

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066385

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 798/2022, de 22 de noviembre de 2022

Sala de lo Civil

Rec. n.º 2620/2019

SUMARIO:**Grupo de sociedades. Requisitos. Contratación pública. Licitaciones públicas. Ofertas temerarias. Ofertas desproporcionadas.**

Procesos de contratación pública y los mecanismos de control de ofertas competitivas cuando concurren a la licitación empresas de un mismo grupo.

El orden jurisdiccional civil es competente no solo para resolver las controversias que surjan entre las partes respecto de los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos privados, sino también para conocer las cuestiones litigiosas que afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que celebren las entidades sometidas a la legislación de contratos del sector público que no tengan el carácter de Administración pública - siempre que los contratos no estén sujetos a regulación armonizada.

En este caso se trata de una empresa pública dependiente de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, que convoca un procedimiento de licitación pública para la contratación de varios trabajos.

El principio de eficacia del funcionamiento del sector público requiere evitar adjudicar contratos a quien por presentar ofertas con precio anormal y desproporcionadamente bajos podría incurrir en situaciones de imposibilidad de cumplimiento.

Se considero dos de las ofertas como temerarias, por tratarse de dos empresas estrechamente vinculadas que se presentaron de modo aparentemente individual a una licitación con dos ofertas prácticamente idénticas, con infracción de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. Conforme el artículo 86 del Reglamento de contratos administrativos, cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la más baja. Ambas empresas tienen el mismo domicilio social; - tienen el mismo presidente y están administradas por los mismos consejeros; - pertenecen mayoritariamente a los mismos accionistas. La práctica seguida consistiría en que una de las empresas del grupo habría concurrido al procedimiento de licitación emitiendo una oferta con bajas desproporcionadas con la finalidad de rebajar la oferta media para que, al realizar el cálculo de las ofertas desproporcionadamente bajas, solo una fuera excluida, y la otra empresa del grupo resultara adjudicataria.

El código de comercio indica que existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras...". No exige que las sociedades del grupo ostenten participación en el capital social de las otras, sino el control de una sobre otra. Con esta referencia al control, directo o indirecto, de una sociedad sobre otra u otras, se extiende la noción de grupo más allá de los casos en que existe un control orgánico, porque una sociedad (dominante) participe mayoritariamente en el accionariado o en el órgano de administración de las otras sociedades (filiales). Se extiende también a los casos de control indirecto, por ejemplo, mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control, sobre la política financiera y comercial, así como el proceso decisorio del grupo. Y la noción de «control» implica, junto al poder jurídico de decisión, un contenido mínimo indispensable de facultades empresariales. Es indiferente que en la cúspide del grupo se encuentre una sociedad mercantil o algún otro sujeto (persona física, fundación, etc.); por lo que el concepto de grupo es compatible con que el control lo ostente un núcleo familiar integrado por varias personas que actúan en concierto.

PRECEPTOS:

Código de comercio, art. 42.

RD 1098/2001(Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), art. 83.3 y 86.

Ley 15/2007 (Defensa de la competencia), art. 1

PONENTE:*Don Juan María Díaz Fraile.*

Magistrados:

Don IGNACIO SANCHO GARGALLO
Don RAFAEL SARAZA JIMENA
Don PEDRO JOSE VELA TORRES
Don JUAN MARIA DIAZ FRAILE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 798/2022

Fecha de sentencia: 22/11/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2620/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/11/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 9

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2620/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 798/2022

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 22 de noviembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación respecto de la sentencia n.º 136/2019, de 11 de marzo, dictada en grado de apelación por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 732/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Madrid, sobre reclamación de cantidad.

Es parte recurrente EXTRACO, CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A., representado por el procurador D. Mariano Cristóbal López y bajo la dirección letrada de D. Manuel González García.

Es parte recurrida SEPI DESARROLLO EMPRESARIAL, S.A. representada por la procuradora D.ª Gloria Teresa Robledo Machuca y bajo la dirección letrada de D. Marcos Pereda Berlanga.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Tramitación en primera instancia.

1.- El procurador D. Mariano Cristóbal López, en nombre y representación de EXTRACO, CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A., interpuso demanda de juicio ordinario contra SEPI DESARROLLO EMPRESARIAL, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"1) Declare la improcedencia de la inadmisión de la oferta de EXTRACO en la Licitación por la inexistencia del grupo empresarial entre EXTRACO y MISTURAS.

"2) Condene a la demandada al abono de VEINTIDÓS MIL SETECIENTOS DIEZ EUROS CON CUARENTA Y DOS CÉNTIMOS (22.710,42.- €), más los intereses de demora y las costas del presente procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 16 de mayo de 2014 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Madrid, fue registrada con el n.º 732/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Gloria Teresa Robledo Machuca, en representación de SEPI DESARROLLO EMPRESARIAL, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Madrid dictó sentencia n.º 129/2018, de 3 de abril, con la siguiente parte dispositiva:

"Que DESESTIMANDO la demanda interpuesta en nombre de EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A., absuelvo de ella a la demandada SEPI DESARROLLO EMPRESARIAL, S.A., todo ello con imposición de costas a la parte actora".

Segundo.

Tramitación en segunda instancia.

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de EXTRACO, CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A. La representación de SEPI DESARROLLO EMPRESARIAL, S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 838/2018 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia n.º 136/2019, de 11 de marzo, cuyo fallo dispone:

"1.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de EXTRACO, CONSTRUCCIONES E PROXECTOS S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 16 de Madrid de fecha 3 de abril de 2018.

"2.- Imponemos las costas de esta alzada a la parte recurrente, con pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

Tercero.

Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación

1.- El procurador D. Mariano Cristóbal López, en representación de EXTRACO, CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1. Motivo Primero. - Al amparo de lo previsto en el art. 469.1.2º LEC, falta de motivación de la Sentencia, con expresa vulneración de lo dispuesto en el artículo 218.2 de la LEC. Omisión de motivación en la desestimación del motivo de apelación relativo a la incongruencia omisiva de la sentencia de primera instancia al no contener pronunciamiento alguno acerca de cuestiones relacionadas con la tramitación del procedimiento de licitación, cuya estimación habría de dar lugar, en su caso, a la nulidad del proceso de licitación, en particular el hecho de que inadmisión de la licitación se haya producido con anterioridad a la notificación del requerimiento de justificación de la oferta.

" 2. Motivo Segundo. - Al amparo de lo previsto en el art. 469.1.4º LEC, por vulneración del derecho fundamental a la prueba inserto en el derecho a un proceso con todas las garantías y, en último extremo, en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la CE, en lo que se refiere a la valoración de la prueba. Valoración manifiestamente errónea, arbitraria, ilógica y contradictoria. Entendimiento de la Sentencia de que las mercantiles EXTRACO, CONSTRUCCIONS E PROXECTOS S.A. y MISTURAS OBRAS E PROXECTOS S.A y pertenecen mayoritariamente a los mismos socios (D. Carlos Alberto, D. Sixto y D. Porfirio).

El motivo del recurso de casación fue:

"Motivo Único.- Interés casacional por la oposición de la Sentencia Recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo concerniente a la aplicación del artículo 42.1 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, núm. 738/2012 de 13 de diciembre de 2012 (Rec. 1205/2010), Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, núm. 134/2016 de 4 de marzo de 2016 (Rec. 2467/2013) y Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, núm. 190/2017 de 15 de marzo de 2017 (Rec. 2321/2014). La consideración de grupo de empresas al amparo de lo dispuesto por el art. 42.1 del Código de Comercio exige la existencia de una "situación de control" que no se da en el caso objeto de la presente litis".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 7 de julio de 2021, que admitió los recursos y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de SEPI DESARROLLO EMPRESARIAL, S.A. se opuso a los recursos.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 21 de septiembre de 2022.

5.- Por providencia de 20 de septiembre de 2022 se suspendió el anterior señalamiento, y se acordó nuevo señalamiento para votación y fallo del presente recurso el día 2 de noviembre de 2022, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Resumen de antecedentes

1.- Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho según han quedado fijados en la instancia:

(i) SEPI DESARROLLO EMPRESARIAL, S.A. (en adelante SEPIDES), empresa pública dependiente de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, convocó un procedimiento de licitación pública para la contratación de los trabajos de acometida eléctrica de un edificio de oficinas de su propiedad con un presupuesto base de 370.938,34 euros (IVA no incluido). Como plazo límite de presentación de ofertas se señaló en el Pliego de Condiciones de la oferta el día 26 de noviembre de 2013.

(ii) En dicho procedimiento participó EXTRACO, CONSTRUCCIONS E PROXECTOS S.A. (en adelante, EXTRACO) presentando una oferta por importe de 252.497 euros, que representaba una baja del 31,93% respecto al precio de licitación.

(iii) Al mismo procedimiento concurrió la sociedad MISTURAS OBRAS E PROXECTOS S.A. (en lo sucesivo, MISTURAS) realizando una oferta de 250.123 euros, que representaba una baja del 32,57% respecto al precio de licitación.

(iv) Según el anuncio de licitación la oferta mejor puntuada sería la que ofreciese menor precio, siempre que no se considere como anormalmente bajo o desproporcionado (baja temeraria), considerando como tal la baja que superase en 10 puntos porcentuales a la baja media.

(v) Con fecha 26 de noviembre de 2013 SEPIDES requirió a EXTRACO para que aclarase cuestiones relativas a su documentación y en concreto a su vinculación con MISTURAS.

(vi) A pesar de que la oferta de EXTRACO era la mejor en precio, SEPIDES publicó el 7 de enero de 2014 en la Plataforma de Contratación del Estado el anuncio de adjudicación a FCC SERVICIOS INDUSTRIALES Y ENERGÉTICOS S.A.

(vii) La decisión de SEPIDES se basó en la consideración de las ofertas de EXTRACO y MISTURAS como temerarias, por tratarse de dos empresas estrechamente vinculadas que se presentaron de modo aparentemente individual a una licitación con dos ofertas prácticamente idénticas, con infracción de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.

(viii) Con la contestación a la demanda se aportaron las siguientes certificaciones:

(a) certificación del secretario del consejo de administración de EXTRACO, en que consta la distribución de las acciones o participaciones del capital social entre D. Carlos Alberto, D. Porfirio y D. Sixto, D. Augusto, y la comunidad de herederos de D. Camilo compuesta por D. Carlos Alberto, D. Sixto, D. Porfirio, D^a María Angeles, D^a Asunción y D^a Debora ;

(b) certificación del secretario del consejo de administración de MISTURAS en el que consta que sus acciones se distribuyen entre D. Carlos Alberto, D. Sixto y D. Porfirio.

(ix) Ambas sociedades tienen su domicilio social en el edificio sito en Camiño de Cima 24 de Ourense, plantas baja y primera, respectivamente, tienen el mismo presidente D. Carlos Alberto y pertenecen mayoritariamente a los mismos socios D. Carlos Alberto, D. Sixto y D. Porfirio, con un 64% de participación en EXTRACO, y un 100% en MISTURAS.

(x) Se ha acreditado la existencia de denuncias contra EXTRACO y MISTURAS por adjudicaciones irregulares y una sanción de la CNC por infracción del art. 1 de la Ley 15/2007 de defensa de la competencia, confirmada por sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 6^a, S 06-05-2013 (rec. 661/2011).

2.- Extraco Construccions e Proxectos S.A. interpuso una demanda frente a Sepi Desarrollo Empresarial S.A., en la que pedía la declaración de improcedencia de la inadmisión de su oferta en la licitación promovida por la demandada del citado contrato de obra, y la condena a la demandada a una indemnización de 22.710,42 por los daños y perjuicios causados.

Resumidamente, alegó que: (i) fue improcedente la inadmisión de su oferta de la licitación por inexistencia de grupo empresarial entre la actora y MISTURAS; (ii) su oferta por valor de 252.497 euros (iva no incluido), no incurre en valores anormales o desproporcionados por no superar la rebaja el 10% a la baja media (que fue del 22,34%), por lo que siendo la oferta de la actora del 31'93 %, en ningún caso resultaba igual o superior al límite del 32'34 % para considerarla anormal o desproporcionada; (iii) en consecuencia, al ser su oferta la del mejor precio, a ella debería habersele adjudicado el contrato de obra, puesto que la oferta de MISTURAS quedó excluida al rebasar su baja en más de un 10% la baja media, incurriendo en baja anormal o temeraria; y (iv) la adjudicación se produjo a favor de FCC Servicios Industriales y Energéticos, S.A., que había ofertado un precio superior al de la actora, por haber considerado grupo empresarial a Extraco y Misturas, que, conforme al art. 42 del Código de comercio, en realidad no existe.

3.- Sepi Desarrollo Empresarial S.A. se opuso a la demanda, y alegó, en síntesis, que: (i) la inadmisión de la oferta fue correcta porque, conforme a lo establecido en el art. 86.1 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la más baja; y (ii) existe una vinculación entre Extraco y Misturas que derivaría de los siguientes hechos: - ambas tienen el mismo domicilio social; - tienen el mismo presidente y están administradas por los mismos consejeros; - pertenecen mayoritariamente a los mismos accionistas, siendo la participación de tres de sus socios D. Carlos Alberto, D. Porfirio y D. Sixto, el 64 % en Extraco y del 100 % en Misturas; - ambas presentaron ofertas técnicas en igual plazo, formato y cronología; - ambas presentaron idéntico informe jurídico para acreditar su falta de vinculación; - ambas fueron sancionadas por la Comisión Nacional de la Competencia y Audiencia Nacional, por coordinar sus comportamientos competitivos para alterar el resultado de las licitaciones públicas, en particular, de las bajas presentadas a dichas licitaciones.

4.- El juzgado de primera Instancia desestimó la demanda. En su argumentación parte del control de ambas sociedades por los mismos accionistas y el mismo consejo de administración y presidente, todos ellos hermanos, con una participación del 98% en EXTRACO, y 100 % en MISTURAS. Y con fundamento en la aplicación del art. 86.1 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre, por concurrir grupo de empresas (existencia de un grupo familiar que detentaba el control real de ambas sociedades), conforme a lo dispuesto en el art. 42.1 CCom:

"Como ya se ha apuntado anteriormente, consta acreditado en autos que ambas sociedades son controladas por los mismos accionistas y mismo consejo de administración y presidente. Así, el presidente de ambas es la misma persona D. Carlos Alberto, así como su consejero delegado, D. Porfirio, y su segundo y único consejero D. Sixto,

todos ellos hermanos, quienes además ostentan junto con sus demás hermanas D^a. María Angeles, D^a. Asunción y D^a Debora, una participación del 98 % en Extraco y del 100 % en Misturas. Es decir, existe un control real familiar o grupo familiar respecto de ambas empresas, lo que, a juicio de este tribunal, permite considerar a ambas como grupo a los efectos de lo previsto en el ya citado art. 86.1 del Decreto 1098/2001, pues es claro que, a través de dicho accionariado o grupo de hermanos, tanto una como otra poseen la mayoría de los derechos de voto. Tienen la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración, así como de designarlos. Tanto es así que como se dice son los mismos consejeros en una y otra. Es decir, se impone la realidad de tal vinculación según resulta de lo hasta aquí expuesto, pues los hechos son lo que son y no lo que las partes quieran. Máxime cuanto que ambas tienen el mismo domicilio, presentaron oferta en igual plazo, formato y cronología y fueron ya sancionadas por prácticas contrarias a la competencia, lo que determina, asumiendo los razonamientos expuestos por la demandada en su contestación, haber lugar a desestimar la demanda en su integridad".

5.- Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia por la demandante, la Audiencia desestimó el recurso. Apreció la existencia de un control real del mismo grupo familiar sobre ambas sociedades, así como la mayoritaria participación de MISTURAS en EXTRACO, con la mayoría de los derechos de voto, y concluyó que las decisiones de esta última están formalmente dominadas por los socios que poseen la totalidad del capital social de Misturas. La Audiencia razonó así su conclusión:

"Ambas sociedades tienen su domicilio social en el edificio sito en Camiño de Cima 24 de Ourense, plantas baja y primera, respectivamente, tienen el mismo presidente D. Carlos Alberto y pertenecen mayoritariamente a los mismos socios D. Carlos Alberto, D. Sixto y D. Porfirio, con un 64% de participación en EXTRACO, CONSTRUCCIONS E PROXECTOS S.A. y un 100% en MISTURAS OBRAS E PROXECTOS S.A.

"La parte demandada acredita (documentos 7, 8 y 9) la existencia de denuncias a EXTRACO, CONSTRUCCIONS E PROXECTOS S.A. y MISTURAS OBRAS E PROXECTOS S.A. por adjudicaciones irregulares y una sanción de la CNC por infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007 de defensa de la competencia, confirmada por sentencia de la Audiencia Nacional Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 6^a, S 06-05-2013, rec. 661/2011.

"En esta resolución se analiza la conducta por la que se sanciona a EXTRACO, CONSTRUCCIONS E PROXECTOS S.A. Y MISTURAS OBRAS E PROXECTOS S.A., que la CNC entiende tipificada en el art. 1 de la Ley 15/2007 es la participación en la organización de un mecanismo para acordar ofertas en las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas. Confirma el argumento de la CNC que "este mecanismo de coordinación operaba en licitaciones organizadas en base al procedimiento restringido; entre las empresas invitadas a presentar oferta económica se producían contactos y reuniones, que tenían por objeto analizar, para una o varias licitaciones, las ofertas que las empresas invitadas a cada una de ellas tenían previsto presentar en condiciones competitivas. Conocidas las bajas competitivas y la empresa que habría resultado vencedora sin acuerdo, se mantiene a la misma pero se acuerda una nueva baja para el vencedor mucho más reducida que la que habría ofertado en condiciones de competencia. El resto de empresas realizarían ofertas con bajas inferiores a la acordada para la vencedora. No se ha establecido si existe algún método sistemático para calcular la nueva baja a ofertar por la empresa adjudicataria, pero en todos los casos sería más reducida que las bajas competitivas recogidas en los documentos manuscritos de las reuniones."

"Se añade por la demandada que se han encontrado hasta 50 sentencias en las que ambas empresas EXTRACO, CONSTRUCCIONS E PROXECTOS S.A. y MISTURAS OBRAS E PROXECTOS S.A. habrían sido sancionadas por prácticas contrarias a la competencia (citándose las dictadas por la Audiencia Nacional, Sección 6^a en los recursos 565/11; 658/11, 679/11, 691/11, 566/11 o 389/10).

"De esta prueba resulta que, si bien no puede hablarse de participación de una sociedad en otra, sí que la coincidencia de capital social mayoritariamente detentado por D. Carlos Alberto, D. Sixto y D. Porfirio con idénticos órganos de administración, hace que este grupo de hermanos, titulares del 100% del capital de MISTURAS OBRAS E PROXECTOS S.A., ostenten también la mayoría de votos del EXTRACO, CONSTRUCCIONS E PROXECTOS S.A., dando lugar al cumplimiento de los presupuestos de los apartados a), b), c) o d) del artículo 42.1 C.Com.

"Nótese que el artículo 41.2 C.Com dispone que "existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras...". No exige que las sociedades del grupo ostenten participación en el capital social de las otras, sino el control de una sobre otra presumiéndolo en los supuestos que contempla el artículo citado.

"Como razona la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza sec. 5^a, S 12-02-2013, nº 94/2013, rec. 33/201 el concepto de grupo de sociedades del artículo 41.2 C.Com, introducido para regular las obligaciones contables

"..." no puede ser considerado exhaustivo, en un doble sentido:

"i) No incluye en su tenor literal todos los supuestos de grupos de sociedades que se conocen en el tráfico mercantil. Así, no incluye los grupos por coordinación, también llamados "grupos horizontales" y únicamente se refiere a los llamados "grupos verticales".

"ii) Ni tampoco puede ser considerado un concepto único o excluyente, esto es, un concepto válido para todos los supuestos en los que en nuestro ordenamiento se hace referencia al concepto "grupo de sociedades".

"Entiende que concepto de grupo adquiere en cada uno de esos casos algunas connotaciones propias, que determinan que deba procederse de forma específica en cada caso a determinar lo que a tales efectos se puede considerar "grupo de sociedades" y que también puede comprender situaciones en las que se haya evidenciado un control indirecto, aunque igualmente efectivo.

"En el caso que examinamos se evidencia que existe un control real del mismo grupo familiar sobre ambas sociedades y la mayoritaria participación de los accionistas de MISTURAS OBRAS E PROXECTOS S.A. en EXTRACO, CONSTRUCCIONS E PROXECTOS S.A. con la mayoría de los derechos de voto hace evidente que las decisiones EXTRACO están formalmente dominadas por los socios que poseen la totalidad del capital social de MISTURAS.

"No se aprecia, en consecuencia ni error en la valoración de la prueba ni infracción del artículo 42 C.com".

Finalmente, en cuanto a la omisión de pronunciamiento respecto a que la inadmisión de la licitación se haya producido con anterioridad a la notificación del requerimiento de justificación de la oferta, el tribunal de apelación argumentó que se trata de una cuestión cuya estimación habría de dar lugar, en su caso, a la nulidad del proceso de licitación, que no se solicita, y que, en todo caso, "no puede ser acogida por lo expuesto en el fundamento anterior, al compartirse las razones que condujeron a la demandada a su inadmisión".

6.- EXTRACO ha interpuesto contra la sentencia de apelación un recurso extraordinario por infracción procesal, basado en dos motivos, y otro recurso de casación, articulado en un único motivo, que han sido admitidos.

Recurso extraordinario por infracción procesal

Segundo.

Formulación y resolución del primer motivo

1.- Planteamiento. El motivo primero, formulado al amparo del art. 469.1.2º LEC, denuncia falta de motivación de la sentencia recurrida, con vulneración del art. 218.2 LEC, al omitir todo pronunciamiento sobre las cuestiones relacionadas con la tramitación del procedimiento de licitación, cuya estimación habría dado lugar, en su caso, a la nulidad del mismo. En particular, denuncia el hecho de que la inadmisión de la licitación se haya producido con anterioridad a la notificación del requerimiento de justificación de la oferta.

2.- Desestimación del motivo. La sentencia no incurre en incongruencia omisiva ni en falta de motivación.

2.1. La congruencia es la necesaria correlación que debe existir entre la demanda que inicia el proceso (art. 399.1 LEC) y la sentencia que le pone fin (art. 206.1.3ª LEC), de manera tal que ésta sea la respuesta que dan los juzgadores a las pretensiones introducidas por el actor en el escrito rector del proceso, conjuntamente con las que merecen las excepciones y resistencias opuestas por el demandado, y las deducidas, en su caso, en la demanda reconvencional. La congruencia exige pues una necesaria correlación entre las pretensiones de las partes oportunamente deducidas y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir (SSTS 698/2017, de 21 de diciembre; 233/2019, de 23 de abril; 640/2019, de 26 de noviembre y 31/2020, de 21 de enero).

2.2. Una sentencia es pues incongruente, como ha recordado reiteradamente esta sala (por todas las SSTS 604/2019, de 12 de noviembre y 31/2020, de 21 de enero), si concede más de lo pedido (ultra petita), se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (extra petita), se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (citra petita), siempre y cuando el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita de la pretensión deducida. Siendo perfectamente válido que dé menos de lo pedido (infra petitem), lo que no constituye infracción de incongruencia, salvo que diera menos de lo admitido por el demandado.

2.3. Pues bien, la sentencia recurrida no infringe dicho deber de congruencia, no introduce hechos distintos, ni tampoco se manifiesta sobre cuestiones que no hubieran sido debatidas en juicio, y todo ello lo hace con sujeción a las acciones deducidas en la demanda.

En la demanda se interesó la declaración de improcedencia de la inadmisión de la oferta de EXTRACO de la licitación por inexistencia de grupo empresarial entre dicha entidad y MISTURAS, y la condena a SEPIDES al abono de una indemnización por los daños y perjuicios causados. Sobre tales cuestiones se pronunciaron de manera coincidente las sentencias de ambas instancias en sentido desestimatorio.

2.4. La falta de referencia expresa por la Audiencia Provincial a las distintas alegaciones opuestas en el recurso de apelación podría afectar, en su caso, a la falta de motivación de la sentencia.

Ahora bien, la incongruencia y la falta de motivación son conceptos distintos que no deben confundirse. La congruencia se mide por el ajuste del fallo a lo pedido. Por su parte, la necesaria motivación de la sentencia exige que exprese los razonamientos fácticos y jurídicos que justifiquen el fallo (sentencia número 648/2009, de 2 de octubre). Pero ni el requisito de la congruencia ni el de la motivación autorizan a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes pudieran tener de la cuestión que se decide. En este sentido, esta sala ha considerado correctas, desde esta perspectiva, aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales

fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquélla (SSTS de 29 de abril de 2008, 22 de mayo de 2009, 9 de julio de 2010; 294/2012, de 18 de mayo; y 774/2014, de 12 de enero de 2015).

Además, la denuncia de omisión de pronunciamiento se refiere a la alegación relativa al hecho de que la inadmisión de la oferta en la licitación se produjese con anterioridad al requerimiento de justificación de la oferta, aducida como argumento de apelación, alegación que sí obtuvo respuesta expresa por parte de la Audiencia. En concreto, le dedicó el fundamento jurídico sexto de su sentencia, que articuló en un doble aspecto, que podemos calificar de formal o procedimental y de material o sustantivo, respectivamente. Así, por un lado, razonó que se trataba de una cuestión relativa a la tramitación del procedimiento de licitación, cuya estimación habría de dar lugar, en su caso, a la nulidad del procedimiento, nulidad que no se interesó en la demanda. Y, por otro lado, reitera que, en todo caso, no cabía acoger la pretensión de improcedencia de la inadmisión de la oferta por las razones materiales que expone en los fundamentos previos, sobre la existencia de una relación de grupo entre las empresas Misturas y Extraco, a las que se remite.

Cuestión distinta es lo acertado o desacertado de la fundamentación, lo que es ya cuestión ajena a las reglas sobre motivación y congruencia de las sentencias que, como se ha expuesto, no han sido infringidas.

2.5. En suma, el juicio sobre congruencia de la resolución judicial precisa de la confrontación entre su parte dispositiva (dictum) y el objeto del proceso, delimitado, a su vez, tanto por los elementos subjetivos del proceso, las partes, como por los elementos objetivos (la causa de pedir). De esta forma, la congruencia no se mide en relación con los razonamientos o con la argumentación, sino poniendo en relación lo pretendido en la demanda con la parte dispositiva de la sentencia (por todas, sentencias 294/2012, de 18 de mayo, y 488/2022, de 21 de junio).

Es precisamente la regla de congruencia, en concordancia con el principio dispositivo, la que impedía que los tribunales de primera instancia y de apelación hicieran pronunciamientos decisorios sobre una pretensión (declaración de nulidad del procedimiento de licitación) que no había sido objeto de petición en la demanda.

2.6. En cualquier caso, si la parte consideraba que la sentencia incurrió en un déficit de pronunciamiento, debería haber solicitado su complemento, conforme al art. 215 LEC. Por lo que, al no haberlo hecho así, este motivo tampoco podría prosperar por falta del requisito previsto en el art. 469.2 LEC.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

Tercero.

Formulación del segundo motivo.

1.- El motivo segundo, articulado al amparo del art. 469.1.4º LEC, denuncia vulneración del derecho fundamental a la prueba inserto en el derecho a un proceso con todas las garantías y, en último extremo, en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE, en lo que se refiere a la valoración de la prueba, que habría sido manifiestamente errónea, arbitraria, ilógica y contradictoria, al entender que las mercantiles Extraco y Misturas pertenecen mayoritariamente a los mismos socios (D. Carlos Alberto, D. Sixto y D. Porfirio).

2.- En su desarrollo se aduce que el error es fáctico, patente e inmediatamente verificable a través de las actuaciones, pues la conclusión de la Audiencia de que existe una participación mayoritaria en ambas mercantiles por parte de los hermanos Carlos Alberto, Sixto y Porfirio se sustenta en un razonamiento erróneo, porque, conforme a la certificación aportada, las acciones de Extraco se distribuyen del siguiente modo: (i) Carlos Alberto, Sixto y Porfirio, un 10% cada uno (en total, 30%); (ii) Augusto, un 2%; y (iii) comunidad de herederos de Camilo (integrada por los hermanos Carlos Alberto, Sixto, Porfirio, María Angeles, Asunción y Debora), un 68% en su conjunto, sin que conste distribución entre los herederos.

Partiendo de esos datos, alega que: (i) la imputación de un porcentaje concreto a los hermanos Carlos Alberto, Sixto y Porfirio en dicha comunidad hereditaria por medio de una simple regla de tres no es ajustado a Derecho, pues ignora la composición y el régimen de adopción de decisiones de la comunidad, y que estos hermanos no ostentan la mayoría de voto en el seno de la comunidad; (ii) la comunidad de herederos tiene un único voto en el seno de la mercantil Extraco, y a la hora de decidir ese voto los citados hermanos no detentan una mayoría de votos en el seno de la comunidad; (iii) salvo que se presuma un pacto de sindicación de voto en el seno de la comunidad de herederos no puede inferirse que los hermanos Carlos Alberto, Sixto y Porfirio tengan mayoría de votos en ambas sociedades; (iv) aunque la sentencia impugnada se apoya en otros indicios (identidad de domicilios, accionistas y órganos de administración), estos no son decisivos, siendo la verdadera ratio decidendi de la sentencia la "situación de control" derivada de la "mayoría de votos" que los socios titulares del 100% del capital de Misturas ostentarían en Extraco; y (v) el error de la Audiencia fue decisivo porque de considerar que no existe unidad de decisión, directa o indirecta, por ostentar los hermanos Carlos Alberto, Sixto y Porfirio la mayoría de los derechos de voto de ambas mercantiles, decaería la razón por la que se estima que existe un grupo de empresas a los efectos del art. 42 Ccom.

Cuarto.

Decisión de la sala. Inexistencia de una valoración ilógica o arbitraria de la prueba. Desestimación.

1.- No resulta controvertido que los hermanos Carlos Alberto, Sixto y Porfirio ostentan entre los tres la titularidad de la totalidad de las acciones en que se divide el capital social de Misturas Obras e Proxectos, S.A. Tampoco resulta discutido que esos mismos hermanos ostentan de forma directa un 30% del capital social de Extraco Obras e Proxectos, S.A. (un 10% cada uno), así como que forman parte de la comunidad de herederos de D. Camilo, que, a su vez, ostenta el 68% del capital social de Extraco. También es incontrovertido que esa comunidad de herederos la forman, además de los tres hermanos citados, otras tres herederas, María Angeles, Asunción y María Angeles, hermanas de los anteriores.

Lo que se discute es la participación concreta de cada uno de los herederos en la citada comunidad de herederos. La Audiencia ha interpretado la certificación del secretario del consejo de administración de Extraco, de la que resultan los datos antes citados, en el sentido de que, a falta de otra concreción, los seis hermanos ostentan una participación idéntica en la comunidad de herederos de su padre, de donde se colegiría que los tres hermanos Carlos Alberto, Sixto y Porfirio ostentan en conjunto un 64% del capital social de Extraco, un 30% de forma directa y un 34% de forma indirecta a través de su participación en la comunidad hereditaria. La recurrente afirma que esa valoración de la prueba resulta manifiestamente errónea, arbitraria e ilógica.

2.- El motivo debe ser desestimado. En el estrecho margen de revisión que proporciona el recurso extraordinario por infracción procesal, limitado a los motivos enunciados en el art. 469 LEC, no cabe someter al enjuiciamiento de esta sala cuestiones de naturaleza jurídico sustantiva, como las relativas a la naturaleza de la cotitularidad propia de las comunidades hereditarias o al régimen legal del ejercicio del derecho al voto en las sociedades de capital en los casos de cotitularidad de las acciones y participaciones sociales (vid. sentencia 601/2020, de 12 de noviembre). Ceñido el motivo a lo que cabe en el cauce del recurso ahora examinado, debemos rechazar la imputación de error arbitrario e ilógico que se hace a la sentencia de apelación en la valoración de la prueba sobre el extremo controvertido.

3.- Como señalamos en nuestra sentencia 468/2019, de 17 de septiembre:

"La valoración probatoria se concibe como la actividad intelectual que ha de realizar el Juez a los efectos de determinar, con respecto a las afirmaciones fácticas realizadas por las partes, si éstas se han visto corroboradas por las pruebas propuestas y practicadas en el proceso, sometiendo a las mismas a un examen fundado en máximas de experiencia obtenidas por el propio Juez o establecidas en la ley, así como a través de los más elementales postulados de la lógica y la razón - sana crítica-, proceso que, además, ha de exteriorizar en la motivación de la sentencia, que zanja el conflicto judicializado sometido a su consideración".

La sana crítica se concibe pues como un sistema integrado por las reglas de la lógica, de la ciencia y de la experiencia, entendida la primera de ellas como sistema que permite verificar la corrección de los razonamientos humanos, con sometimiento a las pautas por las que debe discurrir el pensamiento condigno al ejercicio de la función jurisdiccional. La valoración probatoria llevada a efecto por medio de tales reglas exige que no conduzca al absurdo como límite infranqueable de la lógica jurídica. En definitiva, lo que se pretende es la consagración de una concepción racionalista de la valoración de la prueba, que permita dictar una sentencia motivada que adopte una decisión justificada conforme a los postulados de la razón.

4.- La valoración probatoria corresponde a los tribunales de primera y segunda instancia, por lo que es ajena a los recursos extraordinarios por infracción procesal y casación.

4.1. La finalidad del proceso ha de ir encaminada a alcanzar, dentro de las consustanciales limitaciones humanas, la versión más próxima posible a la realidad de lo acontecido, dentro del estándar probatorio vigente en el proceso de que se trate. Ahora bien, la valoración de la prueba es una actividad procesal, que corresponde a la primera y segunda instancia, impropia de unos recursos extraordinarios como son los de infracción procesal y casación.

4.2. El recurso de casación no es una tercera instancia, que posibilite una nueva revisión del material fáctico del proceso, sino que cumple una función muy diferente; por un lado, nomofiláctica o protectora de las normas jurídicas de derecho material o sustantivo; y, por otra, de fijación de doctrina, mediante el establecimiento de criterios uniformes de interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales del derecho en los términos del art. 1.6 del CC, que sirva de orientación y guía para resolver asuntos que guarden identidad de razón.

La técnica casacional exige, por consiguiente, razonar sobre la infracción legal, respetando los hechos y la valoración probatoria de la Audiencia, sin que constituya una tercera instancia (sentencias 5/2016, de 27 de enero; 367/2016, de 3 de junio, o más recientemente 477/2019, de 17 de septiembre; 365/2020, de 29 de junio, 476/2020, de 21 de septiembre y 83/2021, de 16 de febrero, entre otras muchas).

4.3. Tampoco es posible llevar a efecto una nueva valoración de la prueba practicada a través del recurso extraordinario por infracción procesal; toda vez que no figura el error en la valoración de la prueba dentro de los específicos motivos tasados contemplados en el art. 469 de la LEC, lo que pone de manifiesto que el legislador reservó dicha valoración para las instancias. De esta forma, nos hemos expresado en las sentencias 626/2012, de 11 de octubre, con cita de otras muchas; 263/2016, de 20 de abril o 615/2016, de 10 de octubre.

5.- El art. 24 de la CE como mecanismo de corrección de la valoración irracional y arbitraria de la prueba.

5.1. Ahora bien, una cosa es que no quepa realizar a través de los citados recursos extraordinarios una nueva valoración de la prueba, y otra bien distinta que se permita consagrar patentes y manifiestos errores fácticos, de constatación objetiva y trascendencia acreditada en la decisión del proceso; o que quepa consagrar, por formalmente infiscalizables, resoluciones arbitrarias, fruto de un mero voluntarismo judicial atentatorio a la razonabilidad exigible a las decisiones de los tribunales.

5.2. Lo que proscribe nuestro ordenamiento jurídico es la valoración irracional de las pruebas, concebidas éstas como instrumentos de demostración de las afirmaciones fácticas de las partes. Entonces sí este tribunal, en su función tuitiva de los derechos fundamentales, puede corregir, al amparo del art. 469.1.4º de la LEC, una valoración probatoria que atente, de forma manifiesta y notoria, al canon de racionalidad, que ha de presidir cualquier resolución judicial. En este sentido, señalan las sentencias 572/2019, de 4 de noviembre, y 7/2020, de 8 de enero, que:

"esta sala no es una tercera instancia y por esta razón solo de forma excepcional se admite la revisión de la valoración probatoria del tribunal sentenciador por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de esa determinada prueba no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 de la Constitución"

En el mismo sentido se pronuncian, entre las más recientes, las sentencias 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre o 681/2020, de 15 de diciembre, entre otras muchas.

5.3. Ahora bien, no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional. Para ello es necesario, que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, -material o de hecho-, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales (sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero y 208/2019, de 5 de abril)

6.- Por tanto, la doctrina anterior sobre la posibilidad de revisión de la valoración probatoria en el seno del recurso extraordinario por infracción procesal debe circunscribirse a sus justos términos, y, por consiguiente, no tolera incurrir en el exceso de considerar vulneradas disposiciones sobre la prueba por el mero hecho de que la parte recurrente llegue a conclusiones distintas de las alcanzadas por el tribunal provincial con arreglo a criterios valorativos lógicos (sentencias 789/2009, de 11 de diciembre y 541/2019, de 16 de octubre); puesto que no podemos identificar valoración arbitraria e irracional de la prueba con la obtención de unas conclusiones fácticas distintas a las sostenidas por quien discrepa del ejercicio de tan esencial función de la jurisdicción. Defender una versión discrepante sobre los hechos objeto del proceso no encuentra amparo en el art. 469.1.4º LEC, salvo que los considerados acreditados por la Audiencia, como venimos insistiendo hasta la saciedad, sean resultado de una valoración irracional o arbitraria de la prueba, no meramente distinta o discordante de la sustentada por la parte recurrente.

7.- Estas limitaciones son aplicables al presente caso en el que, si bien la recurrente discrepa de las conclusiones probatorias alcanzadas por los tribunales de instancia, sin embargo, no justifica que esas conclusiones sean el resultado de una valoración irracional o arbitraria de la prueba. En primer lugar, debemos partir de las limitaciones propias del régimen de prueba sobre la titularidad de las acciones nominativas del art. 116 LSC, basado en un "libro-registro", que no es público (el derecho a examinarlo se limita al círculo de los propios accionistas), y cuyo contenido carece de fehcencia, de carácter constitutivo y de efectos frente a terceros, sin perjuicio de su función legitimadora ante la sociedad "que opera con la fuerza de la presunción iuris tantum en las relaciones entre esta [la sociedad] y el socio, en los aspectos activos - ejercicio de derechos sociales - y pasivo - exigencia de deberes y obligaciones de la misma naturaleza -" (sentencia 171/2008, de 28 de febrero).

En segundo lugar, la eventual existencia de unos derechos hereditarios, por llamamiento testamentario, no igualitario entre los hermanos en la comunidad hereditaria de su padre, debió haber sido probada por la demandada conforme a los principios de disponibilidad y facilidad probatoria. Como hemos declarado en reiteradas ocasiones, los referidos principios permiten hacer recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición mejor o más favorable por la disponibilidad o proximidad a su fuente para su aportación (por todas, sentencias 316/2016, de 13 de mayo, y 603/2022, de 14 de septiembre). Y no cabe duda de que la parte litigante que más fácilmente podía probar la existencia de un testamento otorgado por D. Camilo que instituyese herederos a sus hijos en cuotas desiguales es la demandada, de cuyo accionariado formaban parte tanto los hermanos Carlos Alberto, Sixto y Porfirio, como la citada comunidad de herederos. Y lo mismo cabe decir respecto del régimen de voto en la sociedad demandada que rija la citada comunidad (arts. 90 y 126 LSC, y STS 601/2020, de 12 de noviembre).

8.- En el marco de este enjuiciamiento, lo relevante es la atribución efectiva de facultades de control de las decisiones adoptadas en el seno de la entidad demandante mediante el ejercicio del derecho al voto que corresponde a las acciones que se integran en el activo de la comunidad hereditaria.

Y a estos efectos, la Audiencia ha concluido en el sentido de que los hermanos Carlos Alberto, Sixto y Porfirio ostentan una participación en el capital de Extraco y Mistura, directamente y a través de su participación en la citada comunidad hereditaria, que permite a ese grupo familiar un control real de ambas empresas. Conclusión que es fruto de una valoración jurídica, fiscalizable, en su caso, por la vía de un recurso de casación, y que no contradice ni altera la base fáctica del proceso (contenido de la certificación del secretario del consejo de administración de Extracto, y las circunstancias de que ambas sociedades tienen mismo presidente, mismos miembros del consejo de administración, pertenencia mayoritaria del capital a un mismo grupo familiar o el hecho de que el domicilio de ambas sociedades se encuentre en el mismo edificio, entre otras).

9.- Por tanto, aunque admitiéramos que esa conclusión no fuese la única posible, no apreciamos que la Audiencia haya incurrido en una valoración probatoria patentemente errónea, arbitraria o ilógica, en los términos exigidos por la jurisprudencia, antes reseñada, condiciones necesarias para la prosperabilidad de un recurso de esta naturaleza.

En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

Recurso de casación

Quinto.

Formulación del único motivo.

1.- El motivo denuncia la infracción del art. 42.1 del Código de comercio, y la vulneración de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la consideración de grupo de empresas al amparo del citado precepto, que exige una situación de control, contenida en las sentencias de esta sala 738/2012, de 13 de diciembre, 134/2016, de 4 de marzo, y 190/2017, de 15 de marzo.

2.- En su desarrollo, en síntesis, la recurrente alega que con arreglo al art. 42 Ccom, tras la reforma del año 2007, no resulta posible comprender en el concepto legal de grupo el llamado grupo horizontal o de coordinación, sino que se reduce a las situaciones de control, es decir, los conocidos como grupos verticales, y más en concreto, no basta la existencia de control sin más, sino que debe existir una sociedad dominante y otra u otras dependientes, siendo la primera la que ejerza o pueda ejercer, directa o indirectamente, el control sobre otra u otras. Por tanto, no basta para afirmar que haya grupo de sociedades, en el sentido del art. 42 Ccom, como hace la Audiencia, que haya varias personas físicas que tengan la mayoría del capital social y, en consecuencia, del poder político, y que, al estar vinculadas entre sí, se pueda predicar de ellas el control de las distintas sociedades, pues ninguna de estas es dominante de las demás. Podrán constituir un grupo horizontal, paritario o por coordinación asentado en la idea de unidad de decisión, pero ello no se ajusta al criterio legal establecido tras la reforma del año 2007.

El motivo debe ser desestimado por las razones que exponemos a continuación.

Sexto.

Decisión de la sala (i). Los procesos de contratación pública y los mecanismos de control de ofertas competitivas cuando concurren a la licitación empresas de un mismo grupo. La ratio del art. 86 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas .

1.- Objeto de la controversia.

1.1. La Audiencia Provincial basa su decisión en que "si bien no puede hablarse de participación de una sociedad en otra, sí que la coincidencia de capital social mayoritariamente detentado por D. Carlos Alberto, D. Sixto y D. Porfirio con idénticos órganos de administración, hace que este grupo de hermanos, titulares del 100% del capital de MISTURAS ..., ostenten también la mayoría de votos del EXTRACO, ..., dando lugar al cumplimiento de los presupuestos de los apartados a), b), c) o d) del artículo 42.1 C.Com".

1.2. La recurrente opone a este razonamiento que el concepto legal de grupo del art. 42 Ccom, tras la reforma legal de 2007, no comprende el llamado grupo horizontal o de coordinación, sino más limitadamente el denominado grupo vertical, limitado a las situaciones en que hay una sociedad dominante que controla, directa o indirectamente, a otra u otras dependientes. Situación que, a su juicio, no concurre en el caso, en el que ninguno de los socios ostenta la mayoría de voto en ninguna de las sociedades, no existe una relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que dependa la dominada, y tampoco concurre ninguno de los supuestos del art. 42 Ccom.

1.3. La relevancia de la interpretación del art. 42 Ccom en el caso deriva de la remisión al mismo que se contiene en el art. 86 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a los efectos del art. 83.3 de esta ley, es decir, a los efectos de aplicar el régimen de apreciación de las bajas desproporcionadas o temerarias cuando concurren proposiciones presentadas individualmente por sociedades pertenecientes al mismo grupo.

2.- Marco normativo de los procedimientos de licitación para la adjudicación de contratos públicos aplicable al caso.

2.1. La demandada (Sepides) es una sociedad perteneciente al sector público empresarial, dependiente de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (Sepi), entidad de Derecho público creada por Real Decreto-ley 5/1995, de 16 de junio, dependiente del Ministerio de Hacienda. Sus actividades se rigen por el ordenamiento jurídico privado, si bien también le resultan de aplicación, entre otras normas de Derecho público, y a los efectos que ahora interesan, la legislación de contratos del sector público.

En concreto, en la fecha de tramitación y aprobación del procedimiento de licitación del que nace este litigio estaba vigente el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (LCSP), que sucedió al anterior texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, a cuyo art. 83.3 se remite a su vez el art. 86 su Reglamento general aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre, que fue la norma aplicada por Sepides para acordar la inadmisión de la oferta presentada en la licitación pública por Extraco.

2.2. Entre los objetivos de la legislación reseñada se encuentra garantizar que la contratación del sector público se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos (art. 1 LCSP), y su ámbito subjetivo incluye a la demandada, como sociedad mercantil en cuyo capital social tiene una participación superior al 50% una entidad pública empresarial (art. 3.1 LCSP). El contrato de cuya adjudicación trata el litigio es un contrato de obra (art. 6 LCSP), que tiene el carácter de contrato privado, y no administrativo, por no ser parte del mismo una entidad del sector público (Sepides) que reúna la condición de Administración Pública (arts. 19.1, 20.1 y 3.2 LCSP).

En consecuencia, si bien sus efectos y extinción se rigen por el derecho privado, sin embargo, en cuanto a su preparación y adjudicación, se rigen por la legislación de contratos del sector público y sus disposiciones de desarrollo (art. 20.1 LCSP). No obstante, el orden jurisdiccional civil es competente no solo para resolver las controversias que surjan entre las partes respecto de los efectos, cumplimiento y extinción de estos contratos privados, sino también para conocer las cuestiones litigiosas que afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que celebren las entidades sometidas a la legislación de contratos del sector público que no tengan el carácter de Administración pública - siempre que los contratos no estén sujetos a regulación armonizada - (art. 21.2 LCSP).

2.3. En este contexto normativo se enmarca la aplicación al contrato litigioso de las normas que regulan los procedimientos administrativos de adjudicación y, en concreto, el art. 86.1 y 2 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, conforme al cual:

"1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley, cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio, presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo.

"2. Cuando se presenten distintas proposiciones por sociedades en las que concurren alguno de los supuestos alternativos establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, respecto de los socios que las integran, se aplicarán respecto de la valoración de la oferta económica las mismas reglas establecidas en el apartado anterior".

La remisión al art. 83.3 del texto refundido aprobado por RDL 2/2000, debe entenderse hecha, en este caso, a la norma vigente a la fecha de la licitación controvertida, esto es, el art. 145.4 del texto refundido aprobado por RDL 3/2011, conforme al cual en los contratos de obra (distintos a los de concesión de obra pública) "la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 152". Y a continuación, añade "se considerarán empresas vinculadas las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio".

2.4. Para comprender el sentido de la regulación contenida en el art. 86 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas hay que observar que si, por un lado, el principio de eficacia del funcionamiento del sector público requiere evitar adjudicar contratos a quien por presentar ofertas con precio anormal y desproporcionadamente bajos podrá incurrir en situaciones de imposibilidad de cumplimiento, por otro lado, la eficiencia en el uso de los recursos públicos exige establecer mecanismos que permitan objetivar cuándo una oferta puede ser considerada anormalmente baja. En las condiciones de la licitación del caso, se fijó como criterio para calificar como ofertas anormalmente bajas las que fuesen inferiores en más de un 10% a la media de las bajas de las ofertas presentadas.

Ahora bien, estos principios quedarían desvirtuados, en perjuicio de la transparencia y competitividad del mercado, en caso de que, por medio de un concierto entre varias empresas oferentes, se acordase presentar ofertas no competitivas, más bajas de las que presentarían en condiciones normales de competencia libre, con objeto de

que el precio medio del conjunto de las ofertas se reduzca, de forma que, al realizar el cálculo de las ofertas temerarias, se favorezca la adjudicación a una de las empresas concertadas, y se limite la exclusión por baja temeraria o desproporcionada a la oferta realizada por el resto de las concertadas.

2.5. Y con objeto de prevenir estas prácticas anticompetitivas, la legislación de contratos del sector público establece la norma contenida en el transcrito art. 86 del Reglamento, que toma en cuenta o computa únicamente para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias la más baja, en los casos en que varias empresas de un mismo grupo concurren individualmente a la adjudicación del contrato.

En este sentido, resulta muy ilustrativo cómo ha sido interpretado este precepto por los tribunales del orden contencioso administrativo. Así, por ejemplo, la sentencia 651/2017, de 8 de septiembre, de la sala de los contencioso- administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (secc. 5.^a), con remisión a otra anterior de la misma sala de 22 de junio de 2009 (rc. 1443/2007):

"[...] el principio de igualdad de trato que las Directivas europeas sobre contratos públicos exigen, igualdad de trato que pasa porque los licitadores tengan las mismas oportunidades e información, lo que supone que cada licitador pueda presentar una sola oferta, ya que en caso contrario el licitador que presenta más de una oferta se encuentra en una posición de ventaja sobre los licitadores que solo presentan una oferta, colocando de partida a estos últimos en una situación objetiva de desventaja, con el riesgo de manipulación del procedimiento de adjudicación por el licitador que hace más de una oferta mediante el uso de una de las ofertas que presenta con la finalidad de excluir las ofertas del resto de los licitadores, o con el exclusivo fin de restar puntuación a los demás licitadores. La efectividad del mandato del artículo 80 no solo impide que un mismo licitador, sea persona física o jurídica, presente en un determinado procedimiento de adjudicación más de una proposición, sino que veda también que el mismo licitador haga más de una proposición mediante el mecanismo de interponer una o varias personas jurídicas que bajo la cobertura formal de la diferente personalidad jurídica, denominación social y patrimonio propio, distinta del resto de las personas físicas o jurídicas que concurren, permita en el fondo conseguir lo que el artículo prohíbe, a saber, que cada licitador presente más de una oferta, lo que constituye un supuesto acabado de fraude de ley.

"A este fin de evitar la concurrencia fraudulenta se dirige la previsión del artículo 86 RLCAP en cuanto a valoración de las proposiciones formuladas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo respecto de la aplicación del régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, prescribiéndose que se tomará únicamente en consideración la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo".

3.- Los precedentes administrativos y judiciales sancionadores contra la demandante por prácticas anticompetitivas en la presentación de ofertas en licitaciones públicas.

3.1. En este contexto normativo resultan relevantes los hechos acreditados en la instancia relativos a la existencia de denuncias contra Extraco y Misturas por adjudicaciones irregulares y de una sanción de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) por infracción del art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (que prohíbe las prácticas colusorias), y diversas sentencias de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (secc. 6.^a) con sanciones contra esas empresas por prácticas contrarias a la competencia por alteración de precios (entre ellas, las recaídas en los recursos 565/2011, 658/2011, 679/2011, 691/2011, 566/2011, 389/10). La sentencia de dicho tribunal de 6 de mayo de 2013 (rec. 661/2011), describe así la participación en la organización de un mecanismo para acordar ofertas en las licitaciones públicas de conservación, mejora, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas:

"este mecanismo de coordinación operaba en licitaciones organizadas en base al procedimiento restringido; entre las empresas invitadas a presentar oferta económica se producían contactos y reuniones, que tenían por objeto analizar, para una o varias licitaciones, las ofertas que las empresas invitadas a cada una de ellas tenían previsto presentar en condiciones competitivas. Conocidas las bajas competitivas y la empresa que habría resultado vencedora sin acuerdo, se mantiene a la misma pero se acuerda una nueva baja para el vencedor mucho más reducida que la que habría ofertado en condiciones de competencia. El resto de empresas realizarían ofertas con bajas inferiores a la acordada para la vencedora. No se ha establecido si existe algún método sistemático para calcular la nueva baja a ofertar por la empresa adjudicataria, pero en todos los casos sería más reducida que las bajas competitivas recogidas en los documentos manuscritos de las reuniones".

3.2. En el caso de la litis, como afirma la demandada, la práctica seguida consistiría en que Extraco habría concurrido al procedimiento de licitación con Misturas emitiendo una oferta con bajas desproporcionadas con la finalidad de rebajar la oferta media para que, al realizar el cálculo de las ofertas desproporcionadamente bajas, solo una fuera excluida, y la otra resultara adjudicataria. La finalidad del art. 86 del Reglamento es precisamente evitar este tipo de prácticas o estrategias concertadas entre empresas vinculadas para obtener la adjudicación de los contratos, para lo que establece una suerte de presunción legal de existencia de concierto entre esas empresas, de

forma que solo será computada para definir la media del conjunto de las ofertas la más baja, con exclusión de las demás.

Esta es la ratio de la norma que debe ser interpretada, incluyendo la parte de su contenido que, para definir el tipo de vinculación entre empresas incluida en el perímetro de la presunción legal de concertación, se remite al art. 42 Ccom. En el momento en que se redactó el art. 86 RD1098/2001, la versión vigente del citado art. 42 Ccom era la anterior a su reforma de 2007.

Séptimo.

Decisión de la sala (ii). El concepto de "grupo de sociedades" a los efectos del artículo 86 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. La remisión al art. 42 del Código de comercio. Doctrina jurisprudencial. Desestimación.

1.- La tesis impugnativa de la recurrente. La recurrente admite que las dos sociedades (Misturas y Extraco) están participadas por socios coincidentes y comparten la misma composición de su órgano de administración. Pero niega que ello se traduzca en la existencia de un "grupo familiar" en que se integren ambas sociedades pues ninguno de los socios ostenta la mayoría de voto en ninguna de las sociedades; no existe una relación de jerarquía ni una sociedad dominante de la que dependa la dominada; ni concurre ninguno de los supuestos del art. 42 Ccom. Alega que para que exista un grupo de sociedades ajustado al concepto legal reflejado en este precepto "no basta que haya varias personas físicas que tengan la mayoría del capital social, y en consecuencia del poder político, y que, al estar vinculadas entre sí, se pueda predicar de ellas el control de las distintas sociedades, pues ninguna de estas es dominante de las demás". Insiste en que, tras la entrada en vigor de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, por la que se introdujo la disposición adicional sexta de la Ley Concursal, la noción de grupo viene determinada no por la existencia de una "unidad de decisión", sino por la existencia de una "situación de control", tal y como lo prevé el art. 42.1 Ccom.

Por ello, aunque la recurrente admite que la noción de grupo puede ir más allá de los casos en que existe un control directo, incluyendo las situaciones de control indirecto, lo que entiende que no queda incluido son las situaciones de grupos horizontales de estructura paritaria, o por coordinación, en los que ninguna de las sociedades integrantes tiene el control de las demás.

Y aunque la jurisprudencia ha admitido la existencia de grupo de sociedades cuando el control no lo ostenta una sociedad mercantil sino una persona física (sentencias 738/2012, de 13 de diciembre, 134/2016, de 4 de marzo, y 190/2017, de 15 de marzo), la recurrente entiende que de todas esas sentencias se infiere que la única opción de que se admita que dicho control existe, es aquella en la que "en la cúspide de la pirámide jerárquica o de las mayorías de voto establecidas directa o indirectamente a través o no de vehículos intermedios, el control reside en UNA (única) sociedad, o en UNA (única) persona física". Situación que no se produciría en el caso de la litis (en el que el control se predica del núcleo familiar formado por tres de los socios).

2.- El concepto de "grupo de sociedades" en la doctrina jurisprudencial.

2.1. Este tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el grupo de sociedades, a efectos del concurso, en las sentencias 738/2012, de 13 de diciembre, y 134/2016, de 4 de marzo, 190/2017, de 15 de marzo, y 113/2021, de 2 de marzo, de las que resulta una doctrina que, en lo sustancial, resulta también aplicable para la resolución del presente recurso.

2.2. Como hemos visto, el art. 86.1 RD 1098/2001 entiende por "empresas pertenecientes a un mismo grupo" las que "se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de comercio".

Con esta remisión, al igual que sucede en el caso de la remisión contenida en la disposición adicional sexta de la Ley Concursal, la noción de grupo viene marcada a los efectos del citado art. 86.1 RD 1098/2001, no por la existencia de una "unidad de decisión", sino por la situación de control, tal y como prevé el art. 42.1 Ccom, tras la reforma de la Ley 16/2007, de 4 de julio, cuyo párrafo segundo afirma que "existe grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras".

Para facilitar la labor de detección de estos supuestos, pero sin ánimo exhaustivo, el precepto establece las siguientes presunciones:

"En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

"a. Posea la mayoría de los derechos de voto.

"b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

"c. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

"d. Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del

órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. [...]"

Por tanto, tras la reforma del art. 42 del Código de Comercio por la Ley 16/2007, de 4 de julio, el grupo de sociedades viene caracterizado por el control que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, una sobre otra u otras.

2.3. Con esta referencia al control, directo o indirecto, de una sociedad sobre otra u otras, se extiende la noción de grupo más allá de los casos en que existe un control orgánico, porque una sociedad (dominante) participe mayoritariamente en el accionariado o en el órgano de administración de las otras sociedades (filiales). Se extiende también a los casos de control indirecto, por ejemplo, mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control, sobre la política financiera y comercial, así como el proceso decisorio del grupo. Y la noción de "control" implica, junto al poder jurídico de decisión, un contenido mínimo indispensable de facultades empresariales. Para ilustrar el contenido de estas facultades, sirve la mención que en la doctrina se hace al Plan General Contable, parte segunda, norma 19, que, al definir las "combinaciones de negocios", se refiere al "control" como "el poder de dirigir las políticas financiera y de explotación de un negocio con la finalidad de obtener beneficios económicos de sus actividades" (sentencias 134/2016, de 4 de marzo, 190/2017, de 15 de marzo, y 113/2021, de 2 de marzo).

2.4. La sentencia de esta sala 190/2017, de 15 de marzo, dilucidó la cuestión de si al ser una persona física la que ejerce el control al que se refiere el art. 42.1 Ccom sobre varias sociedades (en concreto, en aquel caso, la concursada y su acreedora), puede considerarse que estas se encuentran integradas en un grupo de sociedades (en ese caso a efectos del concurso y, por tanto, a los de considerar que la sociedad acreedora tenía la condición de persona especialmente relacionada con la sociedad concursada), o si al no ejercitarse el control por una sociedad mercantil sino por una persona física, no existía grupo de sociedades, a esos efectos.

La sala resolvió esta cuestión en sentido afirmativo, al entender que la remisión de la disposición adicional sexta de la Ley Concursal al art. 42.1 del Código de Comercio se refiere al criterio determinante de la existencia del grupo de sociedades, esto es, el criterio del control, sea actual o potencial, directo o indirecto, establecido en tal precepto. Esta remisión permite excluir del concepto de grupo, a efectos del concurso, a los grupos paritarios, horizontales o por coordinación, que antes de la reforma operada por la Ley 16/2007, de 4 de julio, eran también considerados grupos societarios, a efectos del art. 42 del Código de Comercio y de las normas que se remitían a tal precepto, cuando existía una "unidad de dirección". Solo entra dentro del concepto legal de grupo de sociedades los de carácter jerárquico.

Pero esta sala también declaró que para que exista grupo de sociedades no es necesario que quien ejerce o puede ejercer el control sea una sociedad mercantil que tenga la obligación legal de consolidar las cuentas anuales y el informe de gestión. De forma que, si existe control en el sentido definido en el art. 42.1 Ccom, para que exista un grupo societario (en aquel caso a efectos de la Ley Concursal) es indiferente que en la cúspide del grupo se encuentre una sociedad mercantil (que tendría la obligación contable de formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados) o algún otro sujeto (persona física, fundación, etc.) que no tenga esas obligaciones contables. Conclusión que justificamos con las siguientes razones:

"12.- De considerar que la remisión que la disposición adicional sexta hace al art. 42.1 del Código de Comercio para determinar el concepto de grupo societario incluye la exigencia de que quien ejerce (o puede ejercer) el control sea una sociedad, se estarían excluyendo a grupos con un protagonismo importante en la vida económica en los que tal control es ejercido por una persona física o por una fundación.

"13.- El propio art. 42, en su apartado 6, prevé la posibilidad de aplicar lo previsto en esa sección a los supuestos en que cualquier persona física o jurídica, distinta de la prevista en el apartado 1, formule y publique cuentas consolidadas, por lo que la situación de control sobre sociedades mercantiles puede ejercerse también por personas físicas o personas jurídicas que no sean sociedades mercantiles, sin perjuicio de que en este caso la consolidación de cuentas por parte de la persona física o jurídica dominante sea voluntaria.

"14.- Las razones que justifican el tratamiento como persona especialmente relacionada con el deudor de la sociedad perteneciente al mismo grupo, y que determinan la calificación de su crédito como subordinado, concurren plenamente en el presente caso".

3.- Estas mismas consideraciones son aplicables al caso ahora examinado, pues las razones que justifican el régimen jurídico previsto por la legislación de contratos del sector público y, en particular, el régimen establecido por el art. 86.1 RD 1098/2001 para los casos en que varias empresas de un mismo grupo concurren a una misma licitación pública presentando ofertas de forma individual, concurren también en los casos en que las sociedades licitantes no tengan entre sí una relación de jerarquía dentro de un grupo porque ambas sean sociedades dominadas. De forma que, si existe control, en el sentido del art. 42.1 Ccom, hay grupo, aunque las sociedades licitantes sean filiales o dominadas, y aunque el control del grupo lo ostente una persona física, siempre que disponga de los mecanismos societarios precisos para adoptar cualquier decisión en las sociedades oferentes (como en el caso de una participación mayoritaria en el capital social).

4.- A los efectos del art. 86 RD 1098/2001 , el concepto de grupo es compatible con que el control lo ostente un núcleo familiar integrado por varias personas que actúan en concierto.

4.1. Respetando este marco doctrinal, que la propia recurrente asume como jurisprudencia consolidada, la cuestión controvertida en este recurso es si esta misma doctrina puede proyectarse en los casos en que la posición de control de las sociedades participadas no la ostente una única persona física, sino un núcleo familiar integrado por tres hermanos que ostenten el 100% del capital en una de las sociedades concurrentes a la licitación pública (Misturas) y un 64% del capital en otra de las oferentes (Extraco). La recurrente basa su tesis impugnativa, como hemos visto, en la presuposición de que la jurisprudencia parte como premisa de que el control de las participadas lo ostente una única persona (física o jurídica).

4.2. La sala no comparte esta tesis por las siguientes razones:

1.^a) Lo relevante a los efectos del art. 86 RD 1098/2001 es que (i) exista una concentración del poder de control sobre las sociedades concurrentes a la licitación, que permita una influencia decisiva en el proceso de toma de decisión de esas sociedades ("poder jurídico de decisión") y en el ejercicio de las facultades empresariales ("política comercial y financiera"); (ii) ya sea ese control directo (participación mayoritaria en el accionariado o en el órgano de administración de las sociedades filiales o dominadas), o indirecto, por ejemplo, mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control; y (iii) que ese control lo ostente bien una sociedad mercantil u otra persona jurídica (sentencia 601/2020, de 12 de noviembre), bien una persona física (sentencia 190/2017, de 15 de marzo), sola o en concierto con otras personas, físicas o jurídicas, a través, en su caso, de la concertación de contratos o acuerdos de sindicación de acciones.

2.^a) En el caso, ambas sociedades (Misturas y Extraco) comparten el mismo presidente, la misma composición del consejo de administración, tienen su domicilio social en el mismo edificio (en plantas contiguas), el accionariado pertenece íntegramente a una misma familia, el núcleo formado por los tres hermanos Carlos Alberto, Sixto y Porfirio ostentaban, directa o indirectamente, el 100% del capital de Misturas y el 64% de Extraco, y las ofertas técnicas presentadas fueron idénticas y muy similares las económicas.

La demandante no ha ofrecido ninguna explicación verosímil alternativa a la de la actuación concertada entre ambas empresas en cuanto a esa cuasi identidad en las ofertas.

A todo ello se suma que la demandada, al igual que Misturas, ha sido condenada reiteradamente por prácticas anticompetitivas, mediante la participación en procesos de licitación públicos de contratos por alteración del precio mediante una actuación igualmente concertada.

3.^a) De todo ello se deriva de forma lógica y racional un control real y efectivo por el citado núcleo familiar, mediante el poder de decisión que les otorga su participación mayoritaria en el capital, sobre las dos sociedades oferentes, mediante un concierto o pacto, expreso o tácito, formal o informal, sobre el ejercicio del derecho de voto y de dirección de la política empresarial.

4.^a) Admitir otra interpretación favorecería una dispensa del deber de cumplimiento de las reglas que respecto de las licitaciones públicas impone la legislación de contratación del sector público para prevenir la práctica de presentación de ofertas anticompetitivas, frustrando la finalidad de la norma (garantizar que la contratación del sector público se ajuste a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos ex art. 1 LCSP).

5.^a) La remisión contenida en el art. 86 RD 1098/2001 al art. 42.1 Ccom fue anterior la reforma de la Ley 16/2007, de 4 de julio, lo que supone que aquella norma reglamentaria acogía el concepto amplio de grupo vigente en su fecha de promulgación. Aunque consideremos que esa remisión deba entenderse como una remisión dinámica y no estática, adaptando e integrando en la norma remitente el contenido que en cada momento tenga la norma remitida, ello no es obstáculo para que la interpretación del concepto de grupo, en este contexto, se realice atendiendo al origen y a la ratio del citado art. 86 RD 1098/2001.

6.^a) Este criterio se refuerza al observar que el art. 145.4 del TRLCSP, aprobado por RDL 3/2011, de 14 de noviembre, vigente en la fecha de la licitación litigiosa, al regular las proposiciones de los interesados en los contratos distintos de los de concesión de obra pública, establece, en su párrafo segundo, la regla de que "la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el art. 152".

Cuando a continuación ese precepto establece en su párrafo tercero que "se considerarán empresas vinculadas las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de comercio", ni convierte en una enumeración cerrada la relación de supuestos descritos en ese artículo (ya dijimos que no es una relación exhaustiva), ni en una interpretación sistemática y teleológica, según la finalidad a que responde, permite excluir, mediante la regla *inclusio unius exclusio alterius*, otros supuestos similares que respondan a la ratio del art. 145 TRLCSP y al alcance de la expresión que utiliza de "empresas vinculadas".

7.^a) Esta interpretación es la más respetuosa con los objetivos y finalidades de la legislación de contratos del sector público, en concordancia con la legislación de defensa de la competencia, de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos.

5.- Por todo ello, el recurso debe ser desestimado.

Octavo.

Costas y depósitos

1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación deben ser impuestas a la recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por EXTRACO, CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A. contra la sentencia n.º 136/2019, de 11 de marzo, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 838/2018.

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.