



Roj: **STS 1259/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1259**

Id Cendoj: **28079130032022100073**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **28/03/2022**

Nº de Recurso: **1758/2020**

Nº de Resolución: **377/2022**

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

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **ATS 5091/2021,**
AAN 3414/2019,
STS 1259/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 377/2022

Fecha de sentencia: 28/03/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1758/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/03/2022

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.: 1758/2020

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. 377/2022

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 28 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1758/2020 interpuesto por el procurador de los tribunales don Ramón Rodríguez Nogueira en nombre y representación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la asistencia de la letrada doña María Ángeles Rodríguez Paraja, contra el Auto de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 22 de octubre de 2019, dictada en la pieza separa de medidas cautelares del recurso contencioso-administrativo nº 928/2019, por el que se desestima el recurso de reposición contra el auto de 16 de julio de 2019, por el que se acordó la suspensión de la **resolución** de la CNMC, de 14 de marzo de 2019, dictada en el expediente S/DC/0598/2016 Electrificación y electromecánica ferroviarias, incluida la **prohibición de contratar**; todo ello condicionado a que por la sociedad recurrente Elecnor se aporte garantía en forma de aval bancario u otra admisible en derecho por el importe de la **sanción** impuesta.

Ha sido parte recurrida la mercantil Elecnor S.A., representada por el procurador de los tribunales don Ignacio Aguilar Fernández, con la asistencia de los letrados don Andrew Ward y doña María López Ridruejo.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. 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 22 de octubre de 2019, dictado en la pieza de medidas cautelares del recurso nº 928/2019, por el que se desestima el recurso de reposición contra el Auto de 16 de julio de 2019.

En dichas **resoluciones** la Audiencia Nacional acordó la suspensión de la ejecución de la **resolución** de 14 de marzo de 2019 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), dictada en el expediente/DC/0598/2016 "Electrificación y electromecánica ferroviarias", en la que se considera a Elecnor responsable de tres infracciones del art. 1 de la Ley 15/2007 y se le imponen tres **sanciones** pecuniarias por importe total de 20.350.000 euros 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**. La suspensión acordada, 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 29 de abril 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) 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. La CNMC 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 **resolución** no puede ser otra que la que en cada caso establece el **alcance** y **duración** de la **prohibición de contratar** y se inscriba en el Registro.

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 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**.

También plantea el auto impugnado el problema de si la firmeza de la **resolución** sancionadora solo ha de entenderse producida cuando exista sentencia **judicial** firme, destacando en este sentido que los supuestos contemplados en la letra a) del artículo 71.1 de la **LCSP**, al tratarse de delitos, requieren para su firmeza una sentencia con tales características.

A este respecto, procede indicar que la **ejecutividad** de las **resoluciones** administrativas no se **suspende** por la interposición de recursos contra las mismas, ni administrativos, ni contencioso-administrativos (artículo 98 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre). La única excepción a esta regla es la concerniente a las **sanciones** administrativas, las cuales han de ser firmes en vía **administrativa** para ser **ejecutivas**, según establece el artículo 98.1.b) de la Ley. Siendo ello así, no existe motivo para entender que la "firmeza" de las **resoluciones** sancionadoras a las que se refiere el artículo 71.1.b) de la **LCSP** haya de ser firmeza en vía **judicial**: esas **resoluciones** sancionadoras, siendo firmes en vía **administrativa**, son **ejecutivas** y despliegan todos sus efectos, entre los que se encuentra, en este caso particular, la comunicación a la JCCPE de la propia **sanción** a los efectos de determinar la **duración** y **alcance** de la **prohibición de contratar** que supone.

También apoya esta tesis la citada Sentencia Meca, dado que afirma que la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero, 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**.

Si se entiende conforme al artículo 72.5 de la **LCSP** (que transpone el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE) que la valoración de la fiabilidad del licitante en España se dirime precisamente en el procedimiento ad hoc ante el Ministerio de Hacienda, sin que pueda el poder adjudicador aceptar a un licitador sobre el que



se ha impuesto una **prohibición** de **contratar**, se debe interpretar que no es la **resolución** de la que emana la **prohibición** de **contratar** la que se debe suspender, pues dicha suspensión no debe influir en la valoración que haga el Ministerio de Hacienda en el procedimiento al efecto, como órgano encargado de valorar las circunstancias del artículo 72.5 en España.

Es claro que, con independencia de las especificidades del ordenamiento jurídico italiano respecto del español, la Sentencia citada apoya inequívocamente dos principios esenciales en este litigio: de una parte, el principio de **ejecutividad** de los actos administrativos y la consecuente interpretación de la firmeza como **administrativa** y no como **judicial** para poder apreciar la **prohibición** de **contratar** y, de otra parte, la naturaleza de la **prohibición** de **contratar** como mecanismo de honorabilidad, a efectos de posibilitar que los poderes adjudicadores no se vean obligados a **contratar** con quienes han sido sancionados con carácter firme en vía **administrativa** por infracciones muy graves en materia de competencia.

También se indica en el auto de 22 de octubre de 2019 que, en el caso de que se entendiera que es suficiente la firmeza en vía **administrativa** para que pueda desplegar sus efectos la **prohibición** de **contratar**, "podría fijarse tal **prohibición** de **contratar** antes de que el órgano **judicial** se pronunciase sobre la legalidad de la **resolución** sancionadora que ha apreciado una infracción de competencia determinante de tal **prohibición** en clara vulneración de su presunción de inocencia". Aquí debe señalarse lo siguiente: en primer lugar, nos movemos en el terreno de la hipótesis, tomando en consideración los tiempos en que pueden sustanciarse el o los procedimientos. Lo cierto es que los efectos en el caso de autos no se producen hasta que el Ministerio de Hacienda fija la **duración** y **alcance**. Cabe reiterar que el artículo 73.3 de la **LCSP**, ya citado, distingue claramente aquellos supuestos en los que los efectos se producen desde la **resolución** o sentencia firme de aquellos en los que se produce en la fecha de inscripción en el registro **correspondiente**.

Al respecto, del literal del artículo se concluye que para que una **resolución administrativa** pueda producir efectos tiene que haberse pronunciado sobre el **alcance** y **duración** de la **prohibición**. Por ello, no se puede entender que los efectos de la **prohibición** de **contratar** se agoten antes de la sentencia, como señalan los autos, porque es necesario para el nacimiento de los mismos que exista una **resolución** que fije **alcance** y **duración**, competencia del Ministerio de Hacienda, que podrá ser recurrida por la vía **correspondiente** solicitando su suspensión cautelar. Si los efectos no han nacido, no cabe que exista indefensión o perjuicio irreparable en caso de no suspenderse el pronunciamiento sobre la **prohibición** de **contratar**, ya que hasta la existencia de la **resolución** que fije **duración** y **alcance** por parte del Ministerio de Hacienda ningún poder adjudicador puede apreciar o ejecutar una **prohibición** de **contratar**, **resolución** frente a la cual se podrán desplegar -se reitera- los mecanismos de defensa **correspondientes**. Consecuentemente, ELEC NOR no puede verse impedida de **contratar** con ninguna administración pública hasta la existencia de dicha **resolución administrativa** que despliegue estos efectos.

Como conclusión, las **prohibiciones** de **contratar** derivadas de la aplicación de lo señalado en el artículo 71.1.b) no son **ejecutivas** por la simple imposición de la **sanción** por el órgano competente, cuando en la misma no se establece su **alcance** y **duración**; siendo preciso en estos casos que por el Ministerio de Hacienda se dicte **resolución** por lo que se determinen tales extremos y que esta **resolución** sea inscrita en el ROLE CSP, momento a partir del cual la **prohibición** comenzará a producir efectos.

Y respecto a la doctrina sentada por esta Sala por sentencia de 26 de mayo de 2016 (STS 1188/2016) considera que se trata de un supuesto diferente. En nuestro caso la **prohibición** de **contratar** nace como consecuencia de la imposición de una **sanción** en materia de falseamiento de la competencia. Es decir, se encuentra en un estadio previo al contemplado en la Sentencia referida, dado que, mediante la suspensión cautelar de la **resolución** de la CNMC, se ha privado al Ministerio de Hacienda de iniciar el procedimiento para fijar la **duración** y **alcance**, esto es, de ejercitar la competencia que le otorga el artículo 72.3 como órgano que declara la **prohibición** de **contratar** en los supuestos en que es "necesaria una declaración previa sobre la concurrencia de la **prohibición**" (72.5 **LCSP**).

La **resolución** sancionadora de la CNMC de 14 de marzo de 2019 contiene dos pronunciamientos que tienen carácter ejecutivo. El primero de ellos es la **sanción** pecuniaria impuesta a ELEC NOR. Respecto de esta **sanción** no se discute la decisión de la Sala consistente en suspender su ejecución. El segundo pronunciamiento ejecutivo consiste en la remisión a la JCCPE de testimonio de la **resolución** sancionadora. Tal pronunciamiento no puede ser objeto de suspensión, dado que su ejecución no puede hacer perder su finalidad legítima al recurso. Y es que es la simple remisión del testimonio de la **resolución** sancionadora, constituye un mero mandato legal dirigido al órgano administrativo autor de dicha **resolución**, no tiene efecto de ningún tipo sobre la situación jurídica del sancionado, toda vez que no se le impide acudir a las licitaciones de los contratos públicos que pudieran convocarse a partir de tal remisión.



Siendo la condición necesaria en todo caso para la adopción de la medida cautelar que la ejecución del acto haga perder al recurso su finalidad legítima, resulta evidente que, en nuestro caso, la ponderación de los intereses en conflicto carece de toda relevancia: sean cuales sean esos intereses y la importancia relativa de unos y otros, la medida cautelar no puede concederse, pues la finalidad legítima del recurso no se encuentra amenazada. Sólo cuando por el Ministro de Hacienda se fije el **alcance** y **duración** de la **prohibición**, podrá determinarse si su ejecución priva al recurso de su finalidad legítima, por ser sus efectos irreversibles, o si no es así, por poder ser dichos efectos reparados mediante una compensación económica (la sentencia de esa Excm. Sala 1188/2016, de 26 de mayo, consideró que la inmediata ejecución de una **prohibición de contratar** de un año de **duración**, no privaba al recurso de su finalidad legítima, al entender que los perjuicios económicos siempre serían susceptibles de una compensación económica). Será en ese momento cuando podrán ponderarse adecuadamente los intereses en conflicto.

Por ello se solicita de este Tribunal que fije doctrina sobre los extremos siguientes:

- Que la parte dispositiva de las **resoluciones** de la CNMC por la que se acuerda remitir a la JCCPE, de acuerdo con el artículo 72.3 de la **LCSP**, el testimonio de la **resolución** que impone **sanciones** por la comisión de infracciones graves y muy graves en materia de falseamiento de la competencia, no pueden ser suspendidas dado que las **prohibiciones de contratar** previstas en el artículo 71.1.b) de la **LCSP** cuya **duración** y **alcance** no vengan fijadas en la propia **resolución** sancionadora sólo 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 y muy graves en materia de falseamiento de la competencia.

Y solicita que se declare que los autos impugnados 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 de la **resolución** de la CNMC de 14 de marzo de 2019, en la parte que acuerda remitir a la JCCPE testimonio de la **resolución** sancionadora.

CUARTO. El representante legal de Elecnor SA se puso al recurso de casación.

La **resolución** que pone fin a la vía **administrativa** es inmediatamente **ejecutiva** desde el momento en que se ha dictado, de forma que comienza a desplegar todos sus efectos desde dicha fecha, efectos que comprenden, entre otros:

por un lado, la declaración de acreditación de tres infracciones muy graves de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE, con las **correspondientes sanciones** monetarias impuestas a ELECNOR; y,

por otro lado, la declaración de la concurrencia de la **prohibición de contratar**, que es inmediatamente **ejecutiva** sin perjuicio de la posterior determinación de su **alcance** y **duración**, a cuyos efectos se da traslado a la JCCPE.

Desde el mismo momento en que se ha dictado y notificado la **Resolución** ya contiene una **prohibición de contratar** que resulta **ejecutiva**. Confunde en este punto la CNMC que el objeto del recurso no se dirige a cuestionar el **alcance** y **duración** de la **prohibición de contratar**, sino a impugnar, por no compartir la declaración de infracción, la propia **Resolución** de la CNMC que declara la concurrencia de esta **prohibición de contratar**, con todos los efectos que dicha **Resolución** lleva aparejados, siendo uno de ellos el traslado a la JCCPE, presupuesto para la eventual fijación de **alcance** y **duración** referida por la CNMC.

Como acertadamente manifiesta el Auto de la Audiencia Nacional de 16 de julio de 2019, "el hecho de que la **duración** y **alcance** quede diferido a ese procedimiento posterior no significa que la **resolución** no contenga ya una **prohibición de contratar**, inmediatamente **ejecutiva** al margen de su concreción posterior", consideración posteriormente reiterada en la **resolución** recurrida, al manifestar que en el procedimiento ante la JCCPE "no será ya posible discutir la propia imposibilidad o **prohibición de contratar** que viene predeterminada por la **resolución** sancionadora", pues ese procedimiento versará exclusivamente sobre su **alcance** y **duración**.

Esto viene reforzado además por la propia literalidad de los artículos 72.2, 72.3 y 72.5 de la **LCSP**, que, al regular las **prohibiciones de contratar** con la administración pública, diferencia dos momentos: (i) la declaración de la concurrencia de la **prohibición de contratar** y (ii) la determinación de su **alcance** y **duración**.

La CNMC yerra al afirmar que "no se puede entender que los efectos de la **prohibición de contratar** se agoten antes de la sentencia, como señalan los autos, porque es necesario para el nacimiento de los mismos que exista una **resolución** que fije **alcance** y **duración**" ya que lo cierto es que concurren efectos evidentes incluso antes de que dicha **resolución** posterior sea adoptada, efectos que han sido deliberadamente obviados por la CNMC.

Por otra parte, argumenta que acoger la tesis de la CNMC podría causar indefensión a Elecnor.



La CNMC parece ignorar que se trata dos procedimientos con un objeto sustancialmente distinto y en los que se ventilan pretensiones diferentes; por un lado, un procedimiento en el que se determina la concurrencia o no de una infracción muy grave de los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE y se declara la **prohibición de contratar** (que compete a la CNMC y, en caso de recurso frente a la **resolución** final, a la Audiencia Nacional) y, por otro lado, un procedimiento posterior derivado del anterior, que no tiene por objetivo imponer la **prohibición de contratar** (que ya ha sido declarada), sino determinar la **duración y alcance** de la misma.

En la revisión jurisdiccional del primero de los procedimientos, ELECNOR tiene la oportunidad de cuestionar la propia concurrencia de la **prohibición de contratar**, y la competencia de la CNMC para imponer dicha **prohibición**, pudiendo incluso llegar a excluir su aplicación en caso de lograr la nulidad de la **Resolución**. El segundo procedimiento, en cambio, parte de la premisa de una declaración de infracción de la normativa de competencia y de la concurrencia de la **prohibición de contratar**, que es precisamente lo que justificaría la posterior determinación del **alcance y duración** de esta medida, sin que pueda tener ELECNOR en el marco del mismo la posibilidad de cuestionar la declaración de infracción.

La incoación de ese segundo procedimiento prejuzgaría, de hecho, la culpabilidad de ELECNOR, en clara vulneración de su derecho a la presunción de inocencia (artículo 24 CE) toda vez que podría llegar a adoptarse una **resolución** que concretase el **alcance y duración** de la **prohibición** y, posteriormente, la **Resolución** de la CNMC que declara la **prohibición** fuese anulada en vía **judicial**. Existe así un riesgo de **resoluciones** contradictorias que, de llegar a materializarse, causaría sin duda un grave perjuicio a ELECNOR, en línea con lo que dispone el Auto de concesión de la medida cautelar.

La doctrina sentada por esta Ilma. sala en su sentencia de 26 de mayo de 2016 (rec. núm. 1488/2015) no resulta directamente trasladable al presente asunto. En dicha sentencia se examinaba la conformidad a derecho de un Auto de la Audiencia Nacional que estimaba la medida cautelar solicitada por la recurrente tendente a la suspensión cautelar de una **resolución** del Ministerio de Hacienda imponiendo una **prohibición de contratar** por falseamiento de una declaración presentada en el marco de su solicitud de clasificación, al apreciar la irreversibilidad del daño que la inmediata ejecución de la **prohibición** podía entrañar para la entidad recurrente. Las conclusiones alcanzadas en el citado pronunciamiento no resultan de directa aplicación al presente asunto, toda vez que este recurso no versa sobre la impugnación de una **resolución administrativa** que impone una **prohibición de contratar**, determinando la **duración y alcance** de la misma, sino sobre una **resolución** sancionadora en materia de competencia que, por aplicación de lo establecido en la **LCSP**, conlleva una **prohibición de contratar** directamente **ejecutiva**.

A diferencia de lo que sostiene esta Ilma. Sala en la sentencia de 26 de mayo de 2016, los perjuicios económicos sufridos por ELECNOR de denegarse la medida cautelar solicitada no serían susceptibles de una reparación adecuada y en tiempo oportuno, pues ello exigiría el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial que se prolongaría durante varios años y que no permitiría revertir el más que probable cierre de la empresa o de alguna de sus divisiones, dependientes en su práctica totalidad de la contratación pública.

La doctrina del TJUE en el asunto meca (C-41/18) tampoco resulta aplicable al presente caso. Basta una simple lectura de dicha sentencia para comprobar que dicho pronunciamiento no resulta trasladable al caso que nos ocupa, toda vez que (i) se refiere a la interpretación de la normativa italiana de contratación a la vista de la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero ("Directiva de Contratación Pública"), muy distinta de la normativa nacional aplicable al presente asunto, y (ii) no versa sobre una **prohibición de contratar** por infracción de la normativa de competencia, sino que se refiere a los efectos de la impugnación en vía **judicial** de la decisión de resolver un contrato público en un nuevo procedimiento de contratación.

En cualquier caso, y al margen de cuestionar que dicha sentencia no resulta aplicable al presente asunto, ELECNOR considera que tampoco las conclusiones extraídas son trasladables al presente procedimiento, pues ELECNOR no ha discutido en ningún momento del mismo cuál debe ser la valoración que haga el Ministerio de Hacienda; al contrario, ELECNOR ha impugnado la **Resolución** porque entiende que no se debió imponer la **prohibición** en primer lugar y que, por ende, no se requiere ningún pronunciamiento de dicho Ministerio.

QUINTO. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 22 de marzo de 2022, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia interpone recurso de casación contra los Autos de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 16 de julio de 2019 y 22 de octubre de 2019, dictados en la pieza de medidas cautelares del recurso nº 928/2019, por los que



se acordó la suspensión de la ejecución de la **resolución** de 14 de marzo de 2019 del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), dictada en el expediente /DC/0598/2016 "Electrificación y electromecánica ferroviarias", en la que se considera a Elecnor responsable de tres infracciones del art. 1 de la Ley 15/2007 y se le imponen tres **sanciones** pecuniarias por importe total de 20.350.000 euros 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**. La suspensión acordada, incluida la **prohibición** de **contratar**, condicionada a que la sociedad recurrente aportase garantía en forma de aval bancario u otra admisión en derecho.

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 y la remisión a la Junta Consultiva de Contratación pública a fin de que determinase la **duración** y **alcance** de la **prohibición** de **contratar**.

La **resolución judicial** ahora impugnada consideró que "el hecho de que la **duración** y **alcance** quede diferido a ese procedimiento posterior no significa que la **resolución** con contenga ya una **prohibición** de **contratar**, inmediatamente **ejecutiva** al margen de su concreción posterior".

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.

Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre ambas cuestiones en SSTs 1115/2021, de 14 de septiembre (rec. 6372/2020) y nº 1419/2021, de 1 de diciembre (rec. 7659/2020) por lo que debemos remitirnos a lo ya argumentado en dichas sentencias.

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 remitido 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.

La solución alcanzada en dichos recursos y la doctrina fijada en las sentencias resulta por entero aplicable al caso que nos ocupa y que determina la desestimación del recurso.

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 la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, contra el Auto de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de 22 de octubre de 2019, dictado en la pieza de medidas cautelares del recurso nº 928/2019, por el que se desestima el recurso de reposición contra el Auto de 16 de julio 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.