de las sanciones administrativas, que han de ser firmes en vía administrativa para ser ejecutivas (art. 98.1.b) de la LPAC).

No existe razón alguna para entender que "firmeza" de las resoluciones sancionadoras a las que se refiere el artículo 71.1.b) de la LCSP haya de estar referida a la firmeza judicial. Las resoluciones sancionadoras, firmes en vía administrativa, son ejecutivas y despliegan todos sus efectos, entre ellos la comunicación a la Junta de Contratación para que determine la duración y alcance de la prohibición de contratar.

También apoya esta tesis la citada Sentencia Meca, pues, aunque la misma no se refiere a un asunto semejante al que aquí nos ocupa, si afirma que se opone a una legislación nacional que impide a la entidad adjudicadora de un contrato publico realizar cualquier valoración sobre la fiabilidad de uno de los licitadores so pretexto de que la resolución administrativa que pone de manifiesto tal falta de viabilidad ha sido impugnada judicialmente, es decir, porque no es firme en vía judicial. En caso contrario no habrían podido decretar la suspensión de la resolución recurrida, ni en lo relativo a la ejecución de la sanción, ni en lo relativo a la comunicación de la sanción a la JCCPE.

Es más, aunque admitiéramos que el artículo 71.1.b) ha de interpretarse en el sentido de que las sanciones administrativas han de ser firmes en vía judicial, ello sería un argumento más en el sentido de que la prohibición de contratar derivada de aquellas no sería ejecutiva por la simple imposición de las mismas, pues sería necesario que dichas sanciones adquirieran firmeza judicial para que por el Ministerio de Hacienda se pudiera fijar la duración y alcance de la prohibición.

También discrepa de lo argumentado en la sentencia de instancia cuando afirma que en el caso de que se entendiera que basta la firmeza en vía administrativa para que pueda desplegar sus efectos la prohibición de contratar, se produciría una clara vulneración de su presunción de inocencia. Y ello porque la presunción de inocencia del sancionado ha quedado desvirtuada por la misma resolución sancionadora firme que, como todo acto administrativo, goza de una presunción de validez (artículo 39.1 de la LPAC). Es precisamente esta destrucción de la presunción de inocencia la que permite que las sanciones administrativas firmes sean ejecutivas, sin necesidad de ser confirmadas por los Tribunales.

En definitiva, sostiene que la prohibición de contratar, en aplicación de lo señalado en el artículo 71.1.b) de la LCSP, cuando en la misma no se establece su alcance y duración, no son ejecutivas por la simple imposición de la sanción por el órgano competente; siendo preciso en estos casos que por el Ministerio de Hacienda se dicte resolución por lo que se determinen tales extremos y sea inscrita en el Registro Oficial de Licitadores.

2º Por lo que respecta a la doctrina sentada por la Sala y la necesidad de su aclaración, matización y concreción, afirma que la sentencia nº 1188/2016, de 26 de mayo contempla un caso distinto del que nos ocupa. En dicha sentencia se impugnaba la resolución del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas por la que imponía a la recurrente una prohibición. de contratar por el plazo de un año. Solicitó la suspensión cautelar de esta prohibición ante la Audiencia Nacional. El Tribunal Supremo estimó, respecto a la suspensión cautelar que (i) que era preciso ponderar los intereses en conflicto; (ii) que en el caso existía un interés público de especial importancia, como era la necesidad o conveniencia de que el acceso a la contratación pública únicamente sea permitido a quienes tengan la solvencia técnica legalmente exigida para la misma; y (iii) que en todo caso, los perjuicios que podría sufrir la recurrente por la inmediata aplicación de la sanción, siempre serían susceptibles de compensación económica.

En nuestro caso la prohibición de contratar nace como consecuencia de la imposición de una sanción en materia de falseamiento de la competencia, por lo que es evidente que no existe en nuestro caso ese interés público consistente en permitir el acceso a la contratación pública solo a los que "tengan la solvencia técnica legalmente exigida para la misma".

A la vista de este último precepto es claro, a nuestro juicio, que la prohibición de contratar que el artículo 71.1.b) establece para aquellas personas que hayan sido sancionadas por una infracción grave en materia de falseamiento de la competencia, no es sólo un sistema para reforzar o agravar la sanción impuesta; responde también a la necesidad de proteger el correcto funcionamiento de la contratación pública. En otras palabras, el bien jurídico que se intenta proteger con esta prohibición no es sólo la libre competencia, sino también la contratación pública. Por ello, siendo correcto que aquellas personas que falsean sus datos de solvencia técnica sean apartadas temporalmente de la contratación pública, es igualmente correcto que lo sean los que falsean la competencia. Es más, la ejecución del acto administrativo, en sí misma, responde al interés público.

Pero es que, además del interés público consistente en el correcto funcionamiento de la contratación administrativa que hemos expuesto más arriba, es fácilmente identificable un interés público ligado a la



defensa de la competencia que también justifica que la prohibición de contratar sea aplicada a la mayor prontitud posible

De adverso, se podría argüir que, dado que según nuestra tesis la prohibición de contratar no es ejecutiva, esta finalidad de prevención general que acabamos de exponer resulta irrelevante a la hora de resolver sobre la suspensión del acuerdo de remisión de la sanción a la JCCPE; y que la misma y el interés público que representa, debería ser tenida en cuenta, en todo caso, a la hora de resolver lo procedente sobre la medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecución de la prohibición de contratar que pudiera solicitarse en un momento posterior. Sin embargo tal argumento carecería de toda consistencia: en primer lugar porque siendo necesaria la previa determinación por el Ministerio de Hacienda del alcance y duración de la prohibición de contratar, suspender la remisión de la sanción a la JCCPE impide de hecho que la prohibición de contratar pueda ser ejecutada; y, en segundo lugar porque, aunque se admita que una vez que la tan citada prohibición de contratar fuera ejecutiva, la misma podría suspenderse como consecuencia de una resolución judicial, a los efectos de la prevención general no es indiferente en absoluto que en ese momento ya se hubiere determinado el alcance y duración de la prohibición y, por lo tanto, los restantes operadores del mercado tendrían una información más concreta de las consecuencias derivadas de la infracción.

3º Entiende que los autos recurridos vulneran el artículo 130 de la LJCA.

La resolución sancionadora de la CNMC de 20 de junio de 2019 (como todas resoluciones sancionadoras de la CNMC por infracciones graves en materia de falseamiento de la competencia) contiene dos pronunciamientos que tiene carácter ejecutivo.

El primero de ellos es la sanción pecuniaria impuesta. Respecto de esta sanción no se discute la decisión de la Sala consistente en suspender su ejecución, que se considera ajustada a lo exigido por la norma en la medida en que el Tribunal ha estimado que los perjuicios derivados para la recurrente del inmediato pago de la multa serían irreversibles (la ejecución del acto podría hacer perder su finalidad legítima al recurso) y, además, se ha exigido caución que garantiza que el interés público consistente en el efectivo pago de la multa cuando la sanción sea confirmada, no será defraudado.

Sin embargo, el segundo pronunciamiento ejecutivo, consistente en la remisión a la JCCPE de testimonio de la resolución sancionadora, no puede ser suspendido, por la sencilla razón de que su ejecución no puede hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y es que es la simple incoación del procedimiento tendente a determinar cuál debe ser el alcance y duración de la prohibición de contratar, no tiene efecto de ningún tipo sobre la posición jurídica del sancionado: ni tiene que abonar cantidad de ningún tipo, ni se le impide acudir a las licitaciones de los contratos públicos que pudieran convocarse a partir de tal incoación.

El recurso no pretende cuestionar la valoración realizada por la Sala de instancia sobre el carácter irreversible de los perjuicios que de la prohibición de contratar pudieran derivarse para ALB. Lo que se cuestiona es que la Sala de Instancia atribuya incorrectamente al acuerdo de remisión del testimonio de la resolución sancionadora los efectos de la prohibición de contratar, cuando tales efectos solo surgen con la resolución del Ministro de Hacienda por la que se fija el alcance y duración de la prohibición y la inscripción de esta resolución en el ROLECS; y esta cuestión tiene una indudable naturaleza jurídica, en la medida en que se encuentra directamente vinculada a la cuestión de cuando ha de considerarse ejecutiva la prohibición de contratar.

Y tampoco es admisible el argumento referido a que la imposibilidad de contratar con otras empresas del sector privado derivaría de en sus códigos de buen gobierno o protocolos de contratación, que excluyan como contratistas a las empresas sobre las que pese una prohibición de contratar con el sector público. A tal efecto, argumenta que esta imposibilidad de contratar no es en modo alguno imputable a la remisión de la sanción a la JCCPE, sino a las decisiones adoptadas por esas empresas privadas sobre los requisitos que exigen a sus contratistas, lo cierto es que, en tanto la prohibición de contratar no sea ejecutiva, ALB no estaría incurso en prohibición alguna que constituya un obstáculo para celebrar esos hipotéticos contratos con otras entidades privadas.

Frente a la argumentación de contrario de que estas empresas son más exigentes que la propia Administración y que, aun sin ser ejecutiva las prohibiciones de contratar, se niegan a hacerlo con otras a las que se la haya impuesto una sanción que lleve aparejada aquella, sostiene que si ello fuera así, la medida cautelar que en su día concedió los autos recurridos resulta totalmente ineficaz a estos efectos, pues los efectos perjudiciales para el actor no nacerían de la ejecución de la sanción, sino de la mera existencia de la sanción misma y la suspensión no la hace desaparecer del mundo jurídico.

La finalidad legítima del recurso no se encuentra amenazada. Y existen otros intereses públicos ligados al correcto funcionamiento de la contratación administrativa y a la defensa de la competencia, que exigen que



el testimonio de la resolución sancionadora sea remitido a la JCCPE y que la prohibición de contratar sea ejecutiva, intereses que los autos recurridos ignoran completamente.

Sólo cuando se hayan determinado el alcance y la duración de la prohibición, podrán ponderarse adecuadamente los intereses en conflicto.

Por todo ello, solicita de este tribunal que se precise la doctrina establecida en su anterior sentencia 1188/2016 en el sentido siguiente:

- Que las prohibiciones de contratar consecuencia de la imposición de sanciones por la CNMC por la comisión de infracciones graves en materia de falseamiento de la competencia solo son ejecutivas cuando son inscritas en el ROLECSP.

- Que existe un interés público en la inmediata ejecución de las resoluciones de la CNMC por las que se acuerda remitir a la JCCPE los testimonios de las sanciones impuestas por la comisión de infracciones graves en materia de falseamiento de la competencia.

- Que las resoluciones de la CNMC por las que se acuerda remitir a la JCCPE los testimonios de las sanciones impuestas por la comisión de infracciones graves en materia de falseamiento de la competencia, no pueden ser suspendidas, en la medida en que su inmediata ejecución no priva de su finalidad legítima al recurso interpuesto contra aquellas.

- Que existe un interés público en la inmediata ejecución de las prohibiciones de contratar derivadas de la imposición de sanciones por la comisión de infracciones graves en materia de falseamiento de la competencia.

b) Que, en relación con los autos de la Sección 6ª de la Audiencia Nacional de 11 de noviembre de 2019 y 30 de junio de 2020, objeto del presente recurso de casación, se declare que los mismos son contrarios a lo dispuesto en el artículo 130 de la LJCA, por lo que deben ser casados, dictándose en su lugar sentencia por la que se deniegue la suspensión del acuerdo de la CNMC de 20 de junio de 2019, en la parte que acuerda remitir a la JCCPE testimonio de la resolución sancionadora.

CUARTO. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 7 de septiembre de 2021, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El Abogado del Estado, actuando en nombre y presentación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, interpone recurso de casación contra los Autos de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 30 de junio de 2020 y 11 de noviembre de 2019, dictados en la pieza de medidas cautelares del recurso nº 1412/2019, por los que se acordó la suspensión de la ejecución, previa aportación de garantía, de la resolución de 20 de junio de 2019 de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) dictada en el expediente SAMUR/02/2018, incluida la prohibición de contratar.

Estas resoluciones tienen su origen en el expediente sancionador - SAMUR/02/18 TRANSPORTE ESCOLAR MURCIA- tramitado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) contra varias empresas, entre ellas se encontraba "Autocares Juan Gómez Sánchez SL"- actualmente denominada "Autocares Lorca Bus SL". A resultas del indicado expediente se dictó la resolución de 20 de junio de 2019, por la que se sancionó a un total de veintiséis empresas por una infracción única y continuada prohibida por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") y por el artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, consistente en el reparto de las licitaciones del servicio de transporte escolar convocadas por la Consejería competente de la Región de Murcia.

La resolución administrativa impuso a la empresa "Autocares Juan Gómez Sánchez SL" una multa de 25.259 € y, de conformidad con lo señalado en el párrafo segundo del artículo 72.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público acordó "[r]emitir la presente resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los efectos oportunos de acuerdo con lo establecido en el fundamento de derecho séptimo". En dicho fundamento se hacía referencia a la prohibición de contratar derivada de la infracción de falseamiento de la competencia (art. 71.1.b) de la LCSP) y la remisión a la Junta para que, de acuerdo con lo acordado en el art. 72.2 de la LCSP, fijase mediante el procedimiento correspondiente la duración y el alcance de la prohibición de contratar.

El Auto de 30 de junio de 2020 de la Audiencia Nacional acordó la suspensión cautelar de la resolución administrativa "incluida la prohibición de contratar".

**SEGUNDO.** Sobre el objeto de la controversia.

La resolución de la Audiencia Nacional acordó la suspensión cautelar, previa prestación de aval, no solo de la multa impuesta, sino que también hizo extensiva dicha suspensión a la prohibición de contratar acordada ("incluida la prohibición de contratar"). Se razonaba que la prohibición de contratar se anuda *ope legis* a determinadas sanciones en materia de defensa de la competencia, por lo que la resolución administrativa declaró la prohibición de contratar y ordenó remitir la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública para que, previa la tramitación del procedimiento correspondiente, se fije su alcance y duración.

La resolución judicial ahora impugnada consideró que aun cuando la resolución administrativa no fija la duración y alcance de la medida "eso no significa que la resolución sancionadora no contenga ya una prohibición de contratar inmediatamente ejecutiva pues, en ese procedimiento no será posible discutir la propia imposibilidad o prohibición de contratar que viene predeterminada por la resolución sancionadora".

En apoyo de su argumentación cita el art. 72.5 de la Ley 9/2017 LCSP, por entender que de dicho precepto se desprende que solo podría eludir la prohibición de contratar mediante pago o compromiso de pago de la multa impuesta antes de que el órgano judicial pudiese pronunciarse sobre la legalidad de la resolución sancionadora.

En definitiva, entendió que la resolución sancionadora de la CNMC tiene un efecto ejecutivo y una buena prueba de ello es que si no se acordara la suspensión se ocasionarían perjuicios a la recurrente a la hora de presentarse a determinadas licitaciones sobre todo en el ámbito europeo, causando perjuicios irreversibles.

El presente recurso impugna esta resolución desde una doble perspectiva: por un lado, cuestiona el efecto ejecutivo de la prohibición de contratar cuando aún no se ha determinado su alcance y duración, entendiéndose que dicha prohibición no despliega efecto alguno en estas circunstancias; por otro lado, considera que la mera remisión al organismo correspondiente para que incoe el procedimiento, tendente a determinar cuál deber ser el alcance y duración de la prohibición de contratar, no puede ser suspendida cautelarmente ya que no tiene efecto alguno sobre la posición jurídica del sancionado.

Ambas cuestiones deben ser analizadas.

TERCERO. Sobre la ejecutividad de la prohibición de contratar.

La primera de las cuestiones planteadas consiste en determinar si la prohibición de contratar -cuando la resolución sancionadora dictada por la CNMC no ha fijado su alcance y duración-, es o no inmediatamente ejecutiva o, por el contrario, si la ejecutividad de dicha medida se produce en un momento posterior, tras la tramitación del procedimiento correspondiente destinado a fijar el alcance y duración de la prohibición.

El adecuado análisis de la cuestión planteada exige realizar algunas consideraciones previas.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establece en su artículo 71 que "No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias siguientes", enumerando como uno de estos supuestos el "haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave [...] de falseamiento de la competencia" (art. 71.1.b).

En estos casos, la prohibición de contratar se supedita al cumplimiento de ciertos presupuestos, entre ellos a la existencia de una sanción administrativa firme, por lo que la prohibición aparece vinculada a la sanción impuesta, de modo que anulada la sanción desaparece el presupuesto que la sustenta.

De lo dispuesto en el art. 72.2 de la LCSP se desprende que, si bien la procedencia de imponer la prohibición de contratar se debe contener en la resolución sancionadora, el alcance y duración de dicha prohibición puede concretarse de dos formas distintas: a) en la propia resolución sancionadora; b) o si la resolución sancionadora no contiene un pronunciamiento sobre extremo, "mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con lo dispuesto en este artículo". Este procedimiento (art. 72.3 de la LCSP) "corresponderá al Ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, o a los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas en el caso de la letra e) citada". Por ello, el órgano administrativo que ha impuesto la sanción a la que anuda la prohibición de contratar remitirá de oficio testimonio a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

El diferente momento en el que se especifica el alcance y duración de la prohibición de contratar tiene una importancia decisiva para determinar el comienzo de los efectos de dicha limitación y consecuentemente para apreciar su ejecutividad.

Ha de partirse de que la prohibición de contratar no es ejecutiva hasta tanto se determine su alcance y duración.



Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 73. 3 de la LCSP en el que se establecen los efectos de la declaración de prohibición, afirmando que:

"Las prohibiciones de contratar contempladas en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 71 producirán efectos desde la fecha en que devinieron firmes la sentencia o la resolución administrativa en los casos en que aquella o esta se hubieran pronunciado sobre el alcance y la duración de la prohibición.

En el resto de los supuestos, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente".

La interpretación literal de este precepto permite concluir que solo cuando la resolución administrativa o judicial fija el alcance y duración de la prohibición ésta produce efectos. Es más, en el caso en que dicho alcance se fije en una resolución administrativa autónoma posterior habrá de inscribirse en el registro Oficial de licitadores.

Esta interpretación es conforme, por otro lado, con la propia naturaleza y límites de toda medida restrictiva de derechos, por cuanto la determinación del alcance y duración de una prohibición es esencial para conocer los contornos de la restricción impuesta. La prohibiciones de contratar, como toda limitación, no pueden ser ni indefinidas ni ilimitadas, sería contrario a los más elementales principios que rigen las medidas sancionadoras o restrictivas, entre ellos el principio de seguridad jurídica y el principio de proporcionalidad, en cuanto exigen que tanto el sancionado como terceros conozcan hasta donde alcanza la prohibición y, a su vez, se pueda cuestionar y revisar si la limitación establecida es adecuada y ajustada a la sanción impuesta y a los hechos en los que se funda.

Si se mantuviese que una prohibición de contratar era ejecutiva antes de delimitarse su alcance y duración, ello implicaría que pudiera aplicarse de forma indefinida y para todos los sectores, contraviniendo las propias previsiones legales -pues el art. 72.6 de la LCSP establece como límite temporal un máximo tres años de duración- y los principios inspiradores del derecho sancionador.

Esta conclusión también aparece avalada por una interpretación sistemática y contextual de los preceptos de la Ley de Contratos que regulan esta materia. Así el art. 72.7 de la LCSP establece que cuando sea necesario un procedimiento destinado a fijar el alcance y duración de la prohibición de contratar, dicho procedimiento no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de tres años contados desde "la firmeza de la resolución sancionadora". De modo que superado este plazo ya no es posible establecer el alcance y duración de la prohibición y, consecuentemente no podrán inscribirse en el registro y producir efectos. Esta previsión sería inoperante si la limitación fuese ejecutiva desde que se dicta la resolución sancionadora, aunque no se fijase el alcance y duración de la prohibición. Es más, se podría producir la paradoja de que la duración y amplitud de la prohibición superase la que finalmente se imponga por la posterior resolución del Ministro de Hacienda y Función Pública.

En definitiva, la prohibición de contratar es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias. La limitación solo es ejecutiva desde el momento en el que se concretan el alcance y duración de la prohibición bien en la propia resolución sancionadora bien en un procedimiento autónomo y tras su inscripción en el registro.

CUARTO. Sobre la posibilidad de suspender cautelarmente de la decisión consistente en remitir las actuaciones para que se tramite el procedimiento destinado a fijar el alcance y duración de la prohibición de contratar.

La resolución administrativa que nos ocupa acordó: la imposición de una sanción de multa, declaró la procedencia de imponer una prohibición de contratar, y acordó la remisión de la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los efectos de que, tras la tramitación del procedimiento correspondiente, se fije el alcance y duración de la prohibición de contratar.

Ya hemos destacado anteriormente que si bien es la resolución sancionadora la que declara la prohibición de contratar, el alcance y duración de dicha medida puede diferirse a un momento posterior, remitiendo, en este caso, testimonio de las actuaciones a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado para que elabore una propuesta y sea el Ministro de Hacienda y Función Pública o los órganos que resulten competentes en el ámbito de las Comunidades Autónomas los que concreten el alcance de la prohibición.

El Abogado del Estado cuestiona que la remisión a la Junta Consultiva pueda ser suspendida porque su ejecución no puede perder su finalidad legítima al recurso. Considera que la mera incoación del procedimiento tendente a determinar cuál debe ser el alcance y duración de la prohibición de contratar no tiene ningún efecto sobre la posición jurídica del sancionado, pues no le impide acudir a las licitaciones de los contratos públicos que pudieran convocarse a partir de tal incoación.



El representante del Estado argumenta que la medida cautelar no puede concederse ya que la finalidad legítima del recurso no se encuentra amenazada. Y existen otros intereses públicos ligados al correcto funcionamiento de la contratación administrativa y la defensa de la competencia, que exigen que el testimonio de la resolución sancionadora sea remitida a la Junta Consultiva de Contratación y que la prohibición de contratar sea ejecutiva, intereses que los autos recurridos ignoran completamente.

No es función de este Tribunal proceder en casación a una valoración alternativa a la realizada en la instancia sobre los intereses concurrentes para decidir sobre la suspensión cautelar sino sobre una cuestión previa y de alcance más general. Nuestro pronunciamiento, por encima de la concreta ponderación de los intereses en conflicto, trata de aclarar si el órgano judicial puede emitir un pronunciamiento de tutela cautelar respecto de la decisión administrativa que adopta la prohibición de contratar y acuerda la remisión del testimonio de su resolución para que, tras la tramitación del procedimiento correspondiente, se fije su alcance y duración de la prohibición de contratar.

Cuando la resolución sancionadora establece una prohibición de contratar, pero difiere la fijación del alcance y duración de dicha prohibición a un procedimiento posterior, esta limitación no es inmediatamente ejecutiva y no puede ser aplicada, tal y como se ha razonado anteriormente. Ahora bien, el órgano judicial puede controlar la legalidad no solo de la sanción de multa impuesta sino también de la prohibición de contratar declarada, analizando si concurren los presupuestos previstos en la norma para su adopción (en nuestro caso: la imposición de una sanción firme por una infracción grave de falseamiento de la competencia). Por ello, en sede cautelar, y previa ponderación de los intereses correspondientes, el órgano judicial podrá acordar la suspensión tanto de la sanción como de la prohibición de contratar, si se dan las condiciones para ello.

Pudiera pensarse que al no ser ejecutiva la prohibición de contratar la mera remisión del testimonio al órgano competente para que fije el alcance y duración de la prohibición es un acto de mero trámite, que no produce efectos perjudiciales para el afectado y, en consecuencia, no es susceptible de ser suspendida cautelarmente, pero lo cierto es que la prohibición de contratar es una limitación establecida *ex lege* que se anuda y tiene como presupuesto a la existencia de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias, por lo que suspendida la ejecutividad de la sanción es posible, y hasta razonable, suspender las actuaciones destinadas a fijar el alcance de las limitaciones que se anudan a la existencia misma de la sanción que ha sido suspendida.

Es precisamente porque la remisión persigue fijar el alcance y duración de una medida para poder ser ejecutiva lo que justifica que pueda suspenderse. Carecería de sentido que se suspenda cautelarmente la sanción administrativa principal y que, sin embargo, continuase el procedimiento destinado a fijar el alcance y duración de la prohibición de contratar, vinculada a la sanción impuesta y consecuencia de la misma, para conseguir que dicha prohibición sea ejecutiva. Podría darse el supuesto en el que se suspenda o incluso se anule la sanción impuesta y, sin embargo, tras la tramitación correspondiente, la prohibición de contratar produzca efectos desvinculada de la sanción principal.

Por ello, no resulta contrario a derecho la decisión de suspender también la remisión de lo actuado a la Junta consultiva de Contratación Pública, aunque razones no estrictamente coincidentes con las utilizadas por el Auto impugnado.

QUINTO. Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.

La cuestión de interés casacional planteada consiste en determinar si la declarada prohibición de contratar que incluye la resolución sancionadora dictada por la CNMC ha de entenderse inmediatamente ejecutiva a los efectos de su eventual suspensión cautelar o, por el contrario, la ejecutividad de dicha medida se produce en un momento posterior tras la tramitación del procedimiento correspondiente ante la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

A tal efecto debe afirmarse que la prohibición de contratar acordada por la CNMC al amparo del art. 71.1. b) de la LCSP es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias.

Los efectos de la prohibición de contratar solo se producen, y la limitación solo es ejecutiva, desde el momento en el que se concreta el alcance y duración de la prohibición, bien en la propia resolución sancionadora bien a través del procedimiento correspondiente y, en este último caso, una vez inscrita en el registro.

Ello no impide que el órgano judicial, por vía cautelar, pueda suspender la remisión a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado cuando, entre otros supuestos, haya considerado necesario suspender cautelarmente la sanción a la que va anudada.



SEXTO. Costas.

Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso de casación sin que haya lugar a imponer las costas causadas en casación al no apreciarse temeridad o mala fe (art. 93.4 de la LJ).

Se mantiene el pronunciamiento de la instancia sobre la no imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico cuarto:

1º Desestimar el recurso interpuesto por el Abogado del Estado, en nombre y presentación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, contra el Auto de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 30 de junio de 2020, dictado en la pieza de medidas cautelares del recurso nº 1412/2019, por el que se desestima el recurso de reposición contra el Auto de 11 de noviembre de 2019.

2º Sin hacer expresa condena en costas en casación ni en instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDO