



Roj: **STS 1146/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1146**

Id Cendoj: **28079130032022100066**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **23/03/2022**

Nº de Recurso: **7454/2020**

Nº de Resolución: **368/2022**

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

Ponente: **ANGEL RAMON AROZAMENA LASO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **AAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, 25-03-2015 (rec. 28/2015),
STS 2684/2016,
STS 1146/2022**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 368/2022

Fecha de sentencia: 23/03/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7454/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

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

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 7454/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 368/2022

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 23 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto el presente recurso de casación núm. 7454/2020, interpuesto por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), representada por el Abogado del Estado, contra el auto de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 6 de marzo de 2020, recaído en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo núm. 358/2020 - interpuesto por la entidad Proyectos y Mantenimientos Mecánicos, Eléctricos y de Instrumentación, S.A.- que fue confirmado posteriormente en reposición por el auto de 15 de septiembre de 2020, por el que acordó la suspensión de la ejecución de resolución de la CNMC de 1 de octubre de 2019, dictada en expediente S/DC/0612/17 (Montaje y Mantenimiento Industrial).

Ha sido parte recurrida, la entidad Proyectos y Mantenimientos Mecánicos, Eléctricos y de Instrumentación, S.A. (en adelante, MEISA), representada por el procurador de los Tribunales D. Alberto Hidalgo Martínez, bajo la asistencia letrada de D. Carlos Melón Pardo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo núm. 358/2020 seguido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, se dictó auto de 6 de marzo de 2020, con la siguiente parte dispositiva:

"Suspender la ejecución de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 1 de octubre de 2019, dictada en el expediente número S/DC/0612/17, MONTAJE Y MANTENIMIENTO INDUSTRIAL, por la que se declara responsable a MEISA de participar en una infracción única y continuada prohibida por los artículos 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (la "LEY 16/1989"), 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia ("LDC") y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE"), presuntamente constitutiva de cártel en el sector de servicios de montaje y de mantenimiento industrial y se la impone una multa de cuatro millones ochocientos cuarenta y cinco mil seiscientos sesenta y nueve euros (4.845.669 €) y se acuerda remitir la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a fin de determinar la duración y alcance de la prohibición de contratar, suspensión que se condiciona a que por la entidad recurrente se aporte garantía en forma de aval bancario u otra admisible en Derecho por el referido importe, una vez que sea aceptada y debidamente constituida en el plazo de dos meses siguientes a la notificación de este Auto. Sin costas."

Auto que fue confirmado posteriormente en reposición por auto de 15 de septiembre de 2020 (que desestima el recurso de reposición formulado por la Abogacía del Estado).

SEGUNDO.- Notificado el auto, se presentó escrito por la Abogacía del Estado, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Sala por auto de 4 de noviembre de 2020 tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- La Abogacía del Estado, parte recurrente, se ha personado ante este Tribunal Supremo en tiempo y forma; asimismo ha comparecido y personado ante este Tribunal Supremo, la entidad Proyectos y Mantenimientos Mecánicos, Eléctricos y de Instrumentación, S.A. (MEISA), con la representación procesal y asistencia letrada anteriormente indicada, en calidad de parte recurrida, formulando en su escrito de personación su oposición a la admisión del recurso de casación de acuerdo con la posibilidad prevista en el artículo 89.6 LJCA.

CUARTO.- La Sección Primera de la Sala Tercera -Sección de admisión- de acuerdo al artículo 90.2 LJCA acordó, por auto de fecha 8 de abril de 2021:

"1.º) Admitir el recurso de casación n.º 7454/2020 preparado por el Abogado del Estado, en la representación que legalmente ostenta, contra los autos de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta), de 6 de marzo y de 15 de septiembre de 2020, dictados en la pieza separada de medidas cautelares del recurso n.º 358/2020.



2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de 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.

Para ello serán objeto de interpretación los artículos *supra* mencionados, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 LJCA.”.

QUINTO.- Admitido el presente recurso de casación y remitidas las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, por diligencia de ordenación de fecha 14 de abril de 2021 se comunicó a la parte recurrente la apertura del plazo de treinta días para presentar su escrito de interposición del recurso de casación.

SEXTO.- La Abogacía del Estado ha interpuesto recurso de casación mediante su escrito presentado en fecha 1 de junio de 2021 en el que, tras exponer los razonamientos que consideró oportunos, precisó el sentido de sus pretensiones y que solicita se dicte en su día sentencia por la que, con estimación del presente recurso, fije la siguiente doctrina legal propuesta:

“- 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 Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público.

- Que existe un interés público en la inmediata ejecución de las resoluciones de la CNMC por las que se acuerda remitir a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (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.”.

Asimismo solicita case los autos impugnados y deniegue la suspensión del acuerdo de la CNMC de 1 de octubre de 2019, en la parte que acuerda remitir a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado testimonio de la resolución sancionadora.

SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 9 de junio de 2021, se concedió el plazo de treinta días a la parte recurrida, para que pudiese oponerse al recurso en el plazo de treinta días, habiendo evacuado dicho trámite la representación procesal de la , mediante escrito presentado en fecha 26 de julio de 2021, su oposición al recurso, formulando los argumentos de contrario que consideró convenientes a su derecho, suplicando a la Sala dicte sentencia por cuya virtud desestime el recurso de casación y fije la siguiente doctrina casacional:

“El pronunciamiento de una resolución sancionadora en materia de defensa de la competencia que sanciona a una empresa por la comisión de una infracción muy grave en materia de defensa de la competencia, y que ordena explícitamente la remisión de la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, a fin de que sea ésta quien tramite el procedimiento destinado a determinar la concreta duración y alcance de la prohibición de contratar inherente al pronunciamiento sancionador, puede ser objeto de suspensión cautelar en el seno del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución sancionadora, siempre que concurren los requisitos establecidos en el artículo 130 de la LRJCA, en particular el *periculum in mora*. No se puede apreciar que un pronunciamiento de este tipo carezca por completo de efectos inmediatamente ejecutivos a los efectos de valorar la concurrencia de dichos requisitos y, en particular, del *periculum in mora*.”.

Y solicita, con carácter subsidiario y para el caso de que el recurso de casación sea estimado, acuerde mantener la suspensión cautelar acordada por los autos recurridos, de conformidad con las alegaciones de su escrito.



OCTAVO.- Terminada la sustanciación del recurso, se acordó por providencia de 4 de octubre de 2021 que no había lugar a la celebración de vista pública, al considerarla innecesaria ateniendo a la índole del asunto, y llegado su turno, se señaló para deliberación, votación y fallo el siguiente día 22 de marzo de 2022, fecha en la que tuvo lugar el acto, deliberándose en la misma sesión el recurso núm. 1758/2020 sobre la misma cuestión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión litigiosa y los autos de instancia.

A) El presente recurso de casación núm. 7454/2020 lo interpone la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), representada por el Abogado del Estado, contra el auto de 6 de marzo de 2020 dictado por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (recurso n.º 358/2020), confirmado posteriormente en reposición por el auto de 15 de septiembre de 2020 (que desestima el recurso de reposición formulado), por el que acordó la suspensión de la ejecución de la resolución de la CNMC, de 1 de octubre de 2019, dictada en el expediente S/DC/0612/2017 Montaje y Mantenimiento Industrial, incluida la prohibición de contratar; todo ello condicionado a que por la entidad recurrente -Proyectos y Mantenimientos Mecánicos, Eléctricos y de Instrumentación S.A. (MEISA)- se aporte garantía suficiente en forma de aval bancario u otra admisible en derecho.

B) MEISA interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de 1 de octubre de 2019, dictada en el expediente número S/DC/0612/17, Montaje y Mantenimiento Industrial, por la que se declara responsable a MEISA de participar en una infracción única y continuada prohibida por los artículos 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, presuntamente constitutiva de cártel en el sector de servicios de montaje y de mantenimiento industrial y se la impone una multa de cuatro millones ochocientos cuarenta y cinco mil seiscientos sesenta y nueve euros (4.845.669 €) y se acuerda remitir la resolución a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a fin de determinar la duración y alcance de la prohibición de contratar; solicitando por otrosí la medida cautelar consistente en la suspensión de la ejecutividad de la multa impuesta.

Por auto de 6 de marzo de 2020 se acordó la suspensión solicitada por MEISA en los términos descritos en el antecedente de hecho primero de esta sentencia. Dicho auto recurrido en reposición por la Abogacía del Estado fue confirmado por auto de 15 de septiembre siguiente.

C) En lo que a este recurso interesa y por lo que concierne a la prohibición de contratar, la Sala de instancia destaca que el hecho de que la duración y el alcance de la prohibición quede diferido a un procedimiento posterior ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, no significa que la resolución no contenga ya una prohibición de contratar inmediatamente ejecutiva, al margen de su concreción posterior. Y en la ponderación de intereses en conflicto la Sala, atendiendo a los tiempos de resolución, considera que los efectos de la prohibición de contratar ya se habrían agotado antes de que la Sala dicte sentencia, por lo que la parte actora no tendría posibilidad de contratar con la Administración o con empresas privadas, con un resultado difícilmente reversible *a posteriori*.

En el posterior auto, de 15 de septiembre de 2020, desestimatorio del recurso de reposición, la Sala añade que conoce la STS de 26 de mayo de 2016 (recurso de casación n.º 1488/2015) que, en relación con la suspensión cautelar de la prohibición de contratar, ha declarado que existe un interés público de evidente importancia constituido por 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. Entiende, sin embargo, que dicho criterio no resulta de aplicación, pues el recurso no versa sobre la impugnación de una resolución que impone la prohibición de contratar, sino sobre una resolución sancionadora en materia de defensa de la competencia que, por aplicación de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), conlleva una prohibición de contratar. Por esa misma razón, señala, tampoco resulta trasladable la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de junio (asunto C-41/2018, *Meca*) que invoca el Abogado del Estado.

Añade la Sala de instancia que del artículo 72.2 LCSP se desprende que, en este caso, la resolución sancionadora no ha fijado la duración y alcance de la medida de la prohibición de contratar, por lo que será necesario instruir un procedimiento a tal efecto, pero ello no significa que la resolución sancionadora no contenga ya una prohibición de contratar inmediatamente ejecutiva pues, en dicho procedimiento, no será posible discutir la propia imposición de la medida. La prohibición sólo podrá eludirse mediante el pago o compromiso de pago de la multa impuesta, tal como dispone el artículo 72.5 LCSP.



En definitiva, contra lo sostenido por el Abogado del Estado, y a pesar de lo dispuesto en el artículo 72.7 LCSP (imposibilidad de iniciarse el procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar una vez transcurrido tres años desde las fechas que indica) que podría llevar a entender que la declaración de la prohibición de contratar no se produce hasta que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se pronuncia sobre su alcance y duración, entiende la Sala de instancia que la resolución sancionadora de la CNMC tiene un efecto ejecutivo que, de no suspenderse, ocasionaría perjuicios irreparables a la recurrente a la hora de presentarse a licitaciones, especialmente, en el mercado europeo.

SEGUNDO.- La preparación del recurso de casación y la cuestión que presenta interés casacional objetivo.

Como recogimos en el Auto de admisión del pasado 8 de abril de 2021, la cuestión objeto de debate, desde la perspectiva de la tutela cautelar, se concreta en aclarar si la prohibición de contratar que se contiene en la resolución sancionadora de la CNMC (por infracción de las normas de defensa de la competencia) es una medida inmediatamente ejecutiva o, por el contrario, su ejecutividad depende de la tramitación del ulterior procedimiento administrativo en el que se determina el alcance y la duración de la medida. Todo ello partiendo del artículo 72.2 LCSP según cuyo tenor: "2. La prohibición de contratar por las causas previstas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas. En el caso de que la sentencia o la resolución administrativa no contengan pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar; en los casos de la letra e) del apartado primero del artículo anterior; y en los supuestos contemplados en el apartado segundo, también del artículo anterior, el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con lo dispuesto en este artículo".

La Sala de instancia considera que se trata de una resolución inmediatamente ejecutiva que, de no suspenderse, provocaría perjuicios irreparables en la sociedad recurrente. Añade que los pronunciamientos jurisdiccionales sobre la suspensión de la prohibición de contratar no resultan de aplicación porque, en este caso, lo recurrido es una resolución sancionadora que incorpora dicha prohibición. Por su parte, el Abogado del Estado interpreta que la prohibición de contratar no es ejecutiva hasta que no se dicta la posterior resolución administrativa que fija la duración y el alcance de la medida, por lo que no procede su suspensión que, además, podría interferir en la posibilidad de tramitar el procedimiento en el plazo de tres años que establece el artículo 72.5 LCSP. Señala, además, que el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideran que la prohibición de contratar es una medida de protección del interés público, lo que debe tenerse en cuenta en la ponderación de intereses previa a la suspensión cautelar.

La cuestión suscitada no carece *manifiestamente* de interés casacional para la formación de jurisprudencia, sin perjuicio de las consecuencias que podría conllevar en este recurso de casación la resolución del pleito principal por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. En efecto, parece necesario un nuevo pronunciamiento de este Tribunal Supremo en relación con la suspensión cautelar de la prohibición de contratar; tomando especialmente en consideración si su previsión en la resolución sancionadora dictada por la CNMC implica su ejecución inmediata (aun cuando no esté determinada la duración y el alcance de dicha prohibición) o si la ejecutividad del acto resulta del procedimiento administrativo posterior ante la Junta de Consultiva de Contratación Administrativa; y la incidencia que ello pueda tener en la pieza separada de medidas cautelares.

La cuestión suscitada que presenta interés casacional objetivo para la formación de 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 núm. 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 LJCA en relación con los artículos 71.1.b) y 72 (apartados 2, 3, 5 y 7) LCSP, 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.

En los mismos términos nos habíamos pronunciado recientemente en autos de 18 de marzo de 2021 (RRCA 6372/2020 y 7659/2020), admitiendo los correspondientes recursos de casación en los que, como inmediatamente veremos, ya ha recaído sentencia de esta Sala.

TERCERO.- Los precedentes de esta Sala.

En efecto, esta Sala ya se ha pronunciado en supuestos análogos, incluso prácticamente idénticos, como son las SSTS núms.1115/2021, de 14 de septiembre (RCA 6372/2020) y 1419/2021, de 1 de diciembre (RCA 7659/2020) por lo que nos limitaremos a reiterar lo que allí se dijo.



Así, el recurso del Abogado del Estado formula sus alegaciones y pretensiones en idénticos términos a los de los RRCA 6372/2020 y 7659/2020, también interpuestos por la Abogacía del Estado contra unos autos del mismo Tribunal de instancia, que acordaron como ahora sucede la medida cautelar de suspensión del pronunciamiento de la CNMC sobre la prohibición para contratar, por lo que, por razones de unidad de criterio y seguridad jurídica, reiteramos ahora los razonamientos de la sentencias núms. 1115/2021, de 14 de septiembre y 1419/2021, de 1 de diciembre, bien entendido que tanto el auto impugnado de 15 de septiembre de 2020 como el propio recurso de casación de la Abogacía del Estado coinciden en que no se cuestiona la ponderación de intereses que realiza la Sala de instancia para justificar su decisión de suspensión del pronunciamiento de la CNMC sobre la prohibición para contratar.

CUARTO.- Sobre la ejecutividad de la prohibición para contratar.

Decíamos en nuestra inicial **STS núm. 1115/2021, de 14 de septiembre (RCA 6372/2020)** sobre la primera de las cuestiones objeto de debate en este recurso:

"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."

Y así lo reiteramos en la STS núm. 1419/2021, de 1 de diciembre (RCA 7659/2020).

QUINTO.- Sobre la posibilidad de suspender cautelarmente la decisión de la CNMC de remitir la resolución sancionadora a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado a los efectos oportunos.

Respecto de la segunda cuestión planteada en el recurso de casación, los razonamientos de la **STS núm. 1115/2021, de 14 de septiembre (RCA 6372/2020)**, fueron los siguientes:

"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."

Y así lo hemos reiterado en la siguiente STS núm. 1419/2021, de 1 de diciembre (RCA 7659/2020).

SEXO.- Sobre la doctrina jurisprudencial establecida en nuestra precedente sentencia núm. 1115/2021, de 14 de septiembre (RCA 6372/2020).

Como antes se ha dicho, el auto de admisión del presente recurso de casación plantea la cuestión de interés casacional en idénticos términos a la cuestión de interés casacional formulada en los recursos de casación núms. 6372/2020 y 7659/2020, y también en el recurso núm. 1758/2020 que se ha resuelto en esta misma sesión de deliberación, y la respuesta que entonces dio la Sala -y que ahora reiteramos dada la identidad de su planteamiento y de las alegaciones de la parte recurrente-, fue la siguiente:

"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."



Así lo acogimos igualmente en la STS núm. 1419/2021, de 1 de diciembre (RCA 7659/2020).

SÉPTIMO.- Costas.

Por todo lo expuesto procede desestimar el recurso de casación sin que, de conformidad con el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, haya lugar a imponer las costas causadas en casación al no apreciarse temeridad o mala fe, manteniéndose el pronunciamiento de los autos impugnados sobre la no imposición de costas en la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

Primero.- Reiterar, en respuesta a la cuestión de interés casacional que se formula en el auto de admisión del recurso, el criterio jurisprudencial que se expresa en el fundamento de derecho sexto de esta sentencia.

Segundo.- Declarar que no ha lugar y, por tanto, desestimar el presente recurso de casación núm. 7454/2020, interpuesto por la Abogacía del Estado en representación 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 fecha 6 de marzo de 2020, recaído en la pieza de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo núm. 358/2020 que fue confirmado posteriormente en reposición por el auto de 15 de septiembre de 2020.

Tercero.- Sin hacer expresa condena en costas.

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

Así se acuerda y firma.