



Roj: **STS 333/2015** - ECLI: **ES:TS:2015:333**

Id Cendoj: **28079130032015100037**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **09/02/2015**

Nº de Recurso: **1403/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 1951/2013,**
STS 333/2015

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Febrero de dos mil quince.

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación para la Unificación de Doctrina número 1403/14, interpuesto por OBRASCON HUARTE LAIN SA representado por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco, contra la Sentencia de fecha 6 de mayo de 2013 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 661/11 , sobre sanción. Se ha personado como recurrido el Abogado del Estado en la representación que legalmente ostenta de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento contencioso-administrativo número 661/11, seguido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, OBRASCON HUARTE LAIN SA impugnaba la resolución de 19 de octubre de 2011 de la Comisión Nacional de la Competencia, en el expediente sancionador S/ 0226/ LICITACIÓN DE CARRETERAS, incoado contra OBRASCON HUARTE LAIN SA entre otros, por la Dirección de Investigación con fecha 18 de febrero de 2010, por supuestas prácticas prohibidas en el art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en acuerdos reparto de licitaciones y fijación de precios de cara a concursos públicos para conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas convocados en todo el territorio nacional.

La resolución tiene la siguiente parte dispositiva:

<< Primero.- Declarar que en el presente expediente se ha acreditado una infracción del *artículo 1 de la Ley 15/2007 de la que son responsables (...)* OBRASCON-HUARTE-LAIN SA; (...) consistente en la coordinación de sus comportamientos competitivos para alterar el resultado de las licitaciones públicas de conservación, mejora, refuerzo, renovación, rehabilitación de firmes y plataformas y, en particular, el importe de las bajas presentadas a dichas licitaciones.

Segundo. Imponer las siguientes multas a las autoras de la infracción:

(...) 276.855 € a OBRASCON-HUARTE-LAIN SA; (...) >>

La Audiencia Nacional dictó Sentencia de fecha 6 de mayo de 2013 cuya parte dispositiva dice textualmente:

<< DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de OBRASCON HUARTE LAIN SA, contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de octubre de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.



Con expresa imposición de costas a la parte actora .>>

SEGUNDO.- Contra la mencionada Sentencia, la representación procesal de la recurrente, preparó recurso de casación para la unificación de doctrina mediante escrito de 8 de julio de 2013, en el que expuso los siguientes motivos de casación:

Primero.- Cumplimiento de las identidades exigidas por el Art.96.1 LJCA con las Sentencias de contraste, que se identifican como:

- SAN Secc.6ª, de 25 de octubre de 2012, que estima el Recurso 698/2011 , interpuesto por Asfaltos los Santos SA.

- SAN Secc.6ª, de 8 de enero de 2013, que estima parcialmente el Recurso 656/2011 , interpuesto por Pavasal Empresa Constructora SA.

- SAN Secc.6ª, de 25 de enero de 2013, que estima parcialmente el Recurso 658/2011 , interpuesto por Asfaltos y Construcciones Elsan SA.

Segundo.- De conformidad con el Art. 97.1 LJCA , invoca la infracción del Art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en relación con el Artículo 137 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia en relación con los Artículos 9.3 y 24 de la CE , por lo que respecta a las normas aplicables a la valoración de la prueba y la aplicación de la prueba de indicios.

Terminando por suplicar a la Sala, declare haber lugar al recurso, case la Sentencia impugnada y, en consecuencia, modifique las declaraciones efectuadas por la Sala de instancia, al objeto de:

1º) estimar íntegramente la demanda de mi representada, dejando sin efecto la multa impuesta; o

2º) subsidiariamente, se estime con respecto a la participación de la licitación de Huelva, ordenando la reducción de la multa en consecuencia.

TERCERO.- El Abogado del Estado presentó escrito de fecha 12 de marzo de 2014 de oposición al recurso de casación para la unificación de doctrina, en la que solicita Sentencia que desestime el recurso interpuesto.

CUARTO.- Emplazadas las partes, las representaciones procesales del recurrente y la Administración del Estado comparecieron en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y recibidas las actuaciones procedentes de la Audiencia Nacional, quedaron pendientes de señalamiento.

QUINTO.- Señalado para votación y fallo el día 27 de enero de 2015, fue suspendido por reunirse la Sala en Pleno Jurisdiccional, señalándose nuevamente para el día 3 de febrero de 2015 en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

Siendo Ponente la Excmá. Sra. Dª. Maria Isabel Perello Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional de 6 de mayo de 2013 que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por la sociedad "Obrascon Huarte Lain, S.A" contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 19 de febrero de 2011, que le impuso una sanción de multa de 276.855 Euros y otros pronunciamientos anejos a dicha declaración por la comisión de una infracción de artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC).

La conducta por la que se sanciona a la recurrente es la participación en un mecanismo para acordar ofertas en las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas.

Se fundamenta el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, en que la Sentencia impugnada confirma la comisión de la infracción por parte de "Obrascon Huarte Laín SA" por la participación de las dos licitaciones aplicando en bloque todos los indicios obrantes en el expediente sancionador.

Las Sentencias que se invocan de contraste, dictadas por la misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional, son las de 25 de octubre de 2012, recaída en autos 698/2011 , por la que se estima íntegramente el recurso formulado por Asfaltos Los Santos SA, la Sentencia dictada el 8 de enero de 2013, recaída en el recurso 656/2011 , por la que se estima parcialmente el recurso promovido por Pasaval Empresa Constructora SA; y la Sentencia de 25 de enero de 2013, recaída en el recurso numero 658/2011 por la que se estima parcialmente el recurso deducido por Asfaltos y Construcciones Elsan SA.



Se aduce que todas las Sentencias tienen origen en el mismo procedimiento sancionador, el expediente 226/10, Licitaciones de Carreteras, en el que la Comisión Nacional de la Competencia dicta resolución el día 19 de octubre de 2011. El expediente se inició en virtud de la denuncia formulada por el grupo Campezo Construcción SAU y Oscar Obras y Servicios SL, en la que se puso en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia la existencia de reuniones y acuerdos para la modificación de ofertas en relación a ciertas licitaciones, que dio lugar a la inspección de diversas empresas, siendo finalmente 47 las sancionadas.

Existe, según la sociedad recurrente, una igualdad sustancial de los hechos, fundamentos y pretensiones en mérito de las cuales se han dictado Sentencias contradictorias, todas las sociedades mencionadas fueron expedientados en el mismo procedimiento administrativo y sancionados por la misma resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, y todas las Sentencias se han basado en unos mismos indicios, pero el resultado es contradictorio, pues en la impugnada -se afirma- no se ha seguido el análisis ni la fundamentación jurídica de las Sentencias de contraste para analizar los recursos en cuanto a la aplicación de la prueba de indicios y su conformidad con las exigencias legales y jurisprudenciales. Siendo así que en la presente resolución sancionadora que la Sentencia confirma es manifiesta la ausencia de prueba directa de la participación de Obrascon Huarte Lain S.A en la infracción imputada.

Y añade que en la Sentencia recurrida los elementos que se acreditan en el expediente fueron: la participación en dos licitaciones convocadas por el Ministerio de Fomento, la denuncia de colusión en una licitación desvinculada en el tiempo y en las partes de las dos licitaciones en las que Obrascon Huarte Lain participó, ciertos documentos producidos en otras empresas sancionadas -quienes han negado su valor probatorio- y las declaraciones de determinadas empresas que reconocen en distintos términos que han participado en una reunión, pero que no prueban ni directa ni indirectamente la participación de Obrascón en ninguna reunión celebrada en torno a las ofertas en las licitaciones, invocando el derecho fundamental a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE .

SEGUNDO.- El recurso no puede prosperar, pues su planteamiento responde a un equivocado entendimiento del recurso para la unificación de la doctrina. En efecto, según determina el artículo 96.1 de la Ley de la Jurisdicción , el recurso para la unificación de doctrina se dirige a aunar criterios entre Sentencias que hayan llegado a pronunciamientos distintos relativos a litigantes "en idéntica situación y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales". Como hemos indicado, el recurso queda circunscrito a contrastar si ante situaciones en las que son sustancialmente iguales los hechos, los fundamentos y las pretensiones, siendo los mismos litigantes o hallándose en idéntica situación, resulta distinta la respuesta de los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En el caso que nos ocupa, la mercantil recurrente no justifica con la precisión necesaria la identidad de las situaciones jurídicas contempladas en dichas Sentencias, tanto en lo que se refiere a los hechos y a las circunstancias concurrentes en casa una de las entidades que resultaron sancionadas y, de modo especial, en los fundamentos jurídicos en que se basaron las Sentencias supuestamente contradictorias.

En la Sentencia dictada por la sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional, de 6 de mayo de 2013 , que ahora se impugna, los hechos objeto de sanción venían referidos a la sociedad recurrente Obrascón Huarte Lain S.A como consecuencia de la comisión de una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia que tuvo lugar por los acuerdos en las ofertas de ciertas licitaciones de carreteras. Se plantearon en el recurso contencioso administrativo promovido por Obrascón ante la Audiencia Nacional cuestiones relativas a su específica participación en los hechos sancionados, y otras cuestiones jurídicas, examinándose en la Sentencia la invocada los distintos elementos probatorios que sustentan la comisión de la infracción y la correspondiente sanción, que se declara conforme a derecho por la Sala de instancia.

Las Sentencias de contraste no resultan idóneas a los efectos debatidos. Las Sentencias citadas por la Audiencia Nacional que estiman el recurso contencioso administrativo total o parcialmente en relación a la participación en los hechos considerados infracción de la Ley de Defensa de la Competencia no presentan la necesaria relación de similitud con la impugnada, salvo en que provienen de una misma resolución sancionadora de la Comisión Nacional de la Competencia. Los pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional se refieren a la misma resolución dictada en el expediente sancionador común a las mencionadas empresas, pero no guarda semejanza la específica y singular participación de cada una de las entidades en la infracción litigiosa y no sirven de fundamento al recurso de unificación al no existir contradicción.

Las Sentencias de la Audiencia Nacional no resultan idóneas para revelar la contradicción y en particular, la Sentencia de 25 de octubre de 2012, (RC 698/2011) promovido por Asfaltos Los Santos S.A aún cuando se dicta en relación a la misma resolución sancionadora, se estima el recurso por cuanto comprobadas las actuaciones de la Instrucción del expediente, se constata que la recurrente no figura en las hojas de



cálculo relativas a ingresos y gastos, que participara en reuniones, ni aparece en otros documentos tenidos en consideración por la Administración para entender acreditada la intervención de la mencionada mercantil en la conducta constitutiva de infracción. Por tal razón la sala anula la resolución al no considerar suficientemente probado el extremo fáctico relativo a la participación de "Asfaltos Los Santos S.A." en los acuerdos de la licitación de la "A-49. Rehabilitación del firme L.P. Sevilla-Niebla/Bonares."

La Sentencia dictada por la Sala el 25 de Enero de 2013 (R C 658/2011) estima en parte el recurso de "Asfaltos y Construcciones Eslan S.A" por cuanto la Sala considera que no existe prueba de cargo suficiente respecto a la participación en los pactos sobre las ofertas de la licitación de Cáceres ni respecto a la de Alicante. La Sala considera no justificado que la entonces actora pusiera en conocimiento de sus competidores la baja que pensaba ofertar y afirma "no se ha acreditado por la Administración, a quien corresponde la carga de la prueba que la cifra de baja ofertada fuese pactada, ni cual fuera su baja inicial ni que la hubiera modificado para facilitar el acuerdo" y en consecuencia estima en parte el recurso.

Finalmente, la Sentencia dictada el 8 de Enero de 2013 (R.C. 656/2011) estima el recurso promovido por "Pasaval Empresa Constructora" contra la resolución sancionadora de la Comisión Nacional de la Competencia que apreció la participación de dicha mercantil en prácticas colusorias en relación con las ofertas a presentar en cinco subastas. La Audiencia Nacional tras verificar los elementos probatorios en relación a cada una de las cinco subastas (León, Murcia, Albacete, Valencia y Alicante) concluye que únicamente se había justificado la participación de dicha mercantil en las licitaciones de 32-A 4240 Alicante y 32-V- 5870 de Valencia, siendo así que respecto a las restantes no se había probado su intervención, lo que lleva a la Sala a la estimación parcial del recurso.

En la Sentencia objeto de impugnación, de 6 de mayo de 2013, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional desestima el recurso deducido por "Obrascón Huarte Laín,S.A", por considerar que se había justificado la participación de dicha mercantil en la organización de un mecanismo para acordar ofertas en licitaciones públicas declarando que hay un conjunto indiciario de los que resultan que se celebraron reuniones de la recurrente con sus competidoras en el sector de las licitaciones de conservación y mejora de plataformas convocadas en todo el territorio nacional, para conocer que ofertas planeaban presentar a los concursos a los que habían sido invitadas. La Sala de instancia reseña en el fundamento jurídico quinto de su sentencia el materia probatorio obrante en el expediente administrativo, que consiste en la documentación entregada por el recurrente, la documentación hallada en los registros de las sedes de las empresas, documentos y archivos localizados en lugares diferentes que guardan total coherencia y relación unos con otros, el propio resultado de las licitaciones, las bajas ofertadas que coinciden con las que aparecen en la documentación aportada o incautada, las coincidencias entre las distintas licitaciones examinadas, las semejanzas entre los distintos ficheros sobre pagos a realizar, la participación en dos licitaciones (32-SO-2940 y 32-H-3800) en la reunión de 16 de diciembre de 2008, y por último, la declaración de varias partes sobre la convocatoria de la reunión de 16 de diciembre de 2008 (obrante al folio 1111).

Como se observa de la anterior descripción, las Sentencias de contraste analizan las sanciones impuestas a tres diferentes empresas, por la realización de prácticas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia en relación a las ofertas en las licitaciones de carreteras que no resultan opuestas a la aquí impugnada, pues cada una de ellas se circunscribe a la existencia de elementos probatorios de la concreta y específica participación de las reseñadas empresas, Elsan, Asfaltos Los Santos y Pasaval Empresa Constructora, S.A, en las actuaciones analizadas. Los supuestos fácticos de dichas Sentencias y las conductas enjuiciadas, en las que la participación en la infracción en unas y otra difieren, evidencian que la situación jurídica de las mercantiles reseñadas y los elementos probatorios sobre su intervención en las conductas sancionadas no son los mismos en los casos comparados.

Es claro, pues, que no se cumplen en el caso de autos los presupuestos de identidad inexcusables en los recursos de casación para unificación de doctrina, exigidos por el artículo 96.1 de la Ley Jurisdiccional pues no puede afirmarse ni que los elementos de prueba sean iguales, ni que el grado de participación en la actuación infractora sea similar ni tampoco, en fin, los fundamentos jurídicos en que se basaron las Sentencias que culminan con los supuestos fallos contradictorios. La ausencia de identidad no queda suplida por la circunstancia de que los litigios versen sobre varias sanciones impuestas en una misma resolución de la Comisión Nacional de la Competencia en relación a una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia por la alteración de ofertas en el ámbito de licitaciones de carreteras. Se ha constatado que los elementos probatorios obrantes en el expediente difieren en relación a cada empresa sancionada y cada una de las licitaciones convocadas y que son valorados por el órgano judicial que extrae en cada uno de los supuestos las correspondientes conclusiones que no resultan contradictorias entre sí.

Reiteradamente hemos afirmado (STS de 26 de septiembre de 2007, R.C para la unificación de doctrina número 280/2004) que "la contradicción que abre el acceso al recurso de casación para la unificación de doctrina no



es cualquiera; ni tan siquiera aquella que implique un entendimiento distinto de una institución o de una norma jurídica, por importante que ésta sea. La contradicción requerida es la que precisa aquel artículo 96.1, es decir, la que surge con pronunciamientos distintos para litigios en los que, y esto es lo importante, concurre la triple identidad [...]" que como se advierte, no concurre en el caso de autos.

TERCERO.- La desestimación del recurso lleva aparejada la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional .

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que ha de satisfacer la condenada al pago de las costas a la parte contraria, hasta una cifra máxima de 4.000 euros, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Primero .- Declaramos NO HABER LUGAR al recurso de casación para la unificación de doctrina **1403/2014**, interpuesto por la representación procesal de OBRASCON HUARTE LAIN SA, contra la Sentencia de fecha 6 de mayo de 2013, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso administrativo número 661/11 .

Segundo .- Efectuar expresa imposición de las costas del recurso de casación para la unificación de doctrina a la parte recurrente, en los términos fundamentados respecto de la determinación del límite máximo de su cuantía.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Pedro Jose Yague Gil.- Manuel Campos Sanchez-Bordona.- Eduardo Espin Templado.- Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.- Eduardo Calvo Rojas.- Maria Isabel Perello Domenech.- Rubricado.- Pedro Jose Yague Gil Manuel Campos Sanchez-Bordona Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech **PUBLICACIÓN**.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Magistrada Ponente Excm.a Sra. D^a. Maria Isabel Perello Domenech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretaria, certifico.