

Roj: **SAN 126/2013 - ECLI:ES:AN:2013:126**Id Cendoj: **28079230062013100026**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **6**Fecha: **25/01/2013**Nº de Recurso: **555/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **MERCEDES PEDRAZ CALVO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAN 126/2013,**
STS 1250/2015,
STSJ M 7751/2019

SENTENCIA

Madrid, a veinticinco de enero de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. 555/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia **Nacional** ha promovido **ALVARO VILLAESCUSA S.A.** representada por la Procuradora Sra. Del Pardo Moreno frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la **Comisión Nacional** de la **Competencia** de fecha 19 de octubre de 2011, relativa a **expediente sancionador por incumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia**, con una cuantía de 1.163.180 euros. Compareció como codemandada EMILIO BOLADO S.L. representada por la Procuradora Sra. Santamaría Zapata. Siendo Ponente la Magistrado D^a **MERCEDES PEDRAZ CALVO**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO -. La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 28 de octubre de 2011. Por Decreto del Sr. Secretario se acordó tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO -. En el momento procesal oportuno la representación procesal de la actora formalizó la demanda mediante escrito de 9 de febrero de 2012 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se estime el recurso y se anule el acto administrativo impugnado. Subsidiariamente se ordene a la CNC dictar nueva resolución en la que la determinación del importe de la sanción se realice atendiendo a que el mercado relevante afectado sería únicamente el de licitaciones públicas del ámbito de conservación, mejora, refuerzo, renovación y rehabilitación de firmes y plataformas. Subsidiariamente, reduzca e importe de la multa impuesta a la suma de 938.039 euros.

TERCERO -. El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO -. La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental y la pericial a instancias de la actora con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO -. La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 22 de enero de 2013 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.



FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO .- Es objeto de impugnación en este recurso contencioso-administrativo el acuerdo dictado por la **Comisión Nacional de la Competencia** el día 19 de octubre de 2011 en el expediente sancionador S/0226/10, LICITACIONES DE CARRETERAS, incoado por la Dirección de Investigación de la CNC por supuestas prácticas restrictivas de la **competencia** prohibidas por el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la **Competencia** (LDC).

SEGUNDO .- Los antecedentes de hecho de la resolución impugnada, tal y como aparecen recogidos por la misma y en lo que a la recurrente afecta, son resumidamente los siguientes:

1.3. ALVARO VILLAESCUSA, S.A. (VILLAESCUSA). Empresa familiar localizada en Cuenca dedicada a la obra civil, especialmente construcción y conservación de firmes, realización de urbanizaciones y mantenimiento de carreteras, producción de áridos y fabricación de mezclas bituminosas y hormigón. Los propietarios de la empresa son la familia Villaescusa Monedero. No posee participaciones en otras empresas.

La empresa actora participó en dos licitaciones

- En UTE con CONRADO en la licitación 32-AB-4420 ALBACETE, formulando una baja del 3,5%. La baja ganadora fue de 4,15%.

- A la licitación 32-V-5870 VALENCIA, con una baja del 4,7%. La oferta ganadora presentó una oferta de 5,25%.

En relación con estas licitaciones, la CNC establece como hecho probado lo siguiente:

32-AB-4420 (ALBACETE) "Rehabilitación superficial del firme. Tramo: Enlace A-3-L.P. Valencia".

Según la información facilitada por el Ministerio de Fomento como contestación al requerimiento de información formulado por la Dirección de Investigación de fecha de 21 de mayo de 2010 (folio 2.050), la licitación fue convocada el 14 de agosto de 2008, siendo el objeto de la misma la rehabilitación superficial del firme de un tramo de la A-3. El presupuesto máximo de la licitación se fijaba en 2.367.823,88 euros, siendo invitadas 15 empresas (cuatro de ellas formando dos UTE) a presentar 13 ofertas económicas. La ejecución de la obra fue adjudicada a la UTE formada por BECSA y RAFAEL MORALES con fecha de 7 de abril de 2009 con una oferta de 2.269.558,56 euros, equivalente a una baja del 4,15%.

Las 15 empresas licitantes (cuatro de ellas en dos UTE) y sus correspondientes ofertas fueron: *ALVARO VILLAESCUSA, S.A. (en UTE con CONRADO JIMÉNEZ E HIJOS, S.A.) 2.284.950,04 euros y baja 3,5% ; ARCEBANSÁ, S.A. 2.367.823,88 euros y baja 0%; BECSA, S.A. (en UTE con RAFAEL MORALES, S.A.) 2.269.558,56 euros y baja 4,15%; CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ, S.A. 2.308.628,29 euros y baja 2,5%; ECOASFALT, S.A. 2.332.000 euros y baja 1,51%; EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A. 2.316.204,48 euros y baja 2,18%; GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A. 2.300.340,89 euros y baja 2,85%; MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A. 2.311.942,64 euros y baja 2,36%; PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A. 2.296.315,12 euros y baja 3,02%; PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS, SL. (anteriormente denominada PAVIMENTOS ASFÁLTICOS SALAMANCA, S.L.) 2.353.616,94 euros y baja 0,6%; PADELSA INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada PAVIMENTOS DEL SURESTE, S.A.) 2.302.708,73 euros y baja 2,75%; PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.L. (anteriormente denominada PROBISA TECNOLOGIA Y CONSTRUCCION, S.A.) 2.327.076 euros y baja 1,72%; y TRABAJOS BITUMINOSOS, S.L. (anteriormente denominada TRABAJOS BITUMINOSOS, S.A.) 2.318.724 euros y baja 2,07%.*

Esta oferta vencedora habría sido acordada en la reunión del 16 de diciembre de 2008. Durante la reunión cada una de las 15 empresas participantes habría informado a las demás de la oferta económica, concretamente de la baja, que tendría preparada para presentar en la licitación, averiguándose que la empresa adjudicataria habría sido la UTE BECSA - RAFAEL MORALES con una baja del 21,15%. Las bajas que habría presentado cada empresa están recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA", en la parte superior del folio 1.111.

Conocido el vencedor de la licitación, las empresas participantes habrían acordado que la empresa que iba a resultar adjudicataria, la UTE BECSA - RAFAEL MORALES, ofertaría una baja de 4,15%, mientras que las 13 empresas restantes ofertarían bajas inferiores. Fijada la baja vencedora se procedería a calcular la diferencia entre el presupuesto inicial vencedor y el nuevo presupuesto, obteniéndose la cantidad a repartir y la parte correspondiente a cada una de las participantes, para ello se utilizaría la Hoja de Excel encontrada en la inspección de la sede de MISTURAS preparada para esta licitación (folio 1.994).

La CNC concreta los resultados para cada una de las empresas completando esta hoja de cálculo con los datos manuscritos del documento de PADECASA (folio 1.111) y el presupuesto máximo de la licitación (2.367.823,88 euros).



En esta licitación, al igual que en las licitaciones de Valencia y Murcia, la información contenida en el manuscrito de PADECASA (folio 1.111) es insuficiente para cumplimentar la tabla elaborada por la CNC, ya que faltarían las bajas iniciales que habrían ofertado PADELSA, ALVARO VILLAESCUSA (en UTE con CONRADO JIMÉNEZ) y PAVASAL. No obstante, la CNC ha podido calcular la cuantía total a repartir entre todas las empresas al introducir el presupuesto máximo del pliego de la licitación (2.367.823,88 euros), la baja modificada con la que la UTE BECSA RAFAEL MORALES resultó adjudicataria de la obra (4,15%) y la baja inicial de 21,15% que hubiera ofertado esta empresa sin acuerdo, que sí estaba incluida en el documento de PADECASA (folio 1.111), resultando que la cantidad a repartir entre las 15 empresas, pertenecientes al cartel y participantes en esta licitación, por modificar sus ofertas económicas sería de 402.530,06 euros, repartida proporcionalmente entre las empresas en función de las bajas que habrían ofertado antes del acuerdo.

La CNC, en relación a PADELSA, PAVASAL y ÁLVARO VILLASECUSA, de las que no se disponen las bajas iniciales que habrían ofertado en esta licitación, concluye que son responsables de la infracción porque las tres empresas estuvieron presentes en la reunión celebrada el 16 de diciembre de 2008 como se acredita en el documento manuscrito de PADECASA (folio 1.111). Además, estas empresas también han participado en otras licitaciones analizadas en este expediente, concretamente, ÁLVARO VILLAESCUSA ha participado en Valencia (32-V-5870).

En relación a la empresa CONRADO JIMÉNEZ no se ha podido acreditar que participó en la reunión del 16 de diciembre de 2008, ya que su nombre no aparece en la relación del documento manuscrito de PADECASA (folio 1.111), pese a que sí participó en esta licitación en forma de UTE con ÁLVARO VILLAESCUSA. Esta licitación sería la única de las analizadas en este expediente en la que CONRADO JIMÉNEZ habría participado.

"Aguas. P.k. 280,6 al 302,5"

Según la información facilitada por el Ministerio de Fomento como contestación al requerimiento de información formulado por la Dirección de Investigación de fecha de 21 de mayo de 2010 (folio 2.124), la licitación fue convocada el 4 de septiembre de 2008, siendo el objeto de la misma la rehabilitación estructural del firme de la A-3, a su paso por Requena y Siete Aguas (p.k. 280,6 al 302,5). El presupuesto máximo de la licitación se fijaba en 8.795.733,13 euros, siendo invitadas 17 empresas (cuatro de ellas formando dos UTE) a presentar 15 ofertas económicas. La ejecución de la obra fue adjudicada a PAVASAL con fecha de 17 de junio de 2009 con una oferta de 8.333.957,14 euros, equivalente a una baja del 5,25%.

Las 17 empresas licitantes (cuatro de ellas en dos UTE) y sus correspondientes ofertas fueron: ALVARO VILLAESCUSA, S.A. 8.382.333,68 euros y baja 4,7%; ARCEBANSÁ, S.A. 8.707.775,8 euros y baja 1%; ASFALTOS Y CONSTRUCCIONES ELSAN, S.A. 8.387.611,1 euros y baja 4,64%; BECSA, S.A. (en UTE con RAFAEL MORALES, S.A.) 8.399.925,4 euros y baja 4,5%; CONSTRUCTORA HORMIGONES MARTINEZ, S.A. 8.353.307,75 euros y baja 5,03%; COPISA CONSTRUCTORA PIRENAICA, S.A. 8.725.367,26 euros y baja 0,8%; EOC DE OBRAS Y SERVICIOS, S.A. 8.43.710,2 euros y baja de 4,15%; EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS, S.A. 8.499.316,52 euros y baja 3,37%; GEVORA CONSTRUCCIONES, S.A. 8.713.053,24 euros y baja de 0,94%; MISTURAS OBRAS E PROXECTOS, S.A. 8.520.426,2 euros y baja 3,13%; PAVASAL EMPRESA CONSTRUCTORA, S.A. 8.333.957,14 euros y baja 5,25%; PAS INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS, SL. (anteriormente denominada PAVIMENTOS ASFÁLTICOS SALAMANCA, S.L.) 8.681.388,6 euros y baja 1,3%; PAVIMENTOS BARCELONA, S.A. (en UTE con EUROPEA DE ASFALTOS, S.A.) 8.421.913,2 euros y baja 4,25%; PADELSA INFRAESTRUCTURAS, S.A. (anteriormente denominada PAVIMENTOS DEL SURESTE, S.A.) 8.373.537,94 euros y baja de 4,8%; y SORIGUÉ, S.A. 8.623.336,76 euros y baja 1,96%.

La oferta vencedora habría sido acordada en la reunión del 16 de diciembre de 2008. Durante la reunión cada una de las 17 empresas participantes habría informado a las demás de la oferta económica, concretamente de la baja, que tendría preparada para presentar en la licitación, averiguándose que la empresa adjudicataria sería PAVASAL con una baja del 27,05%. Las bajas que habría presentado cada empresa están recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA" en la parte superior el folio 1.111.

Conocido el vencedor de la licitación, las empresas participantes habrían acordado que la empresa que iba a resultar adjudicataria (PAVASAL) ofertaría una baja de 5,25%, mientras que las 16 empresas restantes ofertarían bajas inferiores. Fijada la baja vencedora se procedería a calcular la diferencia entre el presupuesto inicial vencedor y el nuevo presupuesto, obteniéndose la cantidad a repartir y la parte correspondiente a cada una de las participantes, para ello se utilizaría la Hoja de Excel encontrada en la inspección a la sede de MISTURAS preparada para esta licitación (folio 2.006).

Completando esta hoja de cálculo con los datos manuscritos del documento de PADECASA (folio 1.111) y el presupuesto máximo de la licitación (8.795.733,13 euros) se obtiene el resultado que refleja la tabla recogida por la resolución impugnada.



En esta licitación, continúa afirmando la CNC, la información contenida en el manuscrito de PADECASA (folio 1.111) es insuficiente para cumplimentar la tabla anterior, ya que faltarían las bajas iniciales que habrían ofertado PAVIMENTOS DEL SURESTE, la UTE BECSA RAFAEL MORALES y ALVARO VILLAESCUSA. No obstante, se ha calculado la cuantía total a repartir entre todas las empresas al introducir el presupuesto máximo del pliego de la licitación (8.795.733,13 euros), la baja modificada con la que PAVASAL resultó adjudicataria de la obra (5,25%) y la baja inicial de 27,05% que hubiera ofertado esta empresa sin acuerdo, que sí estaba incluida en el documento de PADECASA (folio 1.111), resultando que la cantidad a repartir entre las 17 empresas, pertenecientes al cartel y participantes en esta licitación, por modificar sus ofertas económicas sería de 1.917.469,82 euros, repartida proporcionalmente entre las empresas en función de las bajas que habrían ofertado sin acuerdo.

La participación de la empresa actora en el cártel, se concreta en los siguientes términos:

ALVARO VILLAESCUSA, S.A. consta en la relación de asistentes a la reunión de 16 de diciembre de 2008 (folio 1.111). Reconoce que es el nombre de su apoderado suyo, pero manifiesta que no le escribió él. Alega que en su caso no consta en ese folio el importe de la baja ofertada por la empresa.

El hecho de que no sea letra de su puño y letra no significa que no asistiera. Además en la hoja producto de la reunión, aunque es verdad que no constan las bajas ofertadas por ALVARO VILLAESCUSA, consta que estaba invitado a dos licitaciones. Y efectivamente se presentó a las dos.

A la vista de todo ello, concluye la CNC que ALVARO VILLAESCUSA, S.A. es responsable de la infracción por su participación en los acuerdos ilícitos relativos a las licitaciones 32-AB-4420 y 32-V-5870 convocadas por el Ministerio de Fomento.

Con este fundamento, para determinar el importe de la sanción, se establece un importe básico de la multa de 1.163.180 euros y se le aplica un porcentaje del 7%.

TERCERO - La actora alega dos únicos motivos de recurso: el primero la falta de prueba de la infracción por la que es declarada responsable y sancionada. El segundo, formulado con carácter subsidiario, se fundamenta en la infracción del art. 64.a) y b) de la ley de Defensa de la **Competencia** al extenderse en la resolución impugnada el mercado afectado a todas las licitaciones públicas, aún cuando en la propia resolución se mantiene que el mecanismo de coordinación operaba únicamente en licitaciones organizadas en procedimientos restrictivos.

Por último se alega, igualmente con carácter subsidiario, que la actora incurrió en un error sobre su volumen de ventas, al no haber descontado el importe correspondiente a las obras de acondicionamiento de firmes, que son equiparables a las de construcción de los mismos, siendo las ventas reales muy inferiores, concretamente 1.883.000 euros para el año 2008 y 13.286.000 euros para el año 2009, con la correlativa consecuencia en el importe de la sanción impuesta que debería alcanzar un importe máximo de 938.039 euros

CUARTO - La conducta por la que se sanciona a la ahora recurrente, 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. 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.

La actora considera que ha sido declarada responsable de la infracción y sancionada exclusivamente por constar su nombre en el cuadro del folio 111 sin que exista ningún otro dato del que la CNC pueda inferir su participación en el supuesto cártel.

El Tribunal Supremo en relación con la prueba indiciaria que es la que sustenta la condena de la recurrente en la sentencia de 6 de marzo de 2000 (recurso 373/1993) afirmó:

"[...] el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los



indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo.

Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la **competencia**, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda."

En este caso, hay tres elementos indiciarios que sustentan según la resolución impugnada la participación de la recurrente en el cártel:

- El hecho de haber sido invitada a dos de las licitaciones que indiciariamente fueron pactadas;
- La oferta de bajas inferiores a las que presentó la adjudicataria;
- La asistencia de la reunión celebrada el día 16 de diciembre de 2008.

Ahora bien: la asistencia a la reunión no ha sido establecida sin lugar a dudas por la Administración.

Según el párrafo 120 del acuerdo:

"(120) La segunda parte del documento (folios 1.111 y 1.112) correspondería a una reunión de 34 empresas, algunas representadas por la misma persona, estando los nombres de las empresas y representantes recogidos en el folio 1.111. Estos nombres y sus teléfonos de contacto fueron manuscritos por cada una de las personas presentes en la reunión. Las empresas participantes y el número de invitaciones recibidas por cada una para participar en licitaciones públicas sí se conocían con anterioridad, puesto que el texto manuscrito se realiza sobre una plantilla con las 34 empresas participantes y el número de invitaciones de cada una escritas a ordenador. "

En el pfo. 133 se indica nuevamente:

*"(133) **Reunión del 16 de diciembre de 2008, en lugar indeterminado (folio 1.111).** Los documentos "Archivos Excel sobre siete licitaciones" de los folios 1.994 a 2.007 en su esquina superior derecha (celdas E7, F7 y G7) contienen el siguiente texto: "Fecha Reunión..... 16/12/2008". En esta reunión, que se desconoce dónde tuvo lugar, participaron las 34 empresas recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA" (folio 1.111). Algunas de estas empresas estuvieron representadas por la misma persona, escribiendo cada participante en la reunión su nombre y su número de teléfono en el documento de PADECASA (folio 1.111). El objeto de esta reunión habría sido alcanzar un acuerdo sobre el vencedor y las oferta a presentar en cada una de las siete licitaciones públicas recogidas en el "Documento manuscrito de PADECASA" (folio 1.111), también incluidas en el Archivo Excel "Ingresos y Pagos 1.xls" de MISTURAS (folio 1.984). "*

La actora impugna la participación del Sr. Victorio en su nombre y añade que no estuvo presente en la reunión. Y considera su argumento reforzado por el hecho de que en el reiteradamente citado documento manuscrito PADECASA en relación con la oferta a presentar por la ahora actora no aparece dato alguno, pese a figurar como invitada en dos licitaciones.

Resulta, examinado el expediente administrativo y la propia resolución, que a la actora se la considera responsable de la infracción continuada con el siguiente fundamento:

- Porque aparece incluida en el documento manuscrito PADECASA como asistente a la reunión de 16 de diciembre de 2008.
- Porque aparece un nombre de una persona que trabaja para la empresa actora, aunque la Administración no ha acreditado que, como afirma, cada participante hubiese manuscrito su nombre, y que concretamente Victorio lo hubiera manuscrito.
- Porque fue invitada a participar en dos licitaciones.
- Porque participó en las dos licitaciones y las bajas ofertadas fueron inferiores a la ofertada por la empresa que resultó ganadora.

La actora ofrece explicaciones alternativas a estas circunstancias que la CNC considera pruebas de cargo (o pruebas base sobre las que se construye el razonamiento indiciario):

- El hecho de que se conociera que había sido invitada a participar en estas dos licitaciones no significa que ella misma se lo comunicara a los cartelistas, quienes pudieron enterarse por otros medios.



- . Existe una contradicción interna en el acuerdo impugnado, ya que inicialmente se atribuye relevancia al hecho de que cada participante escribiera de su puño y letra sus datos en el documento reiteradamente citado, y más tarde, se señala que " *el hecho de que (.. el nombre del apoderado supuestamente asistente) no sea de su puño y letra no significa que no asistiera* ".

Igualmente pone de relieve la trascendencia que en el contexto de este expediente tiene el que no se conociera la baja a ofertar por la actora: efectivamente, y así lo ha considerado esta Sala en anteriores sentencias dictadas en recursos interpuestos por otras empresas sancionadas, la CNC establece que " *conocidas las bajas competitivas y la empresa que habría resultado vencedora sin acuerdo, se pactaría mantener como adjudicataria de la licitación a la misma empresa, pero acordando una nueva baja para el vencedor que sería mucho más reducida que la que habría ofertado en condiciones de **competencia**. El resto de las empresas realizarían ofertas con bajas inferiores a la acordada para la vencedora* ".

Esta Sala en anteriores sentencias ha considerado que el hecho de que una empresa solo resultase invitada en dos de las licitaciones, no excluye su participación en el cártel, que, como razona la resolución impugnada, es único y continuado. La Sala ha considerado igualmente especialmente relevante la aparición del documento manuscrito de PADECASA, obrante a los folios 1108 a 1112 del que resultan el pacto de las bajas, el modo de repartir el importe obtenido mediante la elevación de la baja más alta, los modos de pagar las diferencias resultantes a favor de cada participante en el cartel, y las empresas participantes en el reparto. Ahora bien, el hecho de que no aparezca dato alguno en relación con la empresa actora salvo su nombre, incluso aunque se entendiese probada la presencia de un empleado suyo en la reunión, dado que tal presencia al parecer no se tradujo en la aportación de los datos necesarios para llevar a cabo la práctica contraria a la LDC, este único elemento, la asistencia a la reunión de un empleado suyo no es prueba bastante de su participación en el cartel sancionado.

En efecto, el documento recogería el listado de las empresas invitadas a participar en determinadas licitaciones, información que no se ha acreditado fuese aportado por la empresa actora, la cual sostiene razonadamente que tal información podría haberse recopilado por otros medios. Como alega la recurrente, este dato por si solo carece de la relevancia que le otorga la administración si esta no ha acreditado que lo facilitó la propia interesada.

Igualmente pone de relieve que la cifra de baja ofertada no consta fuese pactada por la actora, pues en ningún momento se ha acreditado cual fuera su baja inicial ni que la hubiera modificado para facilitar el acuerdo. Era esencial para el éxito del acuerdo estar seguro de que la baja más alta era la que se puso de manifiesto en la reunión, para así pactar la baja a ofertar y poder repartirse la diferencia. Por eso considera esta Sala especialmente relevante para los cartelistas disponer de la información relativa a las bajas de las empresas participantes.

En este caso, la carga de la prueba corresponde a la Administración, quién habría debido demostrar que la baja que efectivamente ofertó ALVARO VILLAESCUSA S.A, era como sostiene, una baja pactada. La empresa actora, por su parte, pone de manifiesto las diferencias entre la baja que ofertó y las presentadas por otras empresas (en Valencia la baja menor fue del 0,8 y la más alta del 5,25 y en el de Alicante, respectivamente, del 0 y del 4,5) , y si bien es cierto que todas son inferiores a la presentada por quién se pactó resultase la adjudicataria, igualmente lo es que mediante dictamen pericial se ha razonado que tales bajas son coherentes con la situación de la empresa recurrente en las fechas relevantes.

De la doctrina del TC contenida en reiteradas sentencias (174/85 , 129/88) puede sentarse que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar planamente probados, no puede tratarse de meras sospechas, y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora. En nuestro caso, del dato de la aparición de la empresa en el documento PADECASA, sin que aparte de su identidad se reflejen las bajas que pensaba ofertar, junto al hecho de participar en dos licitaciones y ofertar bajas inferiores a la ofertada por quién resultó adjudicataria no se obtiene la conclusión indudable de que pactó con otras empresas invitadas a determinadas licitaciones la organización de un mecanismo para acordar un mecanismo de coordinación entre las empresas invitadas a presentar oferta económica en los términos descritos en los fundamentos jurídicos segundo y cuarto de esta sentencia.

De cuanto queda expuesto resulta la estimación del presente recurso, por no haberse acreditado la participación de la recurrente en la conducta por la que ha sido condenada por la CNC en la resolución impugnada. La estimación de este motivo de recurso hace inútil el examen de los restantes motivos de impugnación.



QUINTO- . La reforma de la ley jurisdiccional en materia de costas procesales se publicó en el BOE de 11 de octubre de 2011, señalando su disposición final que entraría en vigor a los veinte días de dicha publicación. Por lo tanto entró en vigor el día 31 de octubre de 2011 y quedó redactado como sigue:

«art. 139.1. En primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.»

En consecuencia, y habiéndose interpuesto este recurso el día 28 de octubre de 2011 no procede la condena en costas.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución,

FALLAMOS

Que debemos **ESTIMAR Y ESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **ALVARO VILLAESCUSA S.A.** contra el Acuerdo dictado el día 19 de octubre de 2011 por la **Comisión Nacional** de la **Competencia** descrito en el fundamento jurídico primero de esta sentencia. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial .

Así , por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la lltma. Sra. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia **Nacional**.