

Febrero 2024

Departamento de Derecho Público

LA RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LOS CÁRTELES: EL INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO

El Tribunal Supremo fijará pronto una importante jurisprudencia sobre la responsabilidad de las Administraciones Públicas en los cárteles orquestados en torno a licitaciones públicas.

El [Auto de 12 de febrero de 2024](#) (rec. 8302/2023, en adelante, el “**Auto**”) ha admitido a trámite el recurso de casación preparado bajo nuestra dirección letrada, apreciando interés casacional objetivo en aclarar:

*“(…) si la intervención de una Administración Pública en la negociación y gestión de las licitaciones públicas puede determinar una excepción de las previstas en el art. 1.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia [“**LDC**”] y art. 101.3 TFUE, y si aquella intervención puede ser un factor relevante en la apreciación de las circunstancias agravantes o atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas partícipes.”*

El Auto admite así todos los motivos argumentados en el escrito de preparación y que se remontan al expediente sancionador instruido por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“**CNMC**”), conocido como *Aplicaciones licitaciones informáticas*, y que dio lugar a la Resolución CNMC de 26 de julio de 2018 (la “**Resolución**”).

Aquella Resolución asumió como hecho probado un “*cierta incidencia*” de las Administraciones Públicas en el cártel de contratos públicos investigado, en el que sancionó a más de una decena de empresas licitadoras del sector, pero la CNMC rechazó las reiteradas peticiones de que se investigara el auténtico papel que las Administraciones Públicas habían tenido, a través de los diseños de los Pliegos, en las prácticas sancionadas, de cuya notable participación hay innumerables pruebas en el expediente (un voto particular se encarga de indexarlos).

A pesar de la ausencia de investigación y de la vaguedad con la que queda definido el rol de las Administraciones Públicas en el cártel sancionado (“*cierta incidencia*”), la Resolución aprecia la existencia de una circunstancia atenuante vinculada a este factor, cuando sanciona a las empresas, aunque el modo de cuantificarla y modularla es bastante poco transparente.

Por otro lado, la Resolución también aprecia, en el caso de algunas empresas, la concurrencia de una circunstancia agravante por la condición de liderazgo en la

práctica sancionada, excluyendo, como decimos el investigar el auténtico rol promotor de las Administraciones Públicas, del que hay sobrados indicios probatorios en el expediente.

Tras el correspondiente recurso contencioso-administrativo en el que se impugnó la legalidad de la Resolución, la sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 2023 (rec. 575/2018) no apreció déficit o vicio alguno.

De manera que es ahora el Tribunal Supremo quien considera necesario sentar la importante jurisprudencia de si debe investigarse y, en su caso, depurarse, la responsabilidad de las Administraciones Públicas cuando no hay duda de que son partícipes en un cártel y ello para poder garantizar el principio de legalidad sancionadora, en el sentido de que pueda ponderarse adecuadamente, como a petición del recurso concreta el Auto, los factores de exoneración y gradación (atenuantes o agravantes) de la sanción de los otros partícipes en el cártel, de acuerdo con lo que regula el LDC [arts. 1 y 1.3, 64.2) y 64.1 g) que serán objeto de interpretación.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo trasciende, desde luego, el caso concreto, y será crítica para la actuación inspectora de CNMC que, como es público y notorio, ha convertido la lucha contra la colusión en las licitaciones públicas en su prioridad.