

Nº 28
Cuarto trimestre 2021

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

Gabilex
Nº 28
Diciembre 2021
<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha

Número 28. Diciembre 2021

Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo Blanch

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.
Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

COMITÉ CIENTÍFICO



D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local

D. Jordi Gimeno Bevia

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED.



D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

El Consejo de Redacción.....	12
------------------------------	----

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN NOCIVA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL CASO STRAWBERRY

D ^a Ana María Valero Heredia.....	23
--	----

LAS CONDUCTAS COLUSORIAS DE LOS LICITADORES Y SU CONTROL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

D ^a Irene Montagud Grau.....	69
---	----

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y SUS PECULIARIDADES EN EL ÁMBITO LOCAL

D. José Manuel Bejarano Lucas.....	149
------------------------------------	-----

CONSULTAS PRELIMINARES PARA UNA CONTRATACIÓN ESTRATÉGICA, EFICIENTE Y RESPONSABLE

D ^a . Victoria Barbi Martínez	205
--	-----



**SECCIÓN INTERNACIONAL COORDINADA POR
JAIME PINTOS SANTIAGO**

CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL NUEVO ABOGADO
PÚBLICO DEL SIGLO XXI
D^a Mónica Antinarelli
D. Elcio Nacur Rezende.....327

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

FINALIZACIÓN DE LA EFICACIA DE LA PROHIBICIÓN DE
CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO EN LOS
SUPUESTOS DE REVISIÓN
D. Jaime Pintos Santiago
D. Roberto Carrodegas Méndez.....365

NULIDAD DE CONDICIÓN ESPECIAL DE EJECUCIÓN DEL
CONTRATO RELATIVA A CRITERIOS LINGÜÍSTICOS
D. Jaime Pintos Santiago
D. Roberto Carrodegas Méndez.....375

BASES DE PUBLICACIÓN 386



EDITORIAL

IV Jornadas de la Revista Gabilex, Toledo 4 y 5 de noviembre de 2021.

Las jornadas han hecho honor a la vocación de una buena revista jurídica, repasando las principales cuestiones de actualidad en distintos ámbitos del derecho. Son un fiel reflejo del trabajo de los Servicios Jurídicos autonómicos que, muchas veces, tienen que "tocar todos los palos" en su quehacer.

El presente resumen no da cuenta de las aportaciones y explicaciones de los ponentes que pudimos seguir los asistentes a las jornadas, pero sí recoge unos apuntes de lo que se abordó en las respectivas ponencias con enlaces a algunas sentencias citadas, con objeto de poder profundizar en su estudio.

En algún caso se añaden novedades producidas con posterioridad a las ponencias.

4 de noviembre de 2021

Primera ponencia: JURISPRUDENCIA ACTUALIZADA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO.

Vicente Magro Servet, Magistrado Sala II del T. Supremo.

Hizo un repaso exhaustivo de las últimas sentencias dictadas por el TS en la materia, con la correspondiente explicación del magistrado.

Exigencia de denuncia en delitos contra la intimidad se puede convalidar con la presencia y declaraciones de la



víctima en el proceso. Asunto de La Manada STS 693/2020.

Impago de pensiones como violencia económica. STS 239/2021.

Acoso ilegítimo o Stalking, el TS fija 13 reglas para apreciar su concurrencia. STS 599/2021 (FJ 1 in fine).

Abecedario del maltrato habitual, el TS fija 27 reglas para apreciar la concurrencia del delito. STS 684/2021.

Victim impact statements, o declaración de impacto de la víctima, que puede tener importancia para el cálculo de la responsabilidad civil. STS 695/2020 (FJ 2).

Declaración progresiva de la víctima. La persistencia en la declaración de la víctima permite salvar contradicciones en sus declaraciones. STS 695/2020.

Segunda ponencia: EL CONTRATO DE INTERINIDAD EN EL ÁMBITO PÚBLICO.

Francisco Ramos Moragues, Profesor Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia.

El ponente hizo un repaso a la figura de la interinidad laboral (art. 15.1-c) TRLET y RD.2720/1998). Desde muy pronto se admitió la interinidad no sólo para sustituir a un trabajador con derecho de reserva, sino también para ocupar una vacante mientras dure el proceso de selección o provisión SSTS Contencioso administrativo rec. 140/1995 y rec. 76/1999.

También explicó la diferencia entre las sustituciones directas e indirectas, y que están, igualmente, admitidas por la jurisprudencia.

Dejando aparte el momento de nacimiento de la relación, el ponente explicó que la problemática mayor se produce respecto de la duración del contrato y los efectos de la terminación. Comenzó con un repaso de los vaivenes en materia de derecho a la indemnización, derivados de las sentencias De Diego Porrás I, STJUE de 14.09.2016



(asunto C-596/14) y De Diego Porras II, STJUE de 21.11.2018 (asunto C-619/17).

Trató la pregunta de cuánto duran los procesos de selección o provisión en la Administración. Situación actual derivada de la STJUE IMIDRA de 3.06.21 (asunto C-726/19). Y recepción de esta por el Supremo en la STS 649/2021.

Finalmente, planteó la difícil situación de los trabajadores afectados por un rescate o por una cesión ilegal. En ambos casos hay un personal que tiene que integrarse en la Administración sin que esté claro el régimen en que deba hacerlo. Para el ponente parece claro que debe respetarse la regla de prohibición de modificar in peius la situación del personal, y dijo que está tratado en la STJUE Correira Moreira de 13.06.2019 (asunto C-317/18).

También dio cuenta de que estas cuestiones siguen planteando dudas con la cita de una cuestión prejudicial elevada desde un Juzgado de lo Social de Barcelona de la que da cuenta el prof. Ignasi Beltrán en su blog, en la que se plantea la interesante cuestión de si el indefinido no fijo sigue siendo trabajador de duración determinada según el derecho comunitario (asunto C-464/21).

ÚLTIMA HORA: Al ritmo frenético que va el derecho hoy en día, es necesario dejar constancia de dos sentencias del Tribunal Supremo que afectan al problema de los interinos en el sector público. Una de la Sala de lo contencioso-administrativo relativa al derecho a la indemnización por cese STS de 15 de noviembre de 2021 RCA 6103/2018. Otra de la Sala de lo social en relación a la pretensión de fijeza de aprobados sin plaza STS de 16 de noviembre de 2021, número 1112/2021, CUD 3245/2019.



Tercera ponencia: LOS CANALES DE DENUNCIA A RAIZ DE LA DIRECTIVA (UE) 2019/1937 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A LA PROTECCIÓN DELAS PERSONAS QUE INFORMEN SOBRE INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA UNIÓN.

José Luis Piñar Mañas, Catedrático de Derecho Administrativo de las Universidades de Castilla-La Mancha y S. Pablo CEU (excedente).

La Directiva se concibe como un instrumento de lucha contra la corrupción (whistleblowers).

Plazo de trasposición, art. 26: 17.12.2021

Hay un borrador entregado al Ministerio que elaboró la Comisión General de codificación. El ponente no pudo dar cuenta del borrador por el deber de confidencialidad. Tres canales de alerta: interna, externa; pública. Tienen que ser efectivos, confidenciales y seguros (Cdo 3).

Interno: obligación de las AAPP de establecer el canal con los requisitos que marca la Directiva.

Externo: necesidad de una autoridad independiente.

Revelación pública: vía subsidiaria.

Algunas CCAA están adaptando su normativa a la Directiva, en la medida de sus posibilidades. Así se hizo referencia a Baleares, por ejemplo, que tiene una Ley 16/2016 de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears, en la que dispone que se aprobará por parte de la Oficina un protocolo de actuación que garantice la protección y la salvaguarda de los derechos de los denunciantes; y ya lo ha hecho a través de una Resolución de 12 de febrero de 2021 por la que aprueba el protocolo de actuación para la protección y la salvaguarda de los derechos de las personas



denunciantes o alertadoras. Se dio cuenta de la tramitación castellano manchega de una adaptación normativa, y recientemente se ha aprobado el Decreto 114/2021, de 16 de noviembre por el que se modifica el Decreto 77/2019, de 16-7-2019, de estructura orgánica y competencias de los órganos integrados en la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, para atribuir competencias en el llamado canal interno.

Necesidad de proteger al delator. Posibles medidas de apoyo o recompensa. Binomio: deber de confidencialidad y exención de responsabilidad.

Problemas limítrofes con derecho penal y con protección de datos (art. 24 LO 3/2018). Necesidad de respetar los derechos del denunciado.

Conceptos muy amplios de infracción y de denunciante. En el turno de preguntas el ponente entendió que la Directiva tendría efecto directo, a pesar de la amplitud de los conceptos que utiliza.

Entrega de premios. El secretario del jurado, D. Leopoldo Gómez Zamora dio lectura al acta en la que se premiaron en categoría, general, a D^a Ana M^a Valero Heredia por su trabajo: "La libertad de expresión nociva en el caso Strawberry". Y, en categoría, Masteres, TFG y similares, a D^a Irene Montagud Grau, por su trabajo: "Las conductas colusorias de los licitadores y su control en la contratación pública".

5 de noviembre de 2021

Primera ponencia: EL URBANISMO JUDICIAL: DE LOS ENSANCHES A LA CIUDAD COMPACTA.



Rafael Fernández Valverde, Magistrado de la Sala III del Supremo.

Partió de la evolución del sistema de ensanches, al de la renovación, la regeneración y la rehabilitación de la ciudad. El TS se va pronunciando sobre este nuevo modelo en el que el urbanismo se juega en la ciudad compacta y en las actuaciones de dotación, y las reformas para mejorar ciudad.

Así, citó la STS 1550/20 en un recurso del CNMC Vs Ayto Bilbao en el que se ponía en tela de juicio la potestad municipal de incidir indirectamente en el mercado (LGUM 20/2013 y LLAAC 17/2009, junto con la Directiva 2006/123/CE). Al no considerar las viviendas de uso turístico (VUT) como un uso urbanístico residencial, limita el libre mercado. El Supremo confirma la sentencia de instancia, y legitima la potestad de ordenación urbanística de los Ayuntamientos en garantía del derecho a la vivienda de los residentes (vecinos) y del derecho al entorno urbano. Se previenen fenómenos como la gentrificación.

En parecidos términos citó el caso de Barcelona STS 75/2021.

También explicó la STJUE Cali contra Ayto de Paris C-727/18, y la incidencia de esta regulación sobre la escasez de vivienda y el encarecimiento de la misma.

Explicó el caso de la STS 1375/2020 de la que es ponente el propio Fernández Valverde. Se trata del asunto del Wanda Metropolitano, la sentencia trata del ius variandi en la ordenación urbanística, de la adaptación del modelo en ensanche al de renovación de la ciudad, de las actuaciones de dotación y la diferencia entre "hacer ciudad y mejorar ciudad" y del suelo urbano consolidado. También se refirió a la exigencia de reserva de viviendas de protección oficial en la ordenación de las ciudades, con cita de las SSTS 205 y 206/2021. En estas sentencias se impone la reserva prevista en la LRSU como un mínimo de obligado respeto en la ordenación



urbanística, con independencia del tipo de suelo o del tipo de planeamiento que son materias propias de la legislación autonómica, pero que deben respetar las previsiones de la Ley estatal.

Finalmente, hizo una referencia a la denostada sanción de nulidad de los PGOU por vicios en el procedimiento de aprobación. Se refirió a la cuestión de su naturaleza reglamentaria, al movimiento doctrinal que propugna un cambio en el régimen de nulidad, a las matizaciones y ponderaciones que va introduciendo el Supremo, dentro de los corsés legales de obligado cumplimiento.

Así, citó las recientes STS 569/20 y la 1084/21 PGOU Chiclana, para terminar reconociendo la dificultad práctica que generan estas sentencias, y los intentos de la curia por limitar los efectos anulatorios, cuando es posible, por la vía de su estimación parcial, o por medio de sentencias abiertas (aquellas que posponen los efectos anulatorios del fallo, condicionándolo a un plazo o al dictado de una nueva regulación, se pueden traer como ejemplos las STS de 22.04.14, y la STJUE asunto Borealis C-191/14 y acumulados).

Segunda ponencia: LA LEY 8/2021, DE 2 DE JUNIO, POR LA QUE SE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA.

Carmen González Carrasco, Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha.

La ponente hizo referencia al origen de la reforma en la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, ratificado por España en abril de 2008. Con especial atención a lo dispuesto en el artículo 12 que atribuye a las personas con discapacidad la misma



capacidad jurídica que a las personas “capaces” (en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida).

Ese reconocimiento afecta a la distinción clásica entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La Ley suprime las tutelas, salvo para los menores no sometidos a patria potestad, y diseña un sistema de apoyos en el que prestar especial atención a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad.

La Ley 8/2021 objeto de estudio modifica el código civil, pero también la Ley del notariado, la Ley hipotecaria, la Ley de enjuiciamiento civil, la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la Ley del Registro civil, la Ley de Jurisdicción voluntaria, y el código de comercio.

Insistió mucho en la paradoja de Lampedusa, de que todo cambie para que todo siga igual, sobre la base de la STS 589/2021 de 8 de septiembre de 2021, en un supuesto de una persona con el síndrome de Diógenes al que se imponen unas medidas de apoyo en su beneficio, y en contra de su voluntad.

ÚLTIMA HORA: Aunque de fecha anterior, no se conocía el día de la jornada la STS 706/2021 (19.10.21) en un procedimiento de fijación judicial de apoyos a personas con discapacidad. En esta sentencia se da total preferencia a la voluntad expresada por la persona con discapacidad sin que existan motivos para desvincularse de esta elección (vgr. FJ 4).

Tercera ponencia: LA LEY ORGÁNICA 3/2021, DE 24 DE MARZO, DE REGULACIÓN DE LA EUTANASIA.

D.Javier Sánchez Caro, Abogado, profesor honorario de la Escuela Nacional de Sanidad y Académico correspondiente de la Academia Nacional de Medicina.



Hizo un repaso a consideraciones ético-filosóficas, expuso los modelos horizontal y vertical, en uno el paciente decide, en otro obedece lo que “manda” el médico. Explicó que la LORE trata de evitar el turismo de eutanasia con los requisitos que impone.

Dijo que ya hay un documento de consenso del CISNS sobre el ejercicio del nuevo derecho, en el que se trata de resolver todos los problemas prácticos.

Planteó que los derechos fundamentales no son absolutos; ni siquiera el derecho a la vida, si se convierte en un deber de estar vivo.

Ejemplificó la situación de encarnizamiento terapéutico, de furor técnico, relacionados con supuestos de alargamiento de la vida con soportes vitales.

Expuso las posiciones de derecho comparado, con particular atención a la situación creada en Alemania con la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (BVG) de 26.02.2020 2BvR 2347/15 que declara inconstitucional penalizar la asistencia al suicidio, por contradecir el derecho de autodeterminación autónoma.

Y en Italia con la Sentencia de la Corte Constitucional número 242/2019 del caso Fabiano Antoniani (DJ Fabo). De la que criticó la “paradoja de la máquina”, ejemplificando con el caso de Ramón Sampederro, ya que la solución italiana hace depender el derecho de la interposición de máquinas que alarguen la vida, pero descarta casos similares si no media una máquina.

Trató brevemente del problema de la objeción de conciencia, y las diferencias con el caso del aborto, y de la negación de asistencia médica. Dijo que la configuración de este derecho sigue pendiente en España, que el Tribunal Constitucional ha tenido una doctrina errática y poco clara, pero que la aplicación de la LORE no está planteando problemas de objeción.

Ignacio Serrano Blanco
Letrado de la Comunidad de La Rioja



**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA



FINALIZACIÓN DE LA EFICACIA DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO EN LOS SUPUESTOS DE REVISIÓN

FINALIZATION OF THE EFFECTIVENESS OF THE PROHIBITION OF CONTRACTING WITH THE PUBLIC SECTOR IN THE CASES OF REVIEW

Dr. Jaime Pintos Santiago

Socio-Director del Despacho Jaime Pintos Abogados &
Consultores
Profesor Contratado Doctor de Derecho Administrativo
Universidad a Distancia de Madrid
Funcionario de Carrera en Excedencia

D. Roberto Carrodegua Méndez

Funcionario de Administración Local con Habilitación de
Carácter Nacional
Especialista en Contratos Públicos

Resumen: Resolución nº 1378/2021 de 15 de octubre de 2021 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Recurso nº 877/2021. En el examen se

plantea la exclusión de la UTE recurrente sobre la base de una prohibición de contratar de una de las empresas integrantes que estuvo vigente -inscrita en el ROLECE- en un periodo de tiempo durante la tramitación de la licitación, aunque después fue objeto de revisión. El Tribunal Central efectúa un pronunciamiento de gran interés en la medida en que da respuesta a una cuestión no prevista en la LCSP, como es la determinación del momento exacto a partir del cual surte eficacia jurídica frente a terceros el acuerdo de revisión por el que se levanta la vigencia de la prohibición.

Abstract: Resolution No. 1378/2021 of October 15, 2021 of the Central Administrative Tribunal for Contractual Resources. Appeal No. 877/2021. The examination raises the exclusion of the recurring UTE on the basis of a prohibition to contract one of the member companies that was in force -registered in the ROLECE- for a period of time during the processing of the tender, although it was later subject to review. The Central Court makes a pronouncement of great interest to the extent that it responds to a question not provided for in the LCSP, such as the determination of the exact moment from which the review agreement becomes legally effective against third parties. Lifts the validity of the ban.

Palabras clave: Contratación pública, capacidad jurídica, prohibición de contratar, duración de la prohibición.

Keywords: Public contracting, legal capacity, prohibition of contracting, duration of the prohibition.

LA RESOLUCIÓN

Recurso especial interpuesto por D.J.S.D.C., en representación de COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A., y D. A.M.G., en representación de SOCIEDAD ANONIMA DE OBRAS Y SERVICIOS, COPASA frente a la exclusión notificada con la adjudicación en el procedimiento de licitación denominado "Proyecto de construcción para la implantación del ancho estándar en el corredor mediterráneo. tramo: castellbisbal-murcia. subtramo: font de sant lluís-almussafes. vía y electrificación", promovido por el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias, entidad pública empresarial dependiente del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (en adelante, ADIF).

Para proceder al análisis de la Resolución dictada, debe partirse del hecho de que durante un determinado momento del estado de tramitación del proceso de contratación la recurrente se encuentra incurso en prohibición de contratar. Si bien, dicha circunstancia no concurre en la fecha límite de presentación de ofertas. En este contexto, el recurso especial pivota en torno a la validez legal del acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de Contratación tras consulta de los datos recogidos en el ROLECE de la empresa recurrente, al comprobar que se encuentra afectada por una prohibición de contratar en el ámbito del sector público por incumplimiento de la legislación en materia de protección y salud de los trabajadores (artículo 71.1 b) LCSP).

Así, en el momento en el que se adopta el acuerdo de exclusión, la prohibición consta vigente en el ROLECE, sin que se haya procedido a su cancelación. No obstante, resulta acreditado que se ha dictado, con carácter previo a la consulta efectuada por la Mesa, acuerdo por el órgano competente que deja sin efecto la prohibición de contratar tras constatar *“la acreditación en este momento”* de una serie de medidas exigidas a la empresa y con efectos a futuro, no retroactivamente, ordenando su cancelación en el ROLECE.

La Resolución nº 1378/2021 de 15 de octubre de 2021 decidió:

PRIMERO. Desestimar el recurso interpuesto por D. J.S.D.C., en representación de COBRA INSTALACIONES Y SERVICIOS, S.A., y D. A.M.G., en representación de SOCIEDAD ANONIMA DE OBRAS Y SERVICIOS, COPASA, contra su exclusión notificada con la adjudicación de la licitación convocada por ADIF.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

ARGUMENTACIÓN DEL TRIBUNAL

La cuestión de indudable trascendencia que analiza el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en el presente recurso consiste en determinar el momento exacto en el que finaliza la eficacia de la sanción firme de la prohibición de contratar

en el ámbito del sector público en los supuestos de revisión *ex art. 72.5 in fine LCSP*.

Y es que, como destaca el Tribunal Central, la LCSP no prevé una respuesta normativa a este interrogante, dado que se limita a señalar que *"la prohibición de contratar, así declarada, podrá ser revisada en cualquier momento de su vigencia, cuando la persona que haya sido declarada en prohibición de contratar acredite el cumplimiento de los extremos a los que se refiere el párrafo anterior"*.

Como punto de partida, tiene interés resaltar el argumento esgrimido por el Tribunal para fundamentar su decisión según el cual resulta aplicable al supuesto de hecho analizado el artículo 39.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que determina, con carácter general, que la eficacia de los actos administrativos *"quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior"*.

Y desde esta perspectiva, seguidamente el Tribunal defiende que la revisión de la prohibición de contratar con el sector público constituye un acto que afecta a los derechos e intereses de sus destinatarios; de ahí, que deba ser notificado a los interesados, tanto por razones de garantía de los derechos de la persona afectada por la prohibición de contratar como por razones de seguridad jurídica en el ámbito de los procedimientos públicos de contratación.

Pues bien, y como no podía ser de otro modo, sobre la base del razonamiento jurídico expuesto, el Tribunal defiende que **desde la notificación formal del acto que pone fin a la prohibición de contratar, puede éste hacerse valer por los interesados ante los órganos de contratación del sector público, en prueba de su aptitud**, frente la posible certificación del ROLECE en la que figure vigente la prohibición de no haberse cancelado aún. Obviamente, **en el caso de que la cancelación en dicho registro oficial preceda a la notificación al interesado será ésta oponible a terceros y debe tenerse en cuenta por los órganos de contratación.**

Con esa argumentación, se desestima el recurso especial, al considerar que la recurrente se encuentra incurso en la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1 b) de la LCSP, dado que no aporta prueba que acredite que la fecha de notificación de la resolución de cancelación haya sido previa a la publicación de la cancelación en el ROLECE, siendo esta última posterior a la celebración de la Mesa en la que se adopta el acuerdo de exclusión.

CONSECUENCIAS PARA LA PRÁCTICA

- 1. La obligación de no estar incurso en prohibición para contratar hace referencia al momento de presentación de la oferta, debiendo mantenerse hasta la formalización del contrato.**

Junto con la capacidad de obrar y la solvencia, es un requisito indispensable para ser contratista del sector

público, tal y como se desprende del artículo 65 de la LCSP, que las personas naturales o jurídicas no estén incurso en prohibición de contratar.

Del mismo modo, cabe advertir que las prohibiciones de contratar no tienen carácter sancionador, ya que persiguen una finalidad preventiva. Tal prevención está justificada ante cualquier práctica empresarial defectuosa o reprochable, bien haya sido intencional, bien negligente (STS de 18 de marzo de 2015, confirmando la sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2014).

De conformidad con ello, el artículo 140.4 de la LCSP exige que la ausencia de prohibición de contratar debe concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato. Previsión legal que ha sido interpretada por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución nº 193/2019 de 1 de marzo (recurso nº 1325/2018) desde una perspectiva antiformalista, a luz del principio de concurrencia, al entender que cuando la LCSP prevé que estas circunstancias de capacidad "concurran" en la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas y que "subsistan" en el momento de la perfección del contrato, *"no está exigiendo necesariamente que hayan concurrido también en todo el período intermedio"*.

Más aún: ha de advertirse que la prohibición de contratar debe ser firme para producir efectos jurídicos. Firmeza administrativa, no necesariamente jurisdiccional, tal y como reconoce la propia Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el expediente 15/18,

de 10 de octubre de 2018. Y además, como señala la STS 1115/2021 de 14 de septiembre, en la que el Tribunal Supremo se pronuncia por primera vez 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, 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.

2. El acuerdo de levantamiento de la prohibición de contratar con el sector público surtirá efectos desde su notificación formal, pudiendo hacerse valer por los interesados ante los órganos de contratación del sector público, en prueba de su aptitud, frente la posible certificación del ROLECE en la que figure todavía vigente la prohibición.

En línea con las medidas para luchar contra la corrupción y garantizar la integridad en la contratación pública, la LCSP en su preámbulo pone en énfasis que se efectúa una nueva regulación jurídica de las prohibiciones de contratar, si bien la transposición de las Directivas de 2014 en materia de prohibiciones para contratar se anticipó dos años a su entrada en vigor al realizarse una modificación parcial del TRLCSP a través de la

Disposición Final Novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.

De este modo, el nuevo texto legal aborda su regulación en los artículos 71 a 73, enumerando las prohibiciones de contratar, la determinación y competencia para su apreciación y los efectos de la declaración; incorporando, al mismo tiempo, lo que las Directivas Comunitarias han venido a denominar "*self-cleaning measures*".

En este sentido, el artículo 72.5 de la LCSP contempla la posibilidad de que tales prohibiciones de contratar no se declaren, o su caso se revisen, cuando las personas incursoas en las mismas acrediten el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas entre las que quedará incluido acogerse a un programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia.

En este punto, resulta especialmente interesante la posibilidad de revisar la prohibición para contratar en cualquier momento de su vigencia, siendo el órgano competente para conocer de la citada revisión el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar.

Además, esta previsión normativa, como reconoce la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en

la Recomendación de 10 de junio de 2021 sobre aplicación del artículo 72.5 de la LCSP, proporciona *“un elevado nivel de flexibilidad a los operadores económicos, los cuales, mediante la reparación del daño causado y de la adopción de medidas que impidan su reproducción, puede exonerarse sobrevenidamente de los perniciosos efectos de la prohibición ya declarada”*.

Por otra parte, sostiene la Recomendación de la Junta Consultiva que del mismo modo que ocurre con el inicio de los efectos de la declaración de prohibición de contratar y por la misma razón de seguridad jurídica, la revisión favorable de la prohibición previamente declarada sólo producirá efectos desde que se haga constar en el ROLECE.

Sin embargo, como ya se ha mencionado, el Tribunal Central concluye que el acuerdo de levantamiento, una vez notificado, puede hacerse valer por la licitadora en el proceso de contratación frente a la certificación expedida por el ROLECE en la que todavía conste vigente la prohibición; matizando, a nuestro entender, la doctrina del órgano consultivo.

Esta interpretación que efectúa el Tribunal encuentra su fundamento en el tenor literal del artículo 96 de la LCSP que determina el valor acreditativo de los certificados del ROLECE frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado y *“salvo prueba en contrario”* de las condiciones de aptitud del empresario. Es decir, **si la información que se desprende del certificado es incorrecta, inexacta o desactualizada, podrá combatirse mediante cualquier otro medio de prueba admitido en**

Derecho, dado que el ROLECE no se configura como un medio de prueba excluyente de cualquier otro.