



Roj: **ATS 11650/2023 - ECLI:ES:TS:2023:11650A**

Id Cendoj: **28079130012023201773**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/09/2023**

Nº de Recurso: **2564/2023**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **STSJ CAT 1510/2023,**
ATS 11650/2023

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 13/09/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2564/2023

Materia:

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Concepción De Marcos Valtierra

Secretaría de Sala Destino: 003

Transcrito por:

Nota:

Resumen

R. CASACION núm.: 2564/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Concepción De Marcos Valtierra

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Excmos. Sres. y Excma. Sra.



D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D. Eduardo Calvo Rojas

D.ª María del Pilar Teso Gamella

D. Francisco José Navarro Sanchís

D. Fernando Román García

En Madrid, a 13 de septiembre de 2023.

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha dictado, con fecha 5 de enero de 2023, sentencia n.º 1/2023 estimatoria parcial del recurso contencioso-administrativo n.º 2797/2020 interpuesto por la entidad TRANSPORTS CIUTAT COMTAL S.A. contra la resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de 21 de julio de 2020, por la que, en lo que aquí interesa, impone a la recurrente una sanción de 1.052.162,35 euros por infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) por la realización de una conducta colusoria consistente en acordar la presentación de una oferta de cobertura a la licitación para la concesión del servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros en autobús entre Barcelona y el aeropuerto del Prat de Llobregat (Aerobús), así como la prohibición de contratar durante 18 meses en lo que se refiere a las licitaciones convocadas por el Área Metropolitana de Barcelona.

La sentencia reduce la multa a 526.081,17 euros, y reduce la prohibición de contratar a una duración de 6 meses. En lo que a este recurso de casación interesa, esto es, en cuanto a la competencia de la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) para acordar la prohibición de contratar, la sentencia señala que tiene su fundamento en el derecho comunitario e interno. Y, en relación con la reducción del periodo de la prohibición de contratar por aplicación del principio de proporcionalidad, la sentencia rebaja la duración teniendo en cuenta los mismos criterios para rebajar el importe de la sanción impuesta.

SEGUNDO.- Las representaciones procesales de TRANSPORTS CIUTAT COMTAL SA y de la Autoridad Catalana de la Competencia han preparado sendos recursos de casación contra la referida sentencia.

La representación procesal de la entidad TRANSPORTS CIUTAT COMTAL SA denuncia la infracción de los art. 71 y 72 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, 53.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y 27 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en la medida en que dichos preceptos no legitiman de forma expresa a las autoridades de la competencia en general, ni a la Autoridad Catalana de la competencia en particular, a imponer prohibiciones de contratar en sus resoluciones sancionadoras y fijar su alcance y duración. Invoca la vulneración de los art. 24 CE, 29 LRJSP, 64 LDC y 72.5 LCSP al establecer una prohibición de contratar desproporcionada y sin las garantías procesales propias del procedimiento sancionador. Denuncia la vulneración del art. 72.6 LCSP en relación con el art. 29 LRJSP al establecer una prohibición de contratar con una duración superior a 3 años, y del art. 63.1.c de la LDC al establecer una sanción accesoria cuya consecuencia económica supera el 10% del volumen de negocios de la compañía.

Como supuestos de interés casacional invoca los contemplados en las letras b) y c) del artículo 88.2 LJCA, y la presunción de la letra a) del artículo 88.3 LJCA.

TERCERO.- Por su parte, la representación de la Autoridad Catalana de la Competencia denuncia la infracción de los arts. 29 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, así como de la LDC.

Alega que la prohibición de contratar no es una sanción, no pudiéndose aplicar, por analogía, los criterios de las normas sancionadoras (arts. 29 LRJSP y 64 LDC), debiendo tenerse en cuenta los criterios derivados de la Ley de Contratos del Sector Público, de la que se desprende que la prohibición de contratar tiene como finalidad garantizar que las personas, físicas o jurídicas, que contratan con la Administración reúnan las condiciones de aptitud pertinentes, tales como la solvencia económica o profesional, con el fin de asegurar la fiabilidad del operador económico, alcanzándose la misma conclusión de las Directivas 2004/18 y 2014/24, y subrayando la Comunicación de la CNMC en varias ocasiones la función disuasoria de la prohibición de contratar. Añade que la proporcionalidad de la limitación debe analizarse teniendo en cuenta su finalidad disuasoria y las características de las licitaciones en las que se produjo el ilícito (duración del contrato o frecuencia de licitaciones similares...), y que una prohibición de contratación que permita al infractor presentar



una oferta en la siguiente licitación y en las mismas condiciones que lo hubiera realizado de no mediar el ilícito, no es idónea ni proporcional a la luz de su finalidad disuasoria.

Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, las letras b) y c) del artículo 88.2 LJCA, y las letras a) y d) del apartado 3 del citado artículo 88, alegando, respecto de la presunción del artículo 88.3.a), que el Tribunal Supremo solo se ha pronunciado hasta ahora sobre la interpretación del artículo 71 LCSP en el marco de recursos contra decisiones relativas a la adopción de medidas cautelares.

CUARTO.- La Sala de instancia tuvo por preparados sendos recursos, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Se han personado ante esta Sala TRANSPORTS CIUTAT COMTAL SA representada por el procurador D. Ignacio de Anzizu Pigem, y la Generalidad de Cataluña, representada por el letrado de sus Servicios Jurídicos, quien se ha opuesto a la admisión del recurso de casación preparado por TRANSPORTS CIUTAT COMTAL SA.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia contra la que se prepara el presente recurso de casación estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia de 21 de julio de 2020, y, en lo que a este recurso de casación interesa, considera que Autoridad Catalana de la Competencia es competente para establecer la duración de la prohibición de contratar, y rebaja la prohibición de contratar de 18 a 6 meses, y ello por aplicación del principio de proporcionalidad.

SEGUNDO.- Ambos recurrentes invocan en sus escritos de preparación, (aparte de la presunción del artículo 88.3.d) LJCA, que sólo lo invoca el letrado de la Generalidad de Cataluña, y que no concurre, como ya hemos dicho reiteradamente [por todos, AATS de 14 de abril y 18 de octubre de 2017 (dictados en los RRCA 114/2016 y 3206/2017, respectivamente), los supuestos de las letras b) y c) del artículo 88.2 de la LJCA, y la presunción del artículo 88.3.a) de la LJCA. Centrándonos en esta última, conviene aclarar que la presunción recogida en el meritado precepto no es absoluta, pues el propio artículo 88.3, *in fine*, permite inadmitir (mediante "auto motivado") los recursos inicialmente beneficiados por la misma cuando este Tribunal Supremo "aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia". Con relación a este inciso del precepto procede puntualizar que la inclusión del adverbio "manifiestamente" implica que la carencia de interés ha de ser claramente apreciable, sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso. Y en esta línea hemos apreciado ya en numerosas ocasiones la carencia manifiesta de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia en los casos en los que se pretende anudar el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios [en el mismo sentido, ATS de 6 de marzo de 2017 (RCA 150/2016)].

TERCERO.- La cuestión que plantea en este recurso la entidad TRANSPORTES CIUTAT COMTAL, S.A. es idéntica a la suscitada en el RCA n.º 20/2023 (admitido por ATS de 15 de diciembre de 2021) por lo que, en virtud de los principios de unidad de doctrina y de seguridad jurídica, procede, también en este caso, la admisión del recurso.

CUARTO.- Por su parte, la cuestión que plantea la representación procesal de la Generalidad de Cataluña versa sobre la proyección del principio de proporcionalidad a la prohibición de contratar del artículo 71 LCSP a efectos de modular su duración.

La sentencia rebaja la duración de la prohibición de contratar remitiéndose a los mismos criterios tomados en consideración para rebajar el importe de la sanción impuesta. La Generalidad de Cataluña sostiene que no pueden aplicarse por analogía los criterios de las normas sancionadoras (arts. 29 LRJSP y 64 LDC), debiendo tenerse en cuenta los criterios derivados de la Ley de Contratos del Sector Público, de la que se desprende que la prohibición de contratar tiene como finalidad garantizar que las personas, físicas o jurídicas que contratan con la Administración reúnan las condiciones de aptitud pertinentes, tales como la solvencia económica o profesional, con el fin de asegurar la fiabilidad del operador económico.

Pues bien, así planteada, la cuestión suscitada por la Generalidad de Cataluña reviste interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia porque la resolución judicial aplica normas sobre las que no existe doctrina jurisprudencial en el sentido y perspectiva que aquí interesa que permita dar respuesta al problema jurídico planteado, y no carece manifiestamente de interés casacional, y, además, trasciende del caso objeto del proceso, afectando a un gran número de situaciones, por lo que concurre también el supuesto del



artículo 88.2.c) LJCA, lo que se evidencia, además, en el hecho de que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha sacado una Comunicación, la número 1/2023, de 13 de junio, sobre criterios para la determinación de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, entre los que se encuentran los referidos a la duración de la prohibición de contratar, y ello con la finalidad de dar a conocer a los interesados los criterios generales que la CNMC tendrá en cuenta para determinar, en cada caso, a qué mercados y con qué duración se aplicará cada prohibición de contratar con el sector público.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

SEXTO.- Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 LJCA y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 LJCA, remitiéndolas a la Sección Tercera de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por lo expuesto,

La Sección de Admisión acuerda:

1.º Declarar la admisión del recurso de casación preparado por la representación procesal de la Generalidad de Cataluña y de TRANSPORTS CIUTAT COMTAL, S.A. (recurso de casación n.º 2564/2023) contra la sentencia n.º 1/2023, de 9 de enero, dictada por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en el recurso contencioso-administrativo n.º 2797/2020.

2.º Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en i) completar, matizar o precisar la jurisprudencia sobre la prohibición de contratar en el ámbito de defensa de la competencia, y, en concreto, determinar, desde la perspectiva de los artículos 53 LDC y 72.2 LCSP, cuál es la autoridad administrativa competente para imponer dicha prohibición de contratar. ii) determinar si resultan aplicables los criterios para la determinación del importe de las sanciones establecidos en el artículo 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, a efectos de la proyección del principio de proporcionalidad a la prohibición de contratar del artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

3.º Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

4.º Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman.