

Resolución RA 1/2023 - Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo

En Pleno:

D. Ignacio López-Chaves Castro, presidente

D. Daniel Neira Barral, secretario/vocal

D^a. María Teresa Cancelo Márquez, vocal

Santiago de Compostela, 6 febreiro de 2023

O Pleno da Comisión Galega da Competencia (en diante CGC) coa composición arriba indicada dita a presente Resolución pola que se resolve o recurso interposto por UNION VANTAXE, S.L. (en diante UNION VANTAXE) ao amparo do disposto no artigo 47 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC) contra a adopción pola Subdirección Xeral de Investigación (SUBDIR) da Proposta de Resolución do 3 de novembro de 2022 no marco do Expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo.

A condición de relator da presente resolución correspondeu ao vocal/secretario, D. Daniel Neira Barral.

1.- ANTECEDENTES DE FEITO.

Primeiro. - O día 11 de novembro de 2022 D. *****, en nome e representación de UNION VANTAXE presentou escrito polo que interpoñía recurso do art. 47 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (en diante LDC) contra a adopción da Proposta de Resolución do 3 de novembro de 2022 ditada pola Subdirección Xeral de Investigación da CGC (en diante SUBDIR).

No Outrosí do referido recurso UNION VANTAXE solicitaba, ao amparo do disposto no artigo 54 da LDC e do art. 117.2 (b) da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas (en diante LPAC), que se adoptase a medida cautelar de suspensión da referida Proposta de Resolución ata a resolución do Recurso.

Segundo. – O día 25 de novembro de 2022 o Pleno da CGC unha vez acreditado que o recurso fora interposto en prazo, acordou requirir á Subdirección de Investigación para que conforme ao previsto no art. 47 da LDC remitise no prazo de cinco días copia do expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo así como o Informe previsto no art. 24 do Real decreto 261/2008, do 22 de febreiro, polo que se aproba o regulamento de defensa da competencia (en diante RDC). Así mesmo acordou que unha vez recibido o referido expediente déselle traslado aos interesados do mesmo e do recurso conforme ao previsto no art. 47 da LDC e o art. 24 do Real decreto 261/2008.

O día 25 de novembro de 2022 o Pleno da CGC tamén acordou rexeitar a solicitude de UNION VANTAXE de suspensión do acordo da Subdirección de Investigación da adopción da Proposta de Resolución do 3 de novembro de 2022 no expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo.

Os devanditos acordos foron notificados aos interesados.

Terceiro.- O día 7 de decembro de 2022 a SUBDIR remitiu ao Pleno o Informe previsto no art. 24 do RDC así como copia completa do expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo, que con data 9 de decembro de 2022 foron notificadas e postas ao dispor dos interesados polo sistema Notifica.gal. No devandito Informe a SUBDIR considera que non se causou nin indefensión, nin producido prexuízo irreparable a dereitos ou intereses

lexítimos ao non adoptarse o acordo de peche da instrución como un acto propio e diferenciado.

Cuarto.- O día 13 de decembro de 2022, UNION VANTAXE solicitou a ampliación do prazo para formular alegacións de 15 días hábiles en 7 días hábiles adicionais.

Quinto.- O día 19 de decembro de 2022 o Pleno da CGC acordou ampliar o devandito prazo en 3 días hábiles adicionais. O devandito acordo foi notificado a UNION VANTAXE.

Sexto.- O día 28 de decembro de 2022 Gevora Construcións SA (en diante GEVORA) presentou escrito no que solicitaba que se lle dese traslado do texto íntegro do recurso de UNIÓN VANTAXE contra a Proposta de Resolución e que o prazo para presentar alegacións a tal recurso comezase a computar o 28 de decembro de 2022.

Sétimo.- O día 29 de decembro o Pleno da CGC en reunión urxente e extraordinaria acordou remitir a GEVORA o texto íntegro do recurso de UNIÓN VANTAXE. Tamén rexeitou a concesión dun novo prazo para presentar as alegacións xa que se acreditou que GEVORA fora correctamente notificada e que a empresa rexeitara a notificación ao deixar transcorrer os dez días naturais previstos na Lei 39/2015 desde a súa posta a disposición sen que accedese ao seu contido e sendo, por tanto, o devandito rexeitamento unha decisión voluntaria de GEVORA e a razón que lle impediu acceder ao contido da notificación realizada polo Pleno da CGC. O Pleno sinalou que non existía razón xurídica que xustificase conceder a esa empresa un novo dereito non previsto na lei (como sería a concesión dun novo prazo para formular alegacións) cando o único motivo da situación que describía GEVORA era consecuencia da súa voluntaria decisión de non querer acceder ao contido da notificación que se lle enviou desde o Pleno. O devandito acordo foi notificado a GEVORA.

Oitavo.- O día 30 de decembro de 2022 Gevora Construcións SA presentou escrito de alegacións no cal manifestou a súa conformidade coas alegacións feitas no recurso interposto por Union Vantaxe S.L. e, por tanto, coas pretensións formuladas no mesmo.

Noveno.- O día 3 de xaneiro de 2023 UNION VANTAXE presentou escrito de alegacións ao Informe da SUBDIR do 7 de decembro de 2022.

Décimo.- O día 6 de febreiro de 2023 o Pleno reuniuse para deliberar e aprobar esta Resolución.

2. FUNDAMENTOS DE DEREITO

2.1.- Obxecto da Resolución, pretensións da recorrente e motivos do recurso

Na presente Resolución este Pleno deberá pronunciarse sobre o recurso do art. 47 da LDC interposto por UNION VANTAXE contra a Proposta de Resolución de data 3 de novembro de 2022 ditada pola SUBDIR no marco do expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo.

UNION VANTAXE solicita que se anule a Proposta de Resolución do 3 de novembro ditada pola SUBDIR e ordénese á Subdirección que retrotraía o procedemento cursado no expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo ao momento inmediatamente anterior ao de dita Proposta de Resolución debendo continuar polos trámites procedentes.

Sinala expresamente UNION VANTAXE que: *“Esta parte fundamenta o seu recurso na existencia de indefensión.”*

Considera que neste Expediente a SUBDIR non adoptou Acordo de peche de instrución algún e que, por iso e ao seu xuízo, a Proposta de Resolución de 3 novembro foi adoptada prescindindo “total e absolutamente do procedemento legalmente establecido” no artigo 33 do RDC en infracción do artigo 47.1 (e) da LPAC, polo que estima que dita Proposta de Resolución debe ser declarada nula de pleno dereito.

Tamén afirma que: *“(…) deviene indiscutible a concorrencia da indefensión na medida en que, ao omitir o devandito Acordo, a Subdirección privou a esta parte da posibilidade de alegar fronte á conclusión dunha instrución que estivo infestada de graves infraccións do dereito de defensa desta parte.”* Alega no recurso que a Subdirección non lle informou de maneira clara da acusación formulada no Prego de Concreción de Feitos (en diante PCF) e que coa omisión do Acordo de peche da fase de instrución o que se pretendeu é evitar o seu dereito para alegar sobre a conclusión dunha fase de instrución que, na súa opinión, carece dos mínimos principios

acusatorios que rexen o procedemento administrativo sancionador. E así afirma textualmente que:

"En efecto, unha vez demostrado que neste Expediente a Subdirección incumpriu a súa obrigação de adoptar e notificar o Acordo que pon fin á instrución do mesmo, devén indiscutible a concorrencia da indefensión na medida en que, ao omitir devandito Acordo, a Subdirección privou a esta parte da posibilidade de alegar fronte á conclusión dunha instrución que estivo infestada de graves infraccións do dereito de defensa desta parte.

*En particular, como se puxo de manifesto nas alegacións realizadas por Unión Vantaxe ante o PCH, a Subdirección non informou a esta parte de maneira clara da acusación formulada no PCH, isto é, do concreto artigo da LDC que infrinxiría Unión Vantaxe. Así, **coa omisión do Acordo de peche da fase de instrución pretendeuse evitar o dereito desta parte para alegar sobre a conclusión dunha fase de instrución carente dos mínimos principios acusatorios que rexen o procedemento administrativo sancionador.**"*

2.2.- Informe da Subdirección de Investigación

A Subdirección de Investigación propón que debe ser o recurso inadmitido. Ao seu xuízo, nin se ocasionaron indefensión nin se produciron prexuízos irreparables a dereitos ou intereses lexítimos da recorrente por non adoptarse, con carácter previo á Proposta de Resolución e como un acto propio e diferenciado, o acordo de peche de instrución que contempla o art. 33 do RDC.

Sinala que o acordo de peche de instrución, cuxa finalidade é trasladar aos interesados que a SUBDIR puxo fin á fase de instrución e que procederá a elaborar a Proposta de Resolución, é un acto de trámite sen substantividade propia e cuxa ausencia non supoñería, por tanto, a nulidade de pleno dereito da Proposta de Resolución por ser un acto que se ditou prescindindo total e absolutamente do procedemento legalmente establecido.

Rexeita que sexa posible afirmar que se omitiu efectivamente o trámite de trasladar aos interesados o peche da instrución xa que nada impide que devandito acordo e a Proposta de Resolución adóptense de forma sucesiva e inmediata no tempo ou que o devandito acordo incorpórese á propia Proposta de Resolución, como considera que sucedeu neste expediente.

Sobre a alegada indefensión considera que o acto recorrido é unha Proposta de Resolución contra a que cabe formular alegacións e que a súa presunta nulidade derivaría da ausencia formal dun documento que non abre prazo algún para formular alegacións polo que a ausencia invocada do mesmo non impide nin limita aos interesados da posibilidade de defenderse en termos reais e efectivos nin tampouco produce un menoscabo efectivo e real do dereito de defensa. Tamén sinala que non se produciron prexuízos irreparables a dereitos ou intereses lexítimos da recorrente.

2.3.- Alegacións

2.3.1.- Alegacións de UNION VANTAXE.

No seu escrito de alegacións ao informe da SUBDIR formulado tras o seu acceso ao expediente e a ampliación do prazo concedido para a súa presentación rexeitou os argumentos do mesmo. Sinalou que no seu recurso nunca alegaron que se produciu "prexuízo irreparable" como supón erroneamente a Subdirección xa que o único motivo de impugnación do recurso é o da indefensión e volve repetir, como sinalou no seu escrito de interposición do recurso do art. 47 da LDC, que "Esta parte fundamenta o seu recurso na existencia de indefensión". Rexeita que o Acordo de peche da fase de instrución adoptouse ao mesmo tempo que a Proposta de Resolución do 3 de novembro xa que a mesma non contén referencia algunha ao peche da fase de instrución nin ao artigo 33 RDC que habilita a súa adopción polo que entende que o devandito acordo non existe nin se incorporou ao expediente nin se notificou aos interesados.

Reitera de novo nestas alegacións os seus argumentos do recurso sobre a existencia de indefensión, facendo referencia ao contido do PCF.

2.3.2.- Alegacións de GEVORA.

No seu escrito de alegacións ao informe da SUBDIR formulado tras o traslado do texto íntegro do recurso de UNIÓN VANTAXE contra a Proposta de Resolución manifesta a súa conformidade "*(...) coas alegacións feitas no recurso interposto por UNIÓN VANTAXE, S.L. e, por tanto, coas pretensións formuladas no mesmo*".

2.4.- Natureza do recurso

O artigo 47 da LDC regula o recurso administrativo contra as resolucións e actos ditados pola SUBDIR ao dispoñer que *"As resolucións e actos da Dirección de Investigación que produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos serán recorribles ante o Consello da Comisión Nacional da Competencia no prazo de dez días"*. Conforme a este artigo os motivos de impugnación deberán de estar baseados unicamente en indefensión ou no prexuízo irreparable dos actos recorridos, como sinalou o Tribunal Supremo na súa sentenza do 30 de setembro de 2013:

"En efecto, a vía a través da cal é posible a impugnación "anticipada" das resolucións e actos ditados pola Dirección de Investigación é precisamente, na nova Lei 15/2007, de defensa da competencia, a establecida no seu artigo 47.1, isto é, o recurso (interno) fronte a unhas e outros ante o Consello da Comisión Nacional da Competencia. Pero non se trata dunha vía que abra a posibilidade a calquera impugnación e por calquera motivo senón exclusivamente a daqueles actos ou resolucións aos que se impute causar indefensión ou provocar "prexuízo irreparable a dereitos e intereses lexítimos".

No presente recurso UNION VANTAXE alegou unicamente indefensión como razón da interposición do mesmo.

2.5.- Apreciación da existencia ou non do peche da instrución e a comunicación aos interesados

Dispón o art. 33.1 do Real Decreto 261/2008, do 22 de febreiro, polo que se aproba o regulamento de defensa da competencia que:

"(...) Recibidas as alegacións e practicadas as probas ou, no seu caso, transcorrido o prazo de quince días, a Dirección de Investigación procederá ao peche da fase de instrución, notificándoo aos interesados, co fin de redactar a proposta de resolución prevista no artigo 50.4 da Lei 15/2007, do 3 de xullo."

Contempla este artigo o peche da fase de instrución como unha etapa previa á de redacción da Proposta de Resolución. No seu recurso UNION VANTAXE sostén que a SUBDIR non adoptou Acordo de peche de instrución algún o que supón a infracción do artigo 33 do RDC.

Rexeita a SUBDIR no Informe previsto no art. 24 do RDC que se omitiu efectivamente o trámite de trasladar aos interesados o peche da instrución, xa que considera que non existe impedimento para que o devandito acordo e a Proposta de Resolución adóptense ou ben de forma sucesiva e inmediata no tempo ou ben que o devandito acordo de peche incorpórese á propia Proposta de Resolución, como considera que sucedeu neste expediente.

UNION VANTAXE, nas súas alegacións ao informe da SUBDIR, sostén que esta non adoptou Acordo algún de peche da instrución, nin antes, nin ao mesmo tempo, nin despois da Proposta de Resolución e que nesta non aparece referencia algunha ao peche da fase de instrución ou ao artigo 33 RDC que habilita para a súa adopción polo que conclúe que o devandito Acordo simplemente non existe. Sinala que por non existir non se puido incorporar ao Expediente, nin foi notificado aos interesados, como esixe o artigo 33 RDC.

A finalidade da instrución é a de determinación dos feitos que servirán de fundamento á resolución en cuxa tramitación haberá de ser observado o procedemento que constitúe non só unha garantía para os interesados senón tamén para o acerto na resolución que se dite. Como xa advertise a Sentenza do Tribunal Supremo do 12 de novembro de 1900 "*(...) a estrita observancia do procedemento é en todas as xurisdicións e graos a máis racional garantía de boa administración, e todo descoido ou incorrección nesta materia, se prevalecese, conduciría a erro, produciría inxustiza e redundaría en desprestixio dos poderes públicos*".

Con independencia do valor que se debe de outorgar a ese peche e a súa notificación, no presente expediente este Pleno considera que o mesmo non se produciu co *iter* previsto no art. 33 do RDC que sinala que como fase previa á redacción da Proposta de Resolución a SUBDIR deberá proceder ao peche da fase de instrución notificándoo aos interesados.

2.6.- Delimitación da función e efectos do peche da instrución e as súas consecuencias en materia de indefensión e garantías no procedemento

Considerando que efectivamente non se cumpriu o trámite de peche de instrución e notificación do mesmo aos interesados é preciso determinar as consecuencias que iso pode implicar neste expediente.

Dispón a Constitución no seu artigo 103.1 que *"A Administración Pública serve con obxectividade os intereses xerais e actúa de acordo con os principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación, con sometemento pleno á lei e ao dereito"*. Ese principio de eficacia, que é unha esixencia de racionalidade no funcionamento de calquera organización con certa complexidade e que para a Administración pública convértese nun mandato constitucional, impón que toda a súa actuación realícese conforme a procedementos estandarizados. Eses procedementos servirán ademais para que a formación da vontade leva a cabo con garantías de razoabilidade, racionalidade e de lexitimidade dos acordos que se tomen, valorando e tendo en conta todos os intereses que poderían verse afectados.

Pero tamén o procedemento cumpre unha importante función de garantía de especial relevancia naqueles que, como os previstos en defensa da competencia, poden concluír nunha resolución que supoña unha sanción ou sacrificio aos interesados. Por iso nos mesmos deben de asegurarse o cumprimento de todos os trámites que perseguen esa finalidade de garantía. Así o Tribunal Constitucional estableceu en doutrina reiterada e explícita que, coas matizacións impostas polos casos concretos, é necesario partir do principio de que *"(...) a regulación das sancións administrativas ha de estar inspirada nos principios propios e característicos do Dereito Penal (doutrina tamén do T.S. e do TEDH)"*¹ na medida en que ambos son manifestacións do ordenamento punitivo do Estado.

Pero nesa garantía de tramitación do procedemento hai que sinalar que non todos os trámites teñen a mesma función no mesmo. Neste sentido numerosas sentenzas do Tribunal Supremo, como a do 2 de marzo de 2012 entre outras, manifesta que: *"Habemos de partir de que un dos criterios de clasificación dos actos administrativos atende á función que desempeñan no procedemento, e así se distingue entre actos de trámite que preparan e fan posible a decisión, dirixíndose ao maior acerto desta, e as resolucións que deciden as cuestións expostas. A*

¹ STC do 29 de marzo de 1990, Sala Primeira, 61/1990.

diferenciación determina que os actos de trámite non sexan impugnables separadamente, senón que é ao recorrer a correspondente resolución cando poden suscitarse as cuestións relativas á súa legalidade. Así se recolle no art. 107 da LRJ-PAC e 25-1LRJCA de tal maneira que os actos de trámite só son recorribles separadamente cando decidan directa ou indirectamente o fondo do asunto, determinen a imposibilidade de continuar o procedemento ou produzan indefensión ou un prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos. Esta normativa, como recoñece o TJCE (sentenza de 15-5-2003, asunto C-214/00), non afecta a unha tutela xudicial adecuada dos particulares. Ademais responde a principios de racionalidade e eficacia procedemental para evitar que os procedementos se vexan paralizados por reclamacións sucesivas contra meros actos preparatorios e non decisorios.” É preciso indicar por tanto que, como sinala a reiterada xurisprudencia, non todos os trámites teñen o mesmo valor no procedemento polo que a omisión dos mesmos tampouco tñen as mesmas consecuencias xurídicas. Por iso debe de ser examinado o que realmente sucedeu e cal fose o resultado de seguir os trámites procedementais legalmente establecidos, se fose o mesmo ou ben outro completamente distinto, engadindo a STS do 10 de outubro de 1991 que: “resulta necesario ponderar, en cada caso, as consecuencias producidas por tal omisión á parte interesada, a falta de defensa que realmente orixínase e, sobre todo, o que puidese variar o acto administrativo orixinario en caso de observarse o trámite omitido, pois un elemental principio de economía procesual impide que se anule o acto cando loxicamente prevese que o novo vaia a ser igual que o anulado”.

Pero tamén hai que ter en conta que o principio do servizo obxectivo aos intereses xerais que, como vimos, debe de cumprir a Administración impón que a formación da vontade da mesma leve a cabo a través unhas canles xa formalizadas que aseguren a racionalidade, coherencia e razoabilidade das súas decisións e a plena eficacia da actuación administrativa. Este mesmo principio implica que nos procedementos que determinan esas canles téñense que tomar en consideración todos os intereses involucrados, é dicir, ademais dos da propia Administración tamén os dos particulares que poidan ser afectados pola decisión que se vai a adoptar, neste caso por esta resolución, e, no seu caso, os intereses de tipo colectivo e difuso. É, por tanto, o procedemento administrativo un instrumento de integración de todos eses intereses ademais dunha garantía para os interesados no mesmo.

Neste caso concreto hai que ter en conta que a solicitude de retroacción do expediente ao momento inmediatamente anterior ao de elaboración pola SUBDIR da Proposta de Resolución

coa finalidade de acordar o peche da fase de instrución non compromete de ningunha maneira ao expediente nin compromete a resolución que este Pleno poida adoptar no futuro sobre o mesmo e que tamén UNION VANTAXE xustificou o recurso nunha alegación de indefensión por infracción dese trámite que razoa de forma extensa.

Que aínda que non parece conluínte que a omisión dese trámite supuxese indefensión material que impide o exercicio do dereito á defensa, na medida en que desde un plano garantista na tramitación deste procedemento que persiga asegurar o cubro da exacta canle regulamentaria que confirme a racionalidade, coherencia e razoabilidade da decisión que no futuro adóptese e que poñerá fin ao mesmo, este Pleno considera adecuado estimar a solicitude presentada e por iso anular a Proposta de Resolución do 3 de novembro de 2022 ditada pola SUBIR neste expediente, retrotraer o expediente ao momento inmediatamente anterior debendo proceder a SUBDIR ao peche da fase de instrución.

Na súa virtude, vistos os preceptos citados e os demais de xeral aplicación, o Pleno da Comisión Galega da Competencia,

RESOLVEU:

Admitir o recurso presentado por UNION VANTAXE S.L. contra a Proposta de Resolución do 3 de novembro de 2022 ditada pola Subdirección Xeral de Investigación no expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo.

Comuníquese esta Resolución á Subdirección Xeral de Investigación da Comisión Galega da Competencia e notifíquese aos interesados, facéndolles saber que contra esta non cabe recurso algún en vía administrativa, podendo interpoñer recurso contencioso-administrativo no Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses a contar desde a súa notificación.