



Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados

2021 N.º 137

Suspensión cautelar de la prohibición para contratar en el ámbito de defensa de la competencia y ejecutividad de la sanción

Una reciente Sentencia del Tribunal Supremo se pronuncia sobre la ejecutividad de la prohibición de contratar derivada de la comisión de una infracción grave en materia de competencia y sobre la posibilidad de 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.

De entre los diversos requisitos para contratar con la Administración, o con cualquier entidad del Sector Público, la legislación vigente exige no estar incurso en ninguna de las denominadas prohibiciones para contratar, supuestos de hecho tipificados cuyo concurso **inhabilita para licitar** con el sector público. Ahora bien, no todas las prohibiciones para contratar son iguales y su duración y eficacia depende de diversos factores, no sólo de la gravedad de la infracción que sancionen, sino también de su configuración legal. Existen así algunas prohibiciones para contratar cuya **apreciación lo es de oficio** por la Administración, mientras que otras precisan de una **declaración expresa al respecto**. Lo mismo ocurre con el momento en que la prohibición en cuestión puede y debe ser tomada en consideración. De este modo, mientras que la declaración de concurso o de insolvencia en un procedimiento opera de **forma**

automática, y debe ser apreciada por el órgano de contratación, otras precisan de una **declaración previa y expresa al efecto**, sin la cual, la prohibición no opera.

Cuál sea la manera en la que se aprecia la existencia de una prohibición para contratar es una cuestión relevante en la medida en la que, cuando para su reconocimiento es precisa la tramitación de un procedimiento al efecto, la operatividad del mismo, su curso, y la declaración que le pone fin inciden de manera determinante en la posibilidad – o no - de contratar con la Administración.

La reciente Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección 3ª – del Tribunal Supremo número 3366/2021, de 14 de septiembre de 2021, aborda una interesante cuestión relativa a la operatividad y vigencia

de la prohibición para contratar anudada a la imposición de una multa por la comisión de una infracción grave en materia de competencia.

El asunto del que trae causa deriva de la imposición, por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante CNMC), de una multa a varias empresas de transporte escolar por vulnerar la disciplina vigente en materia de competencia¹. La resolución de la CNMC (de 20 de junio de 2019 en la que se imponía una multa y una prohibición para contratar con la Administración) fue objeto de impugnación – primero en reposición y después en vía contencioso administrativa-.

La Audiencia Nacional acordó la suspensión cautelar de la ejecución de la resolución de la CNMC, y por tanto de la multa y de la prohibición para contratar, condicionada a aportar garantía o aval bancario.

La cuestión que el Tribunal Supremo reconoce como de interés casacional es si **cabe la suspensión cautelar de una prohibición para contratar en el ámbito de la defensa de la competencia**.

Es decir, ¿la resolución sancionadora de la CNMC en materia de competencia tiene ejecutividad inmediata o está supeditada a la tramitación del procedimiento correspondiente ante la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado?²

La posición de la **Abogacía del Estado** en el pleito es la de considerar que las prohibiciones para contratar vinculadas a resoluciones sancionadoras por infracciones graves en materia de falseamiento de la competencia son **ejecutivas** de acuerdo con el artículo 71.1.b) Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público³ (en adelante LCSP), así como de conformidad con los apartados 2 y 3 del

¹ 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

² El Auto de admisión del recurso de casación identificó como cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia la consistente 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.

³ No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la 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 profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; (...).

artículo 73 LCSP⁴ y considera que la sala de instancia mezcla dos conceptos: la **firmeza de la resolución sancionadora** y la **ejecutividad de la prohibición para contratar**.

Considera que la prohibición para contratar está anudada *ope legis* a determinadas sanciones en materia de defensa de la competencia y que la necesidad de procedimiento ante la JCCA lo es para fijar el alcance y duración de la referida prohibición. Es decir, que la **resolución sancionadora tiene carácter ejecutivo**⁵ y que la remisión de la sanción al órgano competente para determinar su alcance y duración no puede ser suspendida cautelarmente.

Planteado el recurso se cuestionan, por tanto, esas dos circunstancias, es decir, por un lado, la **ejecutividad de la prohibición para contratar** cuando la resolución administrativa no fija su duración y alcance porque su fijación se remite a un momento y procedimiento posterior 1. y

por otro si cabe la posibilidad de suspender cautelarmente el procedimiento de determinación de su alcance y duración 2.

1. En relación con la primera cuestión, el FJ3^a de la STS 3366/2021 recuerda que de acuerdo con el artículo 71.1.b) LCSP no podrán contratar con la administración las personas sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia; así como que, de conformidad con el artículo 72.2 LCSP, aun cuando la prohibición para contratar se establece en la resolución sancionadora, el alcance y la duración de la misma se puede establecer bien en la propia resolución, bien mediante procedimiento instruido al efecto, que de acuerdo con el artículo 72.3 corresponderá al Ministro de Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

⁴ Artículo 73.2. 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.

Los órganos de contratación del ámbito de las Comunidades Autónomas, de las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla o de las entidades locales situadas en su territorio notificarán la prohibición de contratar a los Registros de Licitadores de las Comunidades Autónomas correspondientes, o si no existieran, al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público.

La inscripción de la prohibición de contratar en el Registro de Licitadores correspondiente caducará pasados 3 meses desde que termine su duración, debiendo procederse de oficio a su cancelación en dicho Registro tras el citado plazo.

Artículo 73.3. 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.

No obstante lo anterior, en los supuestos previstos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo 71 en los casos en que los efectos de la prohibición de contratar se produzcan desde la inscripción en el correspondiente registro, podrán adoptarse, en su caso, por parte del órgano competente para resolver el procedimiento de determinación del alcance y duración de la prohibición, de oficio, o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera adoptarse.

⁵ Afirma, con apoyo en el artículo 72.5 LCSP, que el hecho de que la resolución administrativa no se pronuncie sobre la duración y alcance de la medida no excluye que la prohibición para contratar sea inmediatamente ejecutiva, pues en el procedimiento ante la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado no se puede discutir la propia prohibición.

De conformidad con estas previsiones legales, el Tribunal Supremo considera que el distinto momento en el que se especifica el alcance y duración de la prohibición para contratar tiene **importancia decisiva** para determinar el comienzo de sus efectos, y con ello, para apreciar su **efectividad**, que **no puede reconocerse antes de la fijación de la duración y alcance**. En definitiva, la prohibición para contratar es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave, pero **sólo ejecutiva cuando se concreta su alcance y duración y tiene lugar su inscripción**⁶.

2. En relación con la segunda cuestión, esto es, ¿puede suspenderse cautelarmente la “remisión” o la **resolución sancionadora** que no determina o concreta la duración y alcance?

Considera el Alto Tribunal que la resolución sancionadora declara la prohibición para contratar, es decir, **tiene eficacia declarativa**, supeditando su ejecutividad al momento de determinación del alcance y la duración de la prohibición, que puede tener lugar en la misma resolución o bien remitirse a un momento posterior supeditado a la tramitación

del oportuno procedimiento a tal fin.

Entonces ¿puede un órgano judicial emitir un pronunciamiento de **tutela cautelar** respecto de la decisión administrativa que adopta la prohibición para contratar y acuerda remisión del testimonio para que se fije el alcance y duración de aquélla?

El Tribunal Supremo concluye que, aun cuando la limitación impuesta por la resolución sancionadora que establece una prohibición de contratar, pero difiere la fijación de su alcance y duración a un procedimiento posterior, no es inmediatamente ejecutiva y no puede ser aplicada, **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 adopción⁷.

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.

⁶ 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.

⁷ Considera así que a pesar de no ser ejecutiva la prohibición de contratar y de parecer que la 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, 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.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S. L. P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S. L. P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

©Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S. L. P.