

## **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<sup>a</sup>. María Teresa Cancelo Márquez, vocal

Santiago de Compostela, 6 febrero de 2023

El Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia (en adelante CGC) con la composición arriba indicada dicta la presente Resolución por la que se resuelve el recurso interpuesto por UNION VANTAXE, S.L. (en adelante UNION VANTAXE) al amparo de lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC) contra la adopción por la Subdirección General de Investigación (SUBDIR) de la Propuesta de Resolución de 3 de noviembre de 2022 en el marco del Expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo.

La condición de ponente de la presente resolución correspondió al vocal/secretario, D. Daniel Neira Barral.

## 1.- ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** - Con fecha 11 de noviembre de 2022 D. \*\*\*\*\* , en nombre y representación de UNION VANTAXE presentó escrito por el que interponía recurso del art. 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (en adelante LDC) contra la adopción de la Propuesta de Resolución de 3 de noviembre de 2022 dictada por la Subdirección General de Investigación de la CGC (en adelante SUBDIR).

En el Otrosí del referido recurso UNION VANTAXE solicitaba, al amparo de lo dispuesto en el artículo 54 de la LDC y del art. 117.2 (b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante LPAC), que se adoptase la medida cautelar de suspensión de la referida Propuesta de Resolución hasta la resolución del Recurso.

**Segundo.** – Con fecha 25 de noviembre de 2022 el Pleno de la CGC una vez acreditado que el recurso había sido interpuesto en plazo, acordó requerir a la Subdirección de Investigación para que conforme a lo previsto en el art. 47 de la LDC remitiese en el plazo de cinco días copia del expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo así como el Informe previsto en el art. 24 del Real decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de defensa de la competencia (en adelante RDC). Asimismo acordó que una vez recibido el referido expediente se le diese traslado a los interesados del mismo y del recurso conforme a lo previsto en el art. 47 de la LDC y el art. 24 del Real decreto 261/2008.

Con fecha 25 de noviembre de 2022 el Pleno de la CGC también acordó rechazar la solicitud de UNION VANTAXE de suspensión del acuerdo de la Subdirección de Investigación de la adopción de la Propuesta de Resolución de 3 de noviembre de 2022 en el expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo.

Dichos acuerdos fueron notificados a los interesados.

**Tercero.**- Con fecha 7 de diciembre de 2022 la SUBDIR remitió al Pleno el Informe previsto en el art. 24 del RDC así como copia completa del expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo, que con fecha 9 de diciembre de 2022 fueron notificadas y puestas a disposición de los interesados por el sistema Notifica.gal. En dicho Informe la SUBDIR

considera que no se habría causado ni indefensión, ni producido perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos al no haberse adoptado el acuerdo de cierre de la instrucción como un acto propio y diferenciado.

**Cuarto.-** Con fecha 13 de diciembre de 2022, UNION VANTAXE solicitó la ampliación del plazo para formular alegaciones de 15 días hábiles en 7 días hábiles adicionales.

**Quinto.-** Con fecha 19 de diciembre de 2022 el Pleno de la CGC acordó ampliar dicho plazo en 3 días hábiles adicionales. Dicho acuerdo fue notificado a UNION VANTAXE.

**Sexto.-** Con fecha 28 de diciembre de 2022 Gevora Construcciones SA (en adelante GEVORA) presentó escrito en el que solicitaba que se le diera traslado del texto íntegro del recurso de UNIÓN VANTAXE contra la Propuesta de Resolución y que el plazo para presentar alegaciones a tal recurso comenzase a computar el 28 de diciembre de 2022.

**Séptimo.-** Con fecha 29 de diciembre el Pleno de la CGC en reunión urgente y extraordinaria acordó remitir a GEVORA el texto íntegro del recurso de UNIÓN VANTAXE. También rechazó la concesión de un nuevo plazo para presentar las alegaciones ya que se acreditó que GEVORA había sido correctamente notificada y que la empresa había rechazado la notificación al dejar transcurrir los diez días naturales previstos en la Ley 39/2015 desde su puesta a disposición sin que accediera a su contenido y siendo, por tanto, dicho rechazo una decisión voluntaria de GEVORA y la razón que le impidió acceder al contenido de la notificación realizada por el Pleno de la CGC. El Pleno señaló que no existía razón jurídica que justificase conceder a esa empresa un nuevo derecho no previsto en la ley (como sería la concesión de un nuevo plazo para formular alegaciones) cuando el único motivo de la situación que describía GEVORA era consecuencia de su voluntaria decisión de no querer acceder al contenido de la notificación que se le envió desde el Pleno. Dicho acuerdo fue notificado a GEVORA.

**Octavo.-** Con fecha 30 de diciembre de 2022 Gevora Construcciones SA presentó escrito de alegaciones en el cual manifestó su conformidad con las alegaciones hechas en el recurso interpuesto por Union Vantaxe S.L. y, por lo tanto, con las pretensiones formuladas en el mismo.

**Noveno.-** Con fecha 3 de enero de 2023 UNION VANTAXE presentó escrito de alegaciones al Informe de la SUBDIR de 7 de diciembre de 2022.

**Décimo.-** Con fecha 6 de febrero de 2023 el Pleno se reunió para deliberar y aprobar esta Resolución.

## 2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 2.1.- Objeto de la Resolución, pretensiones de la recurrente y motivos del recurso

En la presente Resolución este Pleno deberá pronunciarse sobre el recurso del art. 47 de la LDC interpuesto por UNION VANTAXE contra la Propuesta de Resolución de fecha 3 de noviembre de 2022 dictada por la SUBDIR en el marco del expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo.

UNION VANTAXE solicita que se anule la Propuesta de Resolución de 3 de noviembre dictada por la SUBDIR y se ordene a la Subdirección que retrotraiga el procedimiento cursado en el expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo al momento inmediatamente anterior al de dicha Propuesta de Resolución debiendo continuar por los trámites procedentes.

Señala expresamente UNION VANTAXE que: *“Esta parte fundamenta su recurso en la existencia de indefensión.”*

Considera que en este Expediente la SUBDIR no ha adoptado Acuerdo de cierre de instrucción alguno y que, por ello y a su juicio, la Propuesta de Resolución de 3 noviembre ha sido adoptada prescindiendo “total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido” en el artículo 33 del RDC en infracción del artículo 47.1 (e) de la LPAC, por lo que estima que dicha Propuesta de Resolución debe ser declarada nula de pleno derecho.

También afirma que: *“(…) deviene indiscutible la concurrencia de la indefensión en la medida en que, al omitir dicho Acuerdo, la Subdirección ha privado a esta parte de la posibilidad de alegar frente a la conclusión de una instrucción que ha estado plagada de graves infracciones del derecho de defensa de esta parte.”* Alega en el recurso que la Subdirección no le informó de manera clara de la acusación formulada en el Pliego de Concreción de Hechos (en adelante PCH) y que con la omisión del Acuerdo de cierre de la fase de instrucción lo que se ha pretendido es evitar su

derecho a alegar sobre la conclusión de una fase de instrucción que, en su opinión, carece de los mínimos principios acusatorios que rigen el procedimiento administrativo sancionador. Y así afirma textualmente que:

*"En efecto, una vez demostrado que en este Expediente la Subdirección ha incumplido su obligación de adoptar y notificar el Acuerdo que pone fin a la instrucción del mismo, deviene indiscutible la concurrencia de la indefensión en la medida en que, al omitir dicho Acuerdo, la Subdirección ha privado a esta parte de la posibilidad de alegar frente a la conclusión de una instrucción que ha estado plagada de graves infracciones del derecho de defensa de esta parte.*

*En particular, como se puso de manifiesto en las alegaciones realizadas por Unión Vantaxe ante el PCH, la Subdirección no informó a esta parte de manera clara de la acusación formulada en el PCH, esto es, del concreto artículo de la LDC que habría infringido Unión Vantaxe. Así, **con la omisión del Acuerdo de cierre de la fase de instrucción se ha pretendido evitar el derecho de esta parte a alegar sobre la conclusión de una fase de instrucción carente de los mínimos principios acusatorios que rigen el procedimiento administrativo sancionador.**"*

## 2.2.- Informe de la Subdirección de Investigación

La Subdirección de Investigación propone que debe ser el recurso inadmitido. A su juicio, ni se habrían ocasionado indefensión ni se habrían producido perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos de la recurrente por no haberse adoptado, con carácter previo a la Propuesta de Resolución y como un acto propio y diferenciado, el acuerdo de cierre de instrucción que contempla el art. 33 del RDC.

Señala que el acuerdo de cierre de instrucción, cuya finalidad es trasladar a los interesados que la SUBDIR ha puesto fin a la fase de instrucción y que procederá a elaborar la Propuesta de Resolución, es un acto de trámite sin substantividad propia y cuya ausencia no supondría, por tanto, la nulidad de pleno derecho de la Propuesta de Resolución por ser un acto que se haya dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Rechaza que sea posible afirmar que se haya omitido efectivamente el trámite de trasladar a los interesados el cierre de la instrucción ya que nada impide que dicho acuerdo y la Propuesta de Resolución se adopten de forma sucesiva e inmediata en el tiempo o que dicho acuerdo se incorpore a la propia Propuesta de Resolución, como considera que ha sucedido en este expediente.

Sobre la alegada indefensión considera que el acto recurrido es una Propuesta de Resolución contra la que cabe formular alegaciones y que su presunta nulidad derivaría de la ausencia formal de un documento que no abre plazo alguno para formular alegaciones por lo que la ausencia invocada del mismo no impide ni limita a los interesados de la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos ni tampoco produce un menoscabo efectivo y real del derecho de defensa. También señala que no se habrían producido perjuicios irreparables a derechos o intereses legítimos de la recurrente.

## **2.3.- Alegaciones**

### **2.3.1.- Alegaciones de UNION VANTAXE.**

En su escrito de alegaciones al informe de la SUBDIR formulado tras su acceso al expediente y la ampliación del plazo concedido para su presentación rechazó los argumentos del mismo. Señaló que en su recurso nunca alegaron que se haya producido "perjuicio irreparable" como supone erróneamente la Subdirección ya que el único motivo de impugnación del recurso es el de la indefensión y vuelve a repetir, como señaló en su escrito de interposición del recurso del art. 47 de la LDC, que "Esta parte fundamenta su recurso en la existencia de indefensión". Rechaza que el Acuerdo de cierre de la fase de instrucción se hubiese adoptado al mismo tiempo que la Propuesta de Resolución de 3 de noviembre ya que la misma no contiene referencia alguna al cierre de la fase de instrucción ni al artículo 33 RDC que habilita su adopción por lo que entiende que dicho acuerdo no existe ni se ha incorporado al expediente ni se ha notificado a los interesados.

Reitera de nuevo en estas alegaciones sus argumentos del recurso sobre la existencia de indefensión, haciendo referencia al contenido del PCH.

### 2.3.2.- Alegaciones de GEVORA.

En su escrito de alegaciones al informe de la SUBDIR formulado tras el traslado del texto íntegro del recurso de UNIÓN VANTAXE contra la Propuesta de Resolución manifiesta su conformidad "(...) con las alegaciones hechas en el recurso interpuesto por UNIÓN VANTAXE, S.L. y, por lo tanto, con las pretensiones formuladas en el mismo".

### 2.4.- Naturaleza del recurso

El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la SUBDIR al disponer que *"Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*. Conforme a este artículo los motivos de impugnación deberán de estar basados únicamente en indefensión o en el perjuicio irreparable de los actos recurridos, como ha señalado el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de septiembre de 2013:

*"En efecto, la vía a través de la cual es posible la impugnación "anticipada" de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007, de defensa de la competencia, la establecida en su artículo 47.1, esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero no se trata de una vía que abra la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos"*.

En el presente recurso UNION VANTAXE ha alegado únicamente indefensión como razón de la interposición del mismo.

## 2.5.- Apreciación de la existencia o no del cierre de la instrucción y la comunicación a los interesados

Dispone el art. 33.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de defensa de la competencia que:

“(…) Recibidas las alegaciones y practicadas las pruebas o, en su caso, transcurrido el plazo de quince días, la Dirección de Investigación procederá al cierre de la fase de instrucción, notificándolo a los interesados, con el fin de redactar la propuesta de resolución prevista en el artículo 50.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.”

Contempla este artículo el cierre de la fase de instrucción como una etapa previa a la de redacción de la Propuesta de Resolución. En su recurso UNION VANTAXE sostiene que la SUBDIR no adoptó Acuerdo de cierre de instrucción alguno lo que supone la infracción del artículo 33 del RDC.

Rechaza la SUBDIR en el Informe previsto en el art. 24 del RDC que se haya omitido efectivamente el trámite de trasladar a los interesados el cierre de la instrucción, ya que considera que no existe impedimento para que dicho acuerdo y la Propuesta de Resolución se adopten o bien de forma sucesiva e inmediata en el tiempo o bien que dicho acuerdo de cierre se incorpore a la propia Propuesta de Resolución, como considera que ha sucedido en este expediente.

UNION VANTAXE, en sus alegaciones al informe de la SUBDIR, sostiene que ésta no adoptó Acuerdo alguno de cierre de la instrucción, ni antes, ni al mismo tiempo, ni después de la Propuesta de Resolución y que en ésta no aparece referencia alguna al cierre de la fase de instrucción o al artículo 33 RDC que habilita para su adopción por lo que concluye que dicho Acuerdo simplemente no existe. Señala que por no existir no se ha podido incorporar al Expediente, ni ha sido notificado a los interesados, como exige el artículo 33 RDC.

La finalidad de la instrucción es la de determinación de los hechos que servirán de fundamento a la resolución en cuya tramitación habrá de ser observado el procedimiento que constituye no solo una garantía para los interesados sino también para el acierto en la resolución que se dicte. Como ya advirtiera la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1900 “(…) la



*estricta observancia del procedimiento es en todas las jurisdicciones y grados la más racional garantía de buena administración, y todo descuido o incorrección en esta materia, si prevaleciera, conduciría a error, produciría injusticia y redundaría en desprestigio de los poderes públicos".*

Con independencia del valor que se debe de otorgar a ese cierre y su notificación, en el presente expediente este Pleno considera que el mismo no se ha producido con el *iter* previsto en el art. 33 del RDC que señala que como fase previa a la redacción de la Propuesta de Resolución la SUBDIR deberá proceder al cierre de la fase de instrucción notificándolo a los interesados.

## **2.6.- Delimitación de la función y efectos del cierre de la instrucción y sus consecuencias en materia de indefensión y garantías en el procedimiento**

Considerando que efectivamente no se ha cumplido el trámite de cierre de instrucción y notificación del mismo a los interesados es preciso determinar las consecuencias que ello puede implicar en este expediente.

Dispone la Constitución en su artículo 103.1 que *"La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho"*. Ese principio de eficacia, que es una exigencia de racionalidad en el funcionamiento de cualquier organización con cierta complejidad y que para la Administración pública se convierte en un mandato constitucional, impone que toda su actuación se realice conforme a procedimientos estandarizados. Esos procedimientos servirán además para que la formación de la voluntad se lleva a cabo con garantías de razonabilidad, racionalidad y de legitimidad de los acuerdos que se tomen, valorando y teniendo en cuenta todos los intereses que podrían verse afectados.

Pero también el procedimiento cumple una importante función de garantía de especial relevancia en aquellos que, como los previstos en defensa de la competencia, pueden concluir en una resolución que suponga una sanción o sacrificio a los interesados. Por ello en los mismos deben de asegurarse el cumplimiento de todos los trámites que persiguen esa finalidad de garantía. Así el Tribunal Constitucional ha establecido en doctrina reiterada y explícita que, con las matizaciones impuestas por los casos concretos, es necesario partir del principio de que "(...)

la regulación de las sanciones administrativas ha de estar inspirada en los principios propios y característicos del Derecho Penal (doctrina también del T.S. y del TEDH)<sup>1</sup> en la medida en que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado.

Pero en esa garantía de tramitación del procedimiento hay que señalar que no todos los trámites tienen la misma función en el mismo. En este sentido numerosas sentencias del Tribunal Supremo, como la de 2 de marzo de 2012 entre otras, manifiesta que: *"Hemos de partir de que uno de los criterios de clasificación de los actos administrativos atiende a la función que desempeñan en el procedimiento, y así se distingue entre actos de trámite que preparan y hacen posible la decisión, dirigiéndose al mayor acierto de ésta, y las resoluciones que deciden las cuestiones planteadas. La diferenciación determina que los actos de trámite no sean impugnables separadamente, sino que es al recurrir la correspondiente resolución cuando pueden suscitarse las cuestiones relativas a su legalidad. Así se recoge en el art. 107 de la LRJ-PAC y 25-1LRJCA de tal manera que los actos de trámite solo son recurribles separadamente cuando decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Esta normativa, como reconoce el TJCE (sentencia de 15-5-2003, asunto C-214/00 ), no afecta a una tutela judicial adecuada de los particulares. Además responde a principios de racionalidad y eficacia procedimental para evitar que los procedimientos se vean paralizados por reclamaciones sucesivas contra meros actos preparatorios y no decisorios."* Es preciso indicar por tanto que, como señala la reiterada jurisprudencia, no todos los trámites tiene el mismo valor en el procedimiento por lo que la omisión de los mismos tampoco tiene las mismas consecuencias jurídicas. Por ello debe de ser examinado lo que realmente ha sucedido y cuál hubiese sido el resultado de haber seguido los trámites procedimentales legalmente establecidos, si hubiese sido el mismo o bien otro completamente distinto, añadiendo la STS de 10 de octubre de 1991 que: *"resulta necesario ponderar, en cada caso, las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que realmente haya originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo originario en caso de observarse el trámite omitido, pues un elemental principio de economía procesal impide que se anule el acto cuando lógicamente se prevé que el nuevo vaya a ser igual que el anulado"*.

---

1 STC de 29 de marzo de 1990, Sala Primera, 61/1990.

Pero también hay que tener en cuenta que el principio del servicio objetivo a los intereses generales que, como hemos visto, debe de cumplir la Administración impone que la formación de la voluntad de la misma se lleve a cabo a través unos cauces ya formalizados que aseguren la racionalidad, coherencia y razonabilidad de sus decisiones y la plena eficacia de la actuación administrativa. Este mismo principio implica que en los procedimientos que determinan esos cauces se tengan que tomar en consideración todos los intereses involucrados, es decir, además de los de la propia Administración también los de los particulares que puedan ser afectados por la decisión que se va a adoptar, en este caso por esta resolución, y, en su caso, los intereses de tipo colectivo y difuso. Es, por tanto, el procedimiento administrativo un instrumento de integración de todos esos intereses además de una garantía para los interesados en el mismo.

En este caso concreto hay que tener en cuenta que la solicitud de retroacción del expediente al momento inmediatamente anterior al de elaboración por la SUBDIR de la Propuesta de Resolución con la finalidad de acordar el cierre de la fase de instrucción no compromete de ninguna manera al expediente ni compromete la resolución que este Pleno pueda adoptar en el futuro sobre el mismo y que también UNION VANTAXE ha justificado el recurso en una alegación de indefensión por infracción de ese trámite que razona de forma extensa.

Que aunque no parece concluyente que la omisión de ese trámite haya supuesto indefensión material que impide el ejercicio del derecho a la defensa, en la medida en que desde un plano garantista en la tramitación de este procedimiento que persiga asegurar el cumplimiento del exacto cauce reglamentario que confirme la racionalidad, coherencia y razonabilidad de la decisión que en el futuro se adopte y que pondrá fin al mismo, este Pleno considera adecuado estimar la solicitud presentada y por ello anular la Propuesta de Resolución de 3 de noviembre de 2022 dictada por la SUBIR en este expediente, retrotraer el expediente al momento inmediatamente anterior debiendo proceder la SUBDIR a el cierre de la fase de instrucción.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, el Pleno de la Comisión Gallega de la Competencia,

**HA RESUELTO:**

Admitir el recurso presentado por UNION VANTAXE S.L. contra la Propuesta de Resolución de 3 de noviembre de 2022 dictada por la Subdirección General de Investigación en el expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo.

Comuníquese esta Resolución a la Subdirección General de Investigación de la Comisión Gallega de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.