

EL SUPREMO INVITA A PEDIR LA SUSPENSIÓN CAUTELAR DE LAS PROHIBICIONES PARA CONTRATAR AUNQUE NO SEAN INMEDIATAMENTE EJECUTIVAS

Acaba de publicarse la [Sentencia 1115/2021](#), de 14 de septiembre de 2021 (recurso de casación 6372/2020) en la que el Tribunal Supremo (TS) se pronuncia por vez primera sobre la posibilidad de que la Audiencia Nacional (AN) suspenda la ejecución de resoluciones sancionadoras de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), no sólo en lo relativo al pago de la sanción económica impuesta sino también en lo atinente a la prohibición para contratar.

SUSPENSIÓN CAUTELAR ACORDADA POR LA AN Y CUESTIÓN PLANTEADA AL TS

Según las resoluciones de la AN por las que se acordó la suspensión de la prohibición para contratar en el marco del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la CNMC, 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 -en referencia al tramitado ante la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) para fijar la duración y alcance de la prohibición- no será ya posible discutir la propia imposibilidad o prohibición de contratar que viene predeterminada por la resolución sancionadora"* y, por consiguiente, la AN entiende que cabe acordar su suspensión y efectivamente la acuerda.

En contra de tal pronunciamiento se alza la abogacía del Estado sosteniendo, en síntesis, que, no gozando la prohibición para contratar de ejecutividad hasta que el Ministerio de Hacienda determine su alcance y duración y la resolución correspondiente sea inscrita en el Registro Oficial de Licitadores, ésta no produce efectos hasta ese momento y no procede, por ello, acordar su suspensión. Desde esta perspectiva 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, pues no le impide acudir a las licitaciones de los contratos públicos que pudieran convocarse a partir de tal incoación.

Aspectos clave

- La STS reconoce que las prohibiciones que resultan de sanciones administrativas no son ejecutivas hasta que no se determina su duración y alcance.
- La STS reconoce la posibilidad de suspender la prohibición aunque no sea inmediatamente ejecutiva.
- La STS considera "razonable" acordar tal suspensión cuando se suspende el pago de la sanción impuesta.
- La STS asume que no es necesaria la firmeza de la sanción en vía judicial para la ejecutividad de la prohibición.

Mediante Auto de 18 de marzo de 2021 se admitió el recurso de casación así planteado, declarando que la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistía en interpretar el artículo 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), en relación con los artículos 71.1.b) y 72 (apartados 2, 3, 5 y 7) de la 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 si, por el contrario, la ejecutividad de dicha medida se produce en un momento posterior tras la tramitación del procedimiento correspondiente ante la JCCA.

NORMATIVA APLICABLE

La transposición a nuestro derecho interno del motivo de exclusión previsto en el artículo 57.4 de la Directiva 2014/24/UE fue llevada a cabo a través de la Disposición Final Novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y su entrada en vigor tuvo lugar el 22 de octubre de 2015¹. Actualmente dicha prohibición se encuentra recogida en el artículo 71.1.b) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), según el cual: "*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 de la LCSP indica que: "*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*".

Y añade que: "*En el caso de que la sentencia o la resolución administrativa no contengan pronunciamiento sobre el alcance o duración de la prohibición de contratar; (...) el alcance y duración de la prohibición deberá determinarse mediante procedimiento instruido al efecto, de conformidad con lo dispuesto en este artículo*".

El apartado 3 del artículo 72 de la LCSP determina que "*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 (...) corresponderá al Ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado*".

A efectos de poder dar cumplimiento a lo establecido en el párrafo anterior, el órgano judicial o administrativo del que emane la sentencia o resolución administrativa deberá remitir de oficio testimonio de aquella o copia de esta a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, (...)".

¹ Para más detalle acerca de las características de la prohibición para contratar regulada en nuestra normativa de contratación, nos remitimos a nuestra publicación previa sobre la materia, accesible en: <https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2019/04/antitrust-update-monografico-sobre-prohibicion-de-contratar.pdf>

Y, por último, el artículo 73.3 de la LCSP dispone 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 supuestos, los efectos se producirán desde la fecha de inscripción en el registro correspondiente".

DOCTRINA ESTABLECIDA POR EL TS

Tal y como recoge la STS, la abogacía del Estado impugna la resolución de la AN por la que se suspende la prohibición para contratar 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.

La doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación se recoge en el Fundamento Quinto de la STS, según el cual:

"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".

En definitiva, en cuanto a la primera cuestión, la ejecutividad de la prohibición para contratar cuando la CNMC no ha fijado su alcance y duración, el TS concluye que la prohibición de contratar es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias² y que la limitación solo es ejecutiva desde el momento en el que se

² *"La prohibición para contratar se supedita 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".*

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 Registro³. La STS parece dar por supuesto que la "firmeza" aludida en la LCSP es sólo la que resulta de la vía administrativa.

En cuanto a la cuestión acerca de 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, el TS -sin entrar a valorar la concreta ponderación de los intereses en conflicto- entiende que, 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 (presupuesto que en este caso es la imposición de una sanción firme por una infracción grave de falseamiento de la competencia). Y que, 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.

Además, el TS considera que en la medida en 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 consistente en falsear la competencia, suspendida la ejecutividad de la sanción es "*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.

VALORACIÓN

En definitiva, el TS entiende, al igual que lo hizo en su día la AN, que la prohibición para contratar derivada de la infracción grave declarada por la resolución sancionadora es susceptible de suspensión cautelar (sea o no ejecutiva dicha prohibición, esto es, aún en el caso de carecer de ejecutividad inmediata por no haber fijado la resolución sancionadora la duración y alcance de la prohibición).

Sin embargo, a diferencia de la AN, el TS entiende que el fundamento de tal suspensión no es que la prohibición esté dotada de "*ciertos efectos*" o de una ejecutividad relativa (que las partes afectadas suelen argumentar sobre la base de la disparidad legislativa existente en los distintos países de la UE en cuanto a la capacidad de los órganos de contratación para apreciar la concurrencia de una prohibición para contratar o en los amplios términos en los que está redactado el DEUC que debe cumplimentarse para concurrir a licitaciones de ámbito UE), sino que deriva de la posibilidad que existe de discutir en el seno del recurso contencioso-administrativo la procedencia de la prohibición declarada (indisolublemente unida a la existencia de la sanción por infracción grave por falseamiento de la competencia), posibilidad que no existe ya después en el procedimiento destinado a determinar la duración y alcance de la prohibición. De ahí que el TS considere incluso "*razonable*" su

³ "*La prohibición para contratar no es ejecutiva hasta tanto no se determine su alcance y duración. 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*".

suspensión siempre que se suspenda la ejecutividad de la sanción de multa impuesta.

Ocurre sin embargo que -más allá de la novedad que supone reconocer la posibilidad de suspender pronunciamientos que carecen de ejecutividad inmediata y de las dificultades que de ello podrían derivarse, al menos en el terreno teórico, para acreditar la concurrencia del *periculum in mora*, este pronunciamiento no resuelve los problemas que en la práctica se plantean para las empresas sancionadas, respecto de las que la prohibición para contratar carece de ejecutividad inmediata, por no haberse determinado en la resolución la duración y alcance de la limitación derivada de la declaración de infracción pero que (i) o bien no piden (ii) o bien no se les concede la suspensión cautelar de la ejecutividad de la sanción o multa impuesta.

No cabe duda de que el TS entiende que también en esos casos cabrá la suspensión cautelar, pero no entra a pronunciarse acerca de cuándo entiende que concurren los intereses que justificarían dicha suspensión, por lo que habrá de ser la AN quien en cada caso pondere el *periculum in mora* derivado de la falta de suspensión. Y, en relación con ello, la AN parece tener claro que, en la medida en que cualquier órgano de contratación puede decidir excluir a la empresa afectada de una determinada licitación -a falta de dicha resolución judicial declarativa de la suspensión- la adopción de la medida cautelar está justificada, lo que en definitiva no deja de ser un reconocimiento a que la prohibición para contratar así declarada, sí que produce "*ciertos efectos*".

Por otra parte, aunque no era objeto de la cuestión planteada, otro punto importante de la STS es que parece asumir que la firmeza de la sanción, sin la cual no cabe imponer la prohibición de contratar, se entiende como firmeza en vía administrativa, pues sobre esa base se articula todo el planteamiento que, si no, carecería de sentido. Esa presunción es también muy llamativa, porque las sanciones de la CNMC son siempre firmes en vía administrativa, por definición, y en tal caso carecería de todo sentido la coetilla de "firme" para la prohibición de contratar por infracciones en materia de competencia que se recoge en la LSCP.

Están aún pendientes de resolver otros recursos de casación planteados sobre esta misma materia, habremos de esperar a ver si el TS confirma, matiza o altera de algún modo este primer pronunciamiento sobre la cuestión.

CONTACTOS



Jaime Almenar
Socio

T +34 91 590 4148
E jaimе.almenar@cliffordchance.com



Clara Alcaraz
Abogada

T +34 91 590 9498
E clara.alcaraz@cliffordchance.com



Belén Irissarry
Abogada

T +34 91 590 7519
E belen.irissarry@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana, 110
28046 Madrid, Spain

© Clifford Chance 2021

Clifford Chance S.L.P.

Abu Dhabi • Amsterdam • Bangkok •
Barcelona • Beijing • Brussels • Bucharest •
Casablanca • Doha • Dubai • Düsseldorf •
Frankfurt • Hong Kong • Istanbul • Jakarta* •
London • Luxembourg • Madrid • Milan •
Moscow • Munich • New York • Paris • Perth •
Prague • Rome • São Paulo • Seoul •
Shanghai • Singapore • Sydney • Tokyo •
Warsaw • Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with
Clifford Chance.

Clifford Chance has a co-operation agreement
with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm
in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship
with Redcliffe Partners in Ukraine.