

Resolución RA 2/2023 - Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo

En Pleno

D. Ignacio López-Chaves Castro, presidente

D. Daniel Neira Barral, secretario/vogal

D^a. María Teresa Cancelo Márquez, vogal

Santiago de Compostela, 17 de abril de 2023

O Pleno da Comisión Galega da Competencia (en adiante CGC) coa composición arriba indicada dita a presente Resolución pola que se resolve o recurso interposto por UNIÓN VANTAXE, S.L. (en diante UNIÓN VANTAXE) ao amparo do disposto no artigo 47 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de defensa da competencia (LDC) contra a adopción do Acordo de peche do 8 de febreiro de 2023 ditada pola Subdirección de Investigación da Comisión Galega da Competencia (en adiante SUBDIC) ditada no expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo.

A condición de relatora da presente resolución correspondeu á vogal D^a. M.^a Teresa Cancelo Márquez.

1.- ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro. - Con data 22 de febreiro de 2023 D. ***** en nome e representación de UNIÓN VANTAXE presentou escrito polo que interpoñía recurso do art. 47 da Lei de Defensa da Competencia contra a adopción do Acordo de peche do 8 de febreiro de



2023 ditada pola SUBDIC no expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo.

No Outrosí do referido recurso UNIÓN 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. – Con data 28 de febreiro de 2023 o Pleno da CGC unha vez acreditado que o recurso fora interposto en prazo, acordou requirir á SUBDIC 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.

Con data 28 de febreiro de 2023 o Pleno da CGC tamén acordou rexeitar a solicitude de UNIÓN VANTAXE de suspensión do acordo do 8 de febreiro de 2023 da SUBDIC polo que se aprobaba o Acordo de peche da instrución no expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo.

Os devanditos acordos foron notificados aos interesados.

Terceiro.- Con data 7 de marzo de 2023 a SUBDIC 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 16 de marzo de 2023 foron notificadas e postas ao dispor dos interesados polo sistema Notifica.gal. No devandito Informe a SUBDIC considera axustado a dereito propoñer a desestimación do novo recurso interposto por UNIÓN VANTAXE ao non apreciar que se causara indefensión senón unha clara vontade de dilatar inxustificada e abusivamente a tramitación do expediente sancionador .

Cuarto.- Con data 17 de marzo de 2023, UNIÓN VANTAXE solicitou a ampliación do prazo para formular alegacións de 15 días hábiles en 7 días hábiles adicionais.

Quinto.- Con data 23 de marzo de 2023 o Pleno da CGC acordou ampliar o devandito prazo en 1 día hábil adicional. O devandito acordo foi notificado a UNIÓN VANTAXE.

Sexto.- Con data 5 de abril 2023 UNIÓN VANTAXE presentou escrito de alegacións ao Informe da SUBDIC do 7 de marzo de 2023.

Sétimo.- O mesmo día, 5 de abril de 2023, Gévora Construcións SA presentou escrito de alegacións ao Informe da SUBDIC do 7 de marzo de 2023 no cal manifestou a súa conformidade coas alegacións feitas no recurso interposto por Unión Vantaxe S.L. e, por tanto, coas pretensións formuladas no mesmo.

Noveno.- Con data 17 de abril 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 UNIÓN VANTAXE contra a adopción do Acordo de peche do 8 de febreiro de 2023 ditada pola SUBDIC no expediente S 14/2018 – Licitación urbanización do Consorcio Zona Franca de Vigo.

UNIÓN VANTAXE solicita que se acorde anular o Acordo de Peche por xerar indefensión e que, por tanto, é nulo de pleno dereito á luz do artigo 48.1 e 48.2 de Lei 39/2015 e tamén solicita que se acorde ordenar á SUBDIC que retrotraiga o procedemento cursado no Expediente de referencia ao momento inmediatamente anterior á elaboración do Prego de Concreción de Feitos (PCF), debendo continuar, no seu caso, polos trámites procedentes coa formulación dun novo PCF que conteña unha acusación conforme a Dereito de acordo con a LDC.

Textualmente no seu escrito UNIÓN VANTAXE solicita:

"Que, tendo por presentado este recurso administrativo en tempo e forma, admítase e en virtude:

(i) acorde anular o Acordo de Peche por xerar indefensión e que, por tanto, é nulo de pleno dereito á luz do artigo 48.1 e 48.2 de Lei 39/2015; e



(ii) acorde ordenar á Subdirección que retrotraiga o procedemento cursado no Expediente de referencia seguido ante a CGC ao momento inmediatamente anterior ao ditado do PCF, debendo continuar, no seu caso, polos trámites procedentes coa formulación dun novo prego de concreción de feitos que conteña unha acusación conforme a Dereito baixo a LDC "

Sinala expresamente UNIÓN VANTAXE que: *"(...) o Acordo de Peche que debe ser declarado nulo por xerar indefensión a esta parte"*.

Considera que a SUBDIC non pode dar por finalizada a fase de instrución do Expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo co Acordo de Peche do 8 de febreiro de 2023 xa que empregou un principio acusatorio contrario a Dereito no PCF do 20 de xuño de 2022, o que lle xeraría indefensión.

Sinala que no PCF, de data 20 de xuño de 2022, a SUBDIC acusou a Unión Vantaxe dunha infracción da LDC sen explicar que artigo concreto infrinxiuse xa que podería ser o artigo 1 da LDC pero tamén o artigo 3 da LDC. Conforme a iso considera que o Acordo de Peche debe ser anulado e a SUBDIC debe elaborar un novo PCF cunha acusación axustada a Dereito.

Tamén alega que no PCF do 20 de xuño de 2022, *"(...) respecto á "posible" infracción do artigo 3 LDC, o PCF non explica nin sequera o artigo da LCD que se infrinxiu, tal e como esixe a CNMC nos seus precedentes: efectivamente, a conduta desleal tipificada na LCD e na que supostamente participaron as partes non aparece sequera nomeada nas 63 páxinas do PCF."* Considera que se produciu unha nova infracción do dereito a ser informado da acusación e por iso o Acordo de Peche non se axusta a Dereito, debe ser anulado e a SUBDIC debe de redactar un novo PCF que inclúa, no seu caso, a concreta conduta desleal que xustifica a acusación respecto ao artigo 3 LDC.

2.2.- Informe da subdirección de investigación

A Subdirección de Investigación propón que debe ser o recurso inadmitido e considera axustado a dereito propoñer a desestimación deste novo recurso ao non apreciar concorrencia dos requisitos previstos no art. 47 da LDC, en concreto, ao non apreciar a indefensión alegada senón unha clara vontade de dilatar de maneira inxustificada e abusiva a tramitación do expediente sancionador.

Indica que é o segundo recurso pola vía do art. 47 da LDC que UNIÓN VANTAXE presenta neste expediente e que de novo alega suposta indefensión. Sinala que no primeiro recurso a indefensión xustificábase na ausencia do Acordo de Peche da Instrución e neste segundo recurso a indefensión remóntaa ao PCF, aprobado fai máis de oito meses, e contra o que UNIÓN VANTAXE presentou alegacións.



Sinala que a indefensión xa foi rexeitada polo Pleno, critica que a indefensión alegada predíquesse respecto de un trámite anterior ao que foi obxecto do primeiro recurso extraordinario do art. 47 da LDC xa resolto polo Pleno. Reitera que o recurso do art. 47 da LDC ten un ámbito moi limitado de aplicación e claramente excepcional, non sendo suficiente para a súa admisibilidade a súa interposición dentro do prazo legalmente previsto sobre todo cando se invoca unha cuestión que xa foi exposta nun recurso anterior no que a alegación de indefensión foi rexeitada polo órgano de resolución.

Sinala que o PCF non debe de confundirse, baixo ningún motivo, coa Proposta de Resolución, xa que se trata de dous actos diferentes, sucesivos no tempo e contra os cales as partes poden formular as alegacións que estimen convenientes. Sinala que o PCF ten por obxectivo esencial fixar os feitos que a xuízo do órgano de instrución ten relevancia, sendo a valoración xurídica soamente provisional e aproximativa, cuestión esta última que constitúe a esencia da Proposta de Resolución.

Considera que os dereitos que asisten aos interesados foron plenamente respectados mesmo nas sucesivas peticións de ampliación de prazos e nas constantes e reiteradas peticións de documentación.

Considera que, como sinalou a CNMC a posible vulneración do art. 24 da Constitución Española non se poden invocar respecto dos actos de mero trámite de acordo coa doutrina do TS (cita a sentenza do 7 de febreiro de 2007) e, de acordo con ela, estima que ningunha das condicións esixidas por esa xurisprudencia pódese apreciar neste suposto pois non nos atopamos ante un acto definitivo, que antecede á Proposta de Resolución, nin nos atopamos ante un acto de contido sancionador.

2.3.- Alegacións

2.3.1.- Alegacións de UNIÓN VANTAXE

No seu escrito de alegacións ao informe da SUBDIC formulado tras o seu acceso ao expediente e a ampliación do prazo concedido para a súa presentación rexeitou os argumentos do mesmo. Reitera os argumentos presentados na alegación. Rexeita os argumentos que a SUBDIC fai para diferenciar o PCF da Proposta de Resolución e sinala que, na súa opinión, a SUBDIC recoñece expresamente que no PCF non realizou unha cualificación xurídica clara dos feitos. Volve centrar no PCF de data 20 de xuño de 2022 a causa da indefensión na que xustifica a presentación deste recurso do art. 47 de data 22 de febreiro de 2023.

2.3.2.- Alegacións de GEVORA

No seu escrito de alegacións ao informe da SUBDIC 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

Regula o artigo 47 da LDC o recurso administrativo contra as resolucións e actos ditados pola SUBDIC ao dispoñer que:

"As resolucións e actos da Dirección de Investigación que produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos serán recurribles 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".

Conforme a iso o art. 47 da LDC non abre a posibilidade a calquera tipo de impugnación. Senón exclusivamente admite a aqueles actos e resolucións da SUBDIC aos que se lles impute indefensión ou causar en prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos. Nesta sentido Resolución da CNMC do 9 de xaneiro de 2020 no Expte. R/AJ/131/19, FACTOR IDEAS INTEGRAL SERVICES sinala que:

"Tal e como expresou a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Supremo nas súas sentenzas do 30 de setembro de 2013 (recurso 5606/2010) e 21 de novembro de 2014 (recurso 4041/2011), o artigo 47 da LDC non abre 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".



Por iso, para o Tribunal Supremo “tanto o Consello da Comisión Nacional da Competencia como, eventualmente, a Sala da Audiencia Nacional ao xulgar sobre as decisións deste, deben limitarse a revisar os devanditos actos e resolucións da Dirección de Investigación unicamente desde aquela dobre perspectiva. Non é que o axuízamento de tales actos e resolucións quede así impedido senón simplemente, como sucede co resto de actos de trámite ou de instrución dos procedementos sancionadores, diferido ao momento en que recaia a decisión final do procedemento. Será entón cando a parte poida invocar calquera motivo de nulidade das resolucións finais por derivar de actos previos viciados”

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

2.5.- Acordo de peche da Instrución, Prego de Concreción de Feitos e alegación de indefensión extemporánea

Solicita UNIÓN VANTAXE no seu escrito que se “acorde anular o Acordo de Peche por xerar indefensión”.

A pesar dos termos a solicitude realizada polo recorrente no Suplico, que parece indicar que a razón da indefensión alegada está vinculada ao propio Acordo de Peche da instrución, de conformidade co escrito de UNIÓN VANTAXE a causa da indefensión alegada non se atopa no Acordo de Peche senón nun acto moi anterior ao mesmo como é o Prego de Concreción de Feitos (PCF). Ao longo do recurso UNIÓN VANTAXE xustifica e explica, de maneira reiterada, que a indefensión non foi causada polo propio Acordo de Peche da Instrución senón pola actuación da SUBDIC no PCF xa que, na súa opinión, é ese acto no que a SUBDIC formulou unha acusación sen explicar que artigo da LDC infrinxiuse e por iso solicita a retroacción do expediente ao momento anterior á aprobación do PCF e que se elabore un novo PCF. Así afirma o recorrente que a fase de instrución non pode darse por “finalizada”, xa que UNIÓN VANTAXE non foi informada de maneira “clara” da acusación no PCF.

O devandito PCF, que foi aprobado pola SUBDIC con data 20 de xuño de 2022, foi notificado a todos os interesados dándolles o preceptivo prazo para formular alegacións e UNIÓN VANTAXE presentounas con data 20 de xullo de 2022. Nese momento en que se comunicou a UNIÓN VANTAXE o PCF podería interpoñer no prazo de dez días o oportuno recurso do art. 47 da LDC se estimase que a actuación da SUBDIC produciu indefensión, xa que como indica ese precepto:



"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".

Desde o 20 de xuño de 2022 ata a data de interposición deste recurso (22 de febreiro de 2023) excedeuse os dez días nos que UNIÓN VANTAXE podería interpoñer ante este Pleno o recurso do art. 47 contra ese PCF elaborado pola SUBDIC porque, ao seu xuízo, puidese causarlle indefensión. Con todo UNIÓN VANTAXE non interpuxo recurso algún polo que non parece xuridicamente correcto que poida agora, pola vía de recorrer o Acordo de Peche da instrución, tratar de presentar de forma extemporánea un recurso do art. 47 da LDC fronte a un acto da SUBDIC, como é o PCF, que lle foi notificado o 20 de xuño de 2022, o cal debe de rexeitarse.

Sorprende, como tamén sinala a SUBDIC no seu Informe do 7 de marzo de 2023, que a indefensión que agora se alega predíquesse respecto de un trámite anterior ao que foi obxecto do primeiro recurso do art. 47 xa resolto por este Pleno.

2.6.- Concorrenza dos requisitos do art. 47 da LDC: concorrenza ou non de indefensión. Actos de trámite

Vimos que o art. 47 da LDC non abre a posibilidade a calquera tipo de impugnación, senón unicamente admítea respecto de aqueles actos e resolucións da SUBDIC aos que se lles impute indefensión ou causar en prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos, polo que este Pleno ten que examinar se o Acordo de peche da instrución é susceptible de causar indefensión que é a única razón de interposición do recurso por UNIÓN VANTAXE.

UNIÓN VANTAXE o que solicita é a anulación do Acordo de Peche pero a causa da indefensión non aparece referida ao propio Acordo de Peche senón a un acto moi anterior ao mesmo como é o PCF xa que alega que nese PCF a SUBDIC formulou unha acusación sen explicar que artigo da LDC infrinxiuse e sinala que non se identificaron "claramente" no PCF que infracción da LDC produciuse. Tamén indica que a SUBDIC acusou ás partes de infrinxir o artigo 1 LDC ou tamén o artigo 3 LDC, sen concretar cal deles impútase ás partes. Non reiteramos o xa indicado no apartado anterior sobre o carácter extemporáneo que significa o que UNIÓN VANTAXE trate de utilizar un recurso do art.47 contra o Acordo de Peche para recorrer, por razón de indefensión, o PCF que lle foi notificado o 22 de xuño do ano 2022.

2.6.1.- A SUBDIC indica que o Acordo de peche da instrución é un acto de trámite que non é susceptible de impugnación autónoma que non dá nin legalmente nin



procedimentalmente pé a alegacións. A CNMC reiterou que a posible vulneración do art. 24 da Constitución non pode invocarse en relación con actos de mero trámite, como sinalou a xurisprudencia do TS. Así na sentenza do 7 de febreiro de 2022 afirmou no seu Fundamento Xurídico Quinto que:

“Efectivamente é correcto o criterio que segue a Sala de instancia de que, tratándose de actos administrativos, a protección inherente ao dereito fundamental recoñecido no artigo 24 CE só opera en relación aos que teñan un contido sancionador.

Pero ha de completarse con esta importante matización: esa protección deberá invocarse en relación a actos administrativos que, ademais de ser ditados no marco dun procedemento que poida merecer a cualificación de procedemento sancionador, sexan definitivos, e por esta razón teñan en si mesmos un efectivo contido sancionador. Isto é, a posible vulneración non poderá ser invocada en relación a meros actos de trámite.”

O certo é que o Acordo de peche non cumpre con ningunha desas condicións pois nin nos atopamos ante un acto definitivo, pois antecede á Proposta de Resolución, nin tampouco nos atopamos ante un acto con contido sancionador. Non é por tanto un acto definitivo capaz de producir indefensión ou un prexuízo irreparable, pois nin prexulga, nin resolve un procedemento sancionador, polo que non impide ás partes exercer posteriormente o seu dereito de defensa.

2.6.2.- Sobre a indefensión sinalar que a recorrente cita diversas sentenzas do Tribunal Constitucional para argumentar que non é viable, baixo o artigo 24.2 da Constitución, empregar dúas cualificacións xurídicas alternativas para un mesmo feito, como expón a SUBIR no PCF.

A primeira delas é a sentenza 12/1981, do 10 de abril de 1981 que resolveu un recurso de amparo por suposta violación do art. 24.1 e 2 da Constitución. O recorrente sinalaba que o Tribunal Supremo considerou errónea a cualificación xurídica dos feitos que realizara en Tribunal de Instancia e indicou a que consideraba correcta, pero confirmando a sentenza do Tribunal de Instancia. O TC rexeitou o recurso de amparo e afirmou que:

“Basta con sinalar que si o condenado tivo ocasión de defenderse de todos e cada un dos elementos que compoñen o tipo de delito sinalado na Sentenza de casación non existe indefensión, xa que ningún elemento novo serve de base á cualificación que considera correcta o Tribunal Supremo, nin esta



*cualificación modifica a pena imposta polo Tribunal de instancia.”-
(Fundamento Xurídico 5)*

A segunda a sentenza 105/1983 do 23 de novembro, nela resolveuse un recurso de amparo por suposta violación do art. 24 da Constitución. O recorrente sinalaba vulneráronse coas decisións na instancia e no recurso de casación o seu dereito á tutela efectiva xudicial, producindo indefensión e iso concretamente por canto o interesado non fora informado da acusación contra el formulada desde o momento en que a condena se producira por delito distinto daqueles dos cales viñera sendo acusado. O TC rexeitou o recurso de amparo e volve repetir que:

“Se o condenado tivo ocasión de defenderse de todos e cada un dos elementos que compoñen o tipo do delito sinalado na Sentenza, non existe indefensión, xa que ningún elemento novo serve de base á cualificación que se considera correcta.” (Fundamento Xurídico 4)

A terceira, a sentenza 134/1986, do 29 de outubro de 1986 nela resolveuse un recurso de amparo por suposta violación do art. 24 da Constitución por circunstancias similares aos das dúas sentenzas anteriores. De novo o TC rexeitou o recurso de amparo e repite:

“En consecuencia, non hai indefensión se o condenado tivo ocasión de defenderse de todos e cada un dos elementos de feito que compoñen o tipo de delito sinalado na Sentenza, sendo inocuo o cambio de cualificación se existe homoxeneidade, entendida como identidade do ben ou interese protexido en canto haxa unha porción do acaecer concreto ou histórico común na cualificación da acusación e na da Sentenza.” (Fundamento Xurídico 2)

Non amparan, por tanto, ningunha destas sentenzas a alegación do recorrente xa que neste expediente o interesado tivo ocasión de defenderse de todos e cada uns dos elementos que constitúen a infracción da LDC, xa que lle foi notificado cada un dos pasos do expediente, que puido formular alegacións, que accedeu ao expediente, que puido propoñer proba en defensa dos seus dereitos e que exercitou, ata en dúas ocasións, o recurso do art. 47 da LDC, polo que, conforme á propia doutrina do TC alegada polo recorrente non se produciu indefensión.



2.6.3.- Cita tamén a Sentenza da Audiencia Nacional do 11 de xullo de 2016, recurso nº 343/2014, FJ 5º, que contempla un suposto totalmente distinto do deste expediente. A dita sentenza afectou a unha Resolución da CNMC na que despois de ditar a Dirección de Competencia o PCF e notificalo ao interesado, despois de presentar este alegacións, despois de notificar a Dirección de Competencia o peche da fase de instrución, despois de todo iso a Dirección de Competencia acordou a reapertura da devandita instrución co obxecto de emendar determinados erros materiais do PCF en base ao art. 105.2 da Lei 39/1992, vixente nese momento. A Audiencia Nacional considerou que da lectura do texto orixinal do Prego de Concreción de Feitos e do corrixido evidenciaba, sen ningunha dúbida, que a modificación excedía da que puidese amparar o artigo 105.2 pois non se trataba da mera rectificación dun erro material e que por iso a corrección realizada implicou unha valoración por parte da Dirección de Competencia que alteraba o sentido do acto rectificado, nun tema (prolongación no tempo da conduta infractora) de carácter transcendental no expediente e considerou que a Dirección de Competencia levara a cabo unha verdadeira revisión de oficio do sentido do PCF en claro prexuízo do afectado. Por iso, sinalou que o dereito para ser informado da acusación non se respectou, e iso foi debido a que no PCF notificado ás partes fora alterado á vista das alegacións presentadas polo expedientado. Todo iso implicou falta de audiencia e unha alteración do procedemento establecido, que constitúe a primeira garantía para o sancionado. Por iso é polo que a Audiencia Nacional indicase que no Prego de Concreción de Feitos ten que poñerse de manifesto claramente os que se imputan e que non se poidan alterar, con posterioridade á súa notificación aos interesados, o contido dese PCF nunha tema da transcendencia do tempo de duración da conduta infractora.

Neste caso nin se produciu unha alteración do contido do PCF que foi notificado aos interesados, nin se reabriu a instrución, nin se rectificou o contido do PCF con posterioridade á súa comunicación ás partes nin se alterou a tramitación legal do expediente.

2.6.4.- A doutrina da CNMC e da extintas Comisión Nacional da Competencia (CNC) e do Tribunal da Competencia (TDC) respecto a a indefensión alegada pola vía do art. 47 da LDC é reiterada e constante, sempre baseada no establecido polo Tribunal Constitucional (TC). Neste sentido habería que citar a Resolución do 10 de decembro de 2009 (Expte. R/0029/09, ECOVIDRIO) no que ante a alegación de indefensión nun recurso do art. 47 afírmase que:

“Polo que se refire á indefensión, este Consello e o seu antecesor o Tribunal de Defensa da Competencia reiteraron en múltiples Resolucións de recursos que “o Tribunal Constitucional ten establecido que por indefensión ha de entenderse o impedir a unha parte nun proceso ou procedemento o exercicio do dereito de



defensa, privándolle de exercitar a súa potestade de alegar e xustificar os seus dereitos e intereses, sinalando que a indefensión á que se refire o art. 24.1 da Constitución Española é só aquela que produza un real e efectivo menoscabo do dereito de defensa da parte. Por iso, o Tribunal Constitucional sinalou que non se dá indefensión cando existiu a posibilidade de defenderse en termos reais e efectivos ou cando non se chegou a producir efectivo e real menoscabo do dereito de defensa."

Tamén había que lembrar a recente Resolución da CNMC do 8 de marzo de 2023 Expediente CEPSA R/AJ/141/22 ante un recurso do art. 47 da LDC na que se alegou indefensión. Nela indícase que é doutrina do Tribunal Constitucional que para apreciar a existencia da mesma non abonda con que se produza unha transgresión formal das normas, senón que é necesario que tal vulneración tradúzase nunha privación, limitación, menoscabo ou negación real, efectiva e actual do dereito de defensa, nunca potencial ou abstracta. Isto é, unha indefensión material.

E xa a sentenza do TC 15/1995, do 24 de xaneiro de 1995 ao determinar esa indefensión material manifestou que:

"(...) En definitiva, a indefensión, que se concibe constitucionalmente como a negación da tutela xudicial e para cuxa prevención se configuran os demais dereitos instrumentais contidos no art. 24 da Constitución, ha de ser algo real, efectivo e actual, nunca potencial ou abstracto, por colocar á súa vítima nunha situación concreta que lle produza un prexuízo, sen que lle sexa equiparable calquera expectativa dun perigo ou risco (SSTC 181/1994 e 314/1994, 28 novembro rec. 1019/91). Por iso falamos sempre de indefensión "material".

5. Esta dáse, no caso ante nós, desde o momento en que foi absoluta e plena, privando aos comparecentes do seu dereito para ser oídos, a utilizar os medios probatorios adecuados pertinentes se a iso houber lugar, a coñecer os motivos manexados na demanda contra o seu nomeamento e a ter a oportunidade de rebatelos na contestación á demanda, onde ademais puidesen pedir o recibimento a proba e utilizar a pertinente, se a iso houberse lugar. En resumo, o principio de contradición procesual foi preterido e sen el, con todo o demais que se dixo máis atrás, mal pode falarse neste caso dun proceso con todas as garantías.(...)"

2.6.5.- Este Pleno non pode deixar de constatar que ata o momento no expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo o interesado puido defender os seus intereses, como o mesmo recoñece no escrito de recurso que o fixo alegando ao PCF, como o fixo ao presentar un recurso do art. 47 da LDC xa resolto por este Pleno, como fixo podendo exercer a súa actividade de contradición fronte á

actuación da SUBDIC. Ademais o recorrente puido acceder ao expediente, propoñer proba e poderá seguir exercendo real e efectivamente a súa defensa ante o Pleno no momento en que a SUBDIC elabore a súa Proposta de Resolución.

2.6.6.- Alega UNIÓN VANTAXE que a SUBDIC empregou un principio acusatorio contrario a Dereito no Prego de Concreción de Feitos do 20 de xuño de 2022 ao indicar a SUBDIC que *"(...) os feitos que considera probados no presente PCF apuntan á comisión dunha infracción tipificada no artigo 1 ou 3 LDC, que se produciu no marco do expediente de contratación pública promovido polo Consorcio da Zona Franca de Vigo, identificado como OBR/17/14 "Obras de urbanización da área Loxística Empresarial (LLE) na PLISAN (primeira fase de execución), do que serían responsables as empresas obxecto do presente expediente sancionador, co alcance que, no seu caso, chéguese a determinar"* e considera que iso implica que a fase de instrución non pode darse por finalizada xa que considera que fronte a uns mesmos feitos, non pode acusar as partes de infrinxir un ou outro artigo da LDC sen concretar cal deles é o relevante.

Como sinala a SUBDIC no seu Informe non se poden confundir na tramitación dun expediente da LDC entre o PCF e a Proposta de Resolución. No PCF, como sinala o art. 50 da LDC, recóllense os feitos que poidan ser constitutivos de infracción que se notifica aos interesados, para que no prazo de quince días formulen alegacións. Unha vez practicados os actos de instrución necesarios, a SUBDIC formula a Proposta de Resolución (PR), que tamén será notificada aos interesados. Son pois PCF e PR actos distintos, aprobados pola SUBDIC en distintos momentos do expediente, con contidos distintos e finalidades distintas a cumprir no expediente que se estea tramitando. O primeiro ten por obxectivo fixar os feitos que a xuízo do instrutor ten relevancia nese expediente, sendo a valoración xurídica deses feitos determinada definitivamente, tras o correspondente proceso de instrución, na Proposta de Resolución. Por iso será na Proposta de Resolución, e non no PCF, cando debe de ser determinada a cualificación xurídica que lle merezan os feitos e a proposta de declaración de existencia de infracción. Tanto o PCF como a PR sométense a contradición das partes que poden alegar o que, conforme ao seu dereito, consideren oportuno.

A instrución do expediente conclúe co Acordo de peche da instrución por parte da SUBDIC que debe de notificar aos interesados conforme ao previsto no art. 33 do Real Decreto 261/2008, do 22 de febreiro, polo que se aproba o Regulamento de Defensa da Competencia (en adiante RDC), acto de trámite fronte ao que non cabe alegacións polas partes, a diferenza do que sucede co PCF e a PR.

A indicación no PCF de que os feitos que considera probados apuntan á comisión dunha infracción tipificada no artigo 1 ou 3 LDC, non pode por iso cualificarse como un causa de indefensión xa que o alegante, unha vez coñecido a valoración provisional que a SUBDIC realizou no PCF e antes de concluír a fase de instrución, tivo a posibilidade de

defenderse de todos e cada un dos elementos que apareceron nese PCF, que se respectou os dereitos procedementais do interesado, que puido realizar, e efectuou, alegacións en cada un dos trámites que legalmente están previstos, que puido propoñer proba, que puido presentar os recursos contemplados na LDC, que tivo acceso ao expediente, polo que foi oído e participou en todo o expediente e, por tanto, tivo a posibilidade de defenderse en termos reais e efectivos sen diminución algunha no seu dereito á defensa.

Por todo os argumentos expostos nos puntos anteriores e non reunindo os requisitos esixidos polo artigo 47 da LDC, este Pleno entende que o recurso examinado na presente resolución debe ser desestimado.

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

RESOLVEU

Desestimar o recurso presentado por UNIÓN VANTAXE S.L. contra a adopción do Acordo de peche do 8 de febreiro de 2023 ditado pola Subdirección de Investigación da Comisión Galega da Competencia 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.