

## **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/vocal

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

Santiago de Compostela, 17 de abril 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 UNIÓN VANTAXE, S.L. (en adelante UNIÓN 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 del Acuerdo de cierre de 8 de febrero de 2023 dictada por la Subdirección de Investigación de la Comisión Gallega de la Competencia (en adelante SUBDIC) dictada en el expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo.

La condición de ponente de la presente resolución correspondió a la vocal D<sup>a</sup>. M.<sup>a</sup> Teresa Cancelo Márquez.

### **1.- ANTECEDENTES DE HECHO**



**Primero.** - Con fecha 22 de febrero de 2023 D. \*\*\*\*\* en nombre y representación de UNIÓN VANTAXE presentó escrito por el que interponía recurso del art. 47 de la Ley de Defensa de la Competencia contra la adopción del Acuerdo de cierre de 8 de febrero de 2023 dictada por la SUBDIC en el expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo.

En el Otrosí del referido recurso UNIÓN 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 28 de febrero de 2023 el Pleno de la CGC una vez acreditado que el recurso había sido interpuesto en plazo, acordó requerir a la SUBDIC 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 28 de febrero de 2023 el Pleno de la CGC también acordó rechazar la solicitud de UNIÓN VANTAXE de suspensión del acuerdo de 8 de febrero de 2023 de la SUBDIC por el que se aprobaba el Acuerdo de cierre de la instrucción 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 marzo de 2023 la SUBDIC 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 16 de marzo de 2023 fueron notificadas y puestas a disposición de los interesados por el sistema Notifica.gal. En dicho Informe la SUBDIC considera ajustado a derecho proponer la desestimación del nuevo recurso interpuesto por UNIÓN VANTAXE al no apreciar que se haya causado indefensión sino una clara voluntad de dilatar injustificada y abusivamente la tramitación del expediente sancionador .



**Cuarto.-** Con fecha 17 de marzo de 2023, UNIÓN VANTAXE solicitó la ampliación del plazo para formular alegaciones de 15 días hábiles en 7 días hábiles adicionales.

**Quinto.-** Con fecha 23 de marzo de 2023 el Pleno de la CGC acordó ampliar dicho plazo en 1 día hábil adicional. Dicho acuerdo fue notificado a UNIÓN VANTAXE.

**Sexto.-** Con fecha 5 de abril 2023 UNIÓN VANTAXE presentó escrito de alegaciones al Informe de la SUBDIC de 7 de marzo de 2023.

**Séptimo.-** El mismo día, 5 de abril de 2023, Gévora Construcciones SA presentó escrito de alegaciones al Informe de la SUBDIC de 7 de marzo de 2023 en el cual manifestó 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.

**Noveno.-** Con fecha 17 de abril 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 UNIÓN VANTAXE contra la adopción del Acuerdo de cierre de 8 de febrero de 2023 dictada por la SUBDIC en el expediente S 14/2018 – Licitación urbanización del Consorcio Zona Franca de Vigo.

UNIÓN VANTAXE solicita que se acuerde anular el Acuerdo de Cierre por haber generado indefensión y que, por tanto, es nulo de pleno derecho a la luz del artículo 48.1 y 48.2 de Ley 39/2015 y también solicita que se acuerde ordenar a la SUBDIC que retrotraiga el procedimiento cursado en el Expediente de referencia al momento inmediatamente anterior a la elaboración del Pliego de Concreción de Hechos (PCH), debiendo continuar, en su caso, por los trámites procedentes con la formulación de un nuevo PCH que contenga una acusación conforme a Derecho de acuerdo con la LDC.

Textualmente en su escrito UNIÓN VANTAXE solicita:



*"Que, teniendo por presentado este recurso administrativo en tiempo y forma, lo admita y en virtud:*

*(i) acuerde anular el Acuerdo de Cierre por haber generado indefensión y que, por tanto, es nulo de pleno derecho a la luz del artículo 48.1 y 48.2 de Ley 39/2015; y*

*(ii) acuerde ordenar a la Subdirección que retrotraiga el procedimiento cursado en el Expediente de referencia seguido ante la CGC al momento inmediatamente anterior al dictado del PCH, debiendo continuar, en su caso, por los trámites procedentes con la formulación de un nuevo pliego de concreción de hechos que contenga una acusación conforme a Derecho bajo la LDC "*

Señala expresamente UNIÓN VANTAXE que: *"(...) el Acuerdo de Cierre que debe ser declarado nulo por haber generado indefensión a esta parte".*

Considera que la SUBDIC no puede dar por finalizada la fase de instrucción del Expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo con el Acuerdo de Cierre de 8 de febrero de 2023 ya que empleó un principio acusatorio contrario a Derecho en el PCH de 20 de junio de 2022, lo que le generaría indefensión.

Señala que en el PCH, de fecha 20 de junio de 2022, la SUBDIC acusó a Unión Vantaxe de una infracción de la LDC sin explicar qué artículo concreto se habría infringido ya que podría ser el artículo 1 de la LDC pero también el artículo 3 de la LDC. Conforme a ello considera que el Acuerdo de Cierre debe ser anulado y la SUBDIC debe elaborar un nuevo PCH con una acusación ajustada a Derecho.

También alega que en el PCH de 20 de junio de 2022, *"(...) respecto a la "posible" infracción del artículo 3 LDC, el PCH no explica ni siquiera el artículo de la LCD que se habría infringido, tal y como exige la CNMC en sus precedentes: efectivamente, la conducta desleal tipificada en la LCD y en la que han supuestamente participado las partes no aparece siquiera nombrada en las 63 páginas del PCH."* Considera que se ha producido una nueva infracción del derecho a ser informado de la acusación y por ello el Acuerdo de Cierre no se ajusta a Derecho, debe ser anulado y la SUBDIC debe de redactar un nuevo PCH que incluya, en su caso, la concreta conducta desleal que justifica la acusación respecto al artículo 3 LDC.

## **2.2.- Informe de la subdirección de investigación**

La Subdirección de Investigación propone que debe ser el recurso inadmitido y considera ajustado a derecho proponer la desestimación de este nuevo recurso al no apreciar concurrencia de los requisitos previstos en el art. 47 de la LDC, en concreto, al no



apreciar la indefensión alegada sino una clara voluntad de dilatar de manera injustificada y abusiva la tramitación del expediente sancionador.

Indica que es el segundo recurso por la vía del art. 47 de la LDC que UNIÓN VANTAXE presenta en este expediente y que de nuevo alega supuesta indefensión. Señala que en el primer recurso la indefensión se justificaba en la ausencia del Acuerdo de Cierre de la Instrucción y en este segundo recurso la indefensión la remonta al PCH, aprobado hace más de ocho meses, y contra el que UNIÓN VANTAXE presentó alegaciones.

Señala que la indefensión ya fue rechazada por el Pleno, critica que la indefensión alegada se predique respecto de un trámite anterior al que fue objeto del primer recurso extraordinario del art. 47 de la LDC ya resuelto por el Pleno. Reitera que el recurso del art. 47 de la LDC tiene un ámbito muy limitado de aplicación y claramente excepcional, no siendo suficiente para su admisibilidad su interposición dentro del plazo legalmente previsto sobre todo cuando se invoca una cuestión que ya fue expuesta en un recurso anterior en el que la alegación de indefensión fue rechazada por el órgano de resolución.

Señala que el PCH no debe de confundirse, bajo ningún motivo, con la Propuesta de Resolución, ya que se trata de dos actos diferentes, sucesivos en el tiempo y contra los cuales las partes pueden formular las alegaciones que estimen convenientes. Señala que el PCH tiene por objetivo esencial fijar los hechos que a juicio del órgano de instrucción tiene relevancia, siendo la valoración jurídica meramente provisional y aproximativa, cuestión esta última que constituye la esencia de la Propuesta de Resolución.

Considera que los derechos que asisten a los interesados fueron plenamente respetados incluso en las sucesivas peticiones de ampliación de plazos y en las constantes y reiteradas peticiones de documentación.

Considera que, como señaló la CNMC la posible vulneración del art. 24 de la Constitución Española no se pueden invocar respecto de los actos de mero trámite de acuerdo con la doctrina del TS (cita la sentencia de 7 de febrero de 2007) y, de acuerdo con ella, estima que ninguna de las condiciones exigidas por esa jurisprudencia se puede apreciar en este supuesto pues no nos encontramos ante un acto definitivo, que antecede a la Propuesta de Resolución, ni nos encontramos ante un acto de contenido sancionador.

## **2.3.- Alegaciones**

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

En su escrito de alegaciones al informe de la SUBDIC formulado tras su acceso al expediente y la ampliación del plazo concedido para su presentación rechazó los argumentos del mismo. Reitera los argumentos presentados en la alegación. Rechaza



los argumentos que la SUBDIC hace para diferenciar el PCH de la Propuesta de Resolución y señala que, en su opinión, la SUBDIC reconoce expresamente que en el PCH no realizó una calificación jurídica clara de los hechos. Vuelve a centrar en el PCH de fecha 20 de junio de 2022 la causa de la indefensión en la que justifica la presentación de este recurso del art. 47 de fecha 22 de febrero de 2023.

### 2.3.2.- Alegaciones de GEVORA

En su escrito de alegaciones al informe de la SUBDIC 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

Regula el artículo 47 de la LDC el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la SUBDIC 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".*

Conforme a ello el art. 47 de la LDC no abre la posibilidad a cualquier tipo de impugnación. Sino exclusivamente admite la de aquellos actos y resoluciones de la SUBDIC a los que se les impute indefensión o causar en perjuicio irreparable a derechos



o intereses legítimos. En este sentido Resolución de la CNMC de 9 de enero de 2020 en el Expte. R/AJ/131/19, FACTOR IDEAS INTEGRAL SERVICES señala que:

*“Tal y como ha expresado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de septiembre de 2013 (recurso 5606/2010) y 21 de noviembre de 2014 (recurso 4041/2011), el artículo 47 de la LDC no abre 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”.*

*Por ello, para el Tribunal Supremo “tanto el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia como, eventualmente, la Sala de la Audiencia Nacional al juzgar sobre las decisiones de éste, deben limitarse a revisar dichos actos y resoluciones de la Dirección de Investigación únicamente desde aquella doble perspectiva. No es que el enjuiciamiento de tales actos y resoluciones quede así impedido sino simplemente, como sucede con el resto de actos de trámite o de instrucción de los procedimientos sancionadores, diferido al momento en que recaiga la decisión final del procedimiento. Será entonces cuando la parte pueda invocar cualquier motivo de nulidad de las resoluciones finales por derivar de actos previos viciados”*

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

## **2.5.- Acuerdo de cierre de la Instrucción, Pliego de Concreción de Hechos y alegación de indefensión extemporánea.**

Solicita UNIÓN VANTAXE en su escrito que se “acuerde anular el Acuerdo de Cierre por haber generado indefensión”.

A pesar de los términos la solicitud realizada por el recurrente en el Suplico, que parece indicar que la razón de la indefensión alegada está vinculada al propio Acuerdo de Cierre de la instrucción, de conformidad con el escrito de UNIÓN VANTAXE la causa de la indefensión alegada no se encuentra en el Acuerdo de Cierre sino en un acto muy anterior al mismo como es el Pliego de Concreción de Hechos (PCH). A lo largo del recurso UNIÓN VANTAXE justifica y explica, de manera reiterada, que la indefensión no fue causada por el propio Acuerdo de Cierre de la Instrucción sino por la actuación de la SUBDIC en el PCH ya que, en su opinión, es ese acto en el que la SUBDIC formuló una acusación sin explicar que artículo de la LDC se había infringido y por ello solicita la retroacción del expediente al momento anterior a la aprobación del PCH y que se elabore un nuevo PCH. Así afirma el recurrente que la fase de instrucción no puede darse por “finalizada”, ya que UNIÓN VANTAXE no ha sido informada de manera “clara” de la acusación en el PCH.





Dicho PCH, que fue aprobado por la SUBDIC con fecha 20 de junio de 2022, fue notificado a todos los interesados dándoles el preceptivo plazo para formular alegaciones y UNIÓN VANTAXE las presentó con fecha 20 de julio de 2022. En ese momento en que se comunicó a UNIÓN VANTAXE el PCH podría haber interpuesto en el plazo de diez días el oportuno recurso del art. 47 de la LDC si estimase que la actuación de la SUBDIC le hubiese producido indefensión, ya que como indica ese precepto:

*"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".*

Desde el 20 de junio de 2022 hasta la fecha de interposición de este recurso (22 de febrero de 2023) se ha sobrepasado los diez días en los que UNIÓN VANTAXE podría haber interpuesto ante este Pleno el recurso del art. 47 contra ese PCH elaborado por la SUBDIC porque, a su juicio, hubiera podido causarle indefensión. Sin embargo UNIÓN VANTAXE no interpuso recurso alguno por lo que no parece jurídicamente correcto que pueda ahora, por la vía de recurrir el Acuerdo de Cierre de la instrucción, tratar de presentar de forma extemporánea un recurso del art. 47 de la LDC frente a un acto de la SUBDIC, como es el PCH, que le fue notificado el 20 de junio de 2022, lo cual debe de rechazarse.

Sorprende, como también señala la SUBDIC en su Informe de 7 de marzo de 2023, que la indefensión que ahora se alega se predique respecto de un trámite anterior al que fue objeto del primer recurso del art. 47 ya resuelto por este Pleno.

## **2.6.- Concurrencia de los requisitos del art. 47 de la LDC: concurrencia o no de indefensión. Actos de trámite**

Hemos visto que el art. 47 de la LDC no abre la posibilidad a cualquier tipo de impugnación, sino únicamente la admite respecto de aquellos actos y resoluciones de la SUBDIC a los que se les impute indefensión o causar en perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, por lo que este Pleno tiene que examinar si el Acuerdo de cierre de la instrucción es susceptible de causar indefensión que es la única razón de interposición del recurso por UNIÓN VANTAXE.

UNIÓN VANTAXE lo que solicita es la anulación del Acuerdo de Cierre pero la causa de la indefensión no aparece referida al propio Acuerdo de Cierre sino a un acto muy anterior al mismo como es el PCH ya que alega que en ese PCH la SUBDIC formuló una acusación sin explicar que artículo de la LDC se había infringido y señala que no se han identificado "claramente" en el PCH que infracción de la LDC se había producido. También indica que





la SUBDIC ha acusado a las partes de infringir el artículo 1 LDC o también el artículo 3 LDC, sin concretar cuál de ellos se imputa a las partes. No reiteramos lo ya indicado en el apartado anterior sobre el carácter extemporáneo que significa el que UNIÓN VANTAXE trate de utilizar un recurso del art.47 contra el Acuerdo de Cierre para recurrir, por razón de indefensión, el PCH que le fue notificado el 22 de junio del año 2022.

2.6.1.- La SUBDIC indica que el Acuerdo de cierre de la instrucción es un acto de trámite que no es susceptible de impugnación autónoma que no da ni legalmente ni procedimentalmente pie a alegaciones. La CNMC ha reiterado que la posible vulneración del art. 24 de la Constitución no puede invocarse en relación con actos de mero trámite, como ha señalado la jurisprudencia del TS. Así en la sentencia de 7 de febrero de 2022 afirmó en su Fundamento Jurídico Quinto que:

*“Efectivamente es correcto el criterio que sigue la Sala de instancia de que, tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE solo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador.*

*Pero ha de completarse con esta importante matización: esa protección deberá invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pueda merecer la calificación de procedimiento sancionador, sean definitivos, y por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador. Esto es, la posible vulneración no podrá ser invocada en relación a meros actos de trámite.”*

Lo cierto es que el Acuerdo de cierre no cumple con ninguna de esas condiciones pues ni nos encontramos ante un acto definitivo, pues antecede a la Propuesta de Resolución, ni tampoco nos encontramos ante un acto con contenido sancionador. No es por tanto un acto definitivo capaz de producir indefensión o un perjuicio irreparable, pues ni prejuzga, ni resuelve un procedimiento sancionador, por lo que no impide a las partes ejercer posteriormente su derecho de defensa.

2.6.2.- Sobre la indefensión señalar que el recurrente cita diversas sentencias del Tribunal Constitucional para argumentar que no es viable, bajo el artículo 24.2 de la Constitución, emplear dos calificaciones jurídicas alternativas para un mismo hecho, como plantea la SUBIR en el PCH.



La primera de ellas es la sentencia 12/1981, de 10 de abril de 1981 que resolvió un recurso de amparo por supuesta violación del art. 24.1 y 2 de la Constitución. El recurrente señalaba que el Tribunal Supremo consideró errónea la calificación jurídica de los hechos que había realizado en Tribunal de Instancia e indicó la que consideraba correcta, pero confirmando la sentencia del Tribunal de Instancia. El TC rechazó el recurso de amparo y afirmó que:

*“Basta con señalar que si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo de delito señalado en la Sentencia de casación no existe indefensión, ya que ningún elemento nuevo sirve de base a la calificación que considera correcta el Tribunal Supremo, ni esta calificación modifica la pena impuesta por el Tribunal de instancia.”-  
(Fundamento Jurídico 5)*

La segunda la sentencia 105/1983 de 23 de noviembre, en ella se resolvió un recurso de amparo por supuesta violación del art. 24 de la Constitución. El recurrente señalaba se habían vulnerado con las decisiones en la instancia y en el recurso de casación su derecho a la tutela efectiva judicial, produciendo indefensión y ello concretamente por cuanto el interesado no había sido informado de la acusación contra él formulada desde el momento en que la condena se había producido por delito distinto de aquellos de los cuales había venido siendo acusado. El TC rechazó el recurso de amparo y vuelve a repetir que:

*“Si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que componen el tipo del delito señalado en la Sentencia, no existe indefensión, ya que ningún elemento nuevo sirve de base a la calificación que se considera correcta.” (Fundamento Jurídico 4)*

La tercera, la sentencia 134/1986, de 29 de octubre de 1986 en ella se resolvió un recurso de amparo por supuesta violación del art. 24 de la Constitución por circunstancias similares a los de las dos sentencias anteriores. De nuevo el TC rechazó el recurso de amparo y repite:

*“En consecuencia, no hay indefensión si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la Sentencia, siendo inocuo el cambio de calificación si existe homogeneidad, entendida como identidad del bien o*

*interés protegido en cuanto haya una porción del acaecer concreto o histórico común en la calificación de la acusación y en la de la Sentencia.” (Fundamento Jurídico 2)*

No amparan, por tanto, ninguna de estas sentencias la alegación del recurrente ya que en este expediente el interesado ha tenido ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos que constituyen la infracción de la LDC, ya que le ha sido notificado cada uno de los pasos del expediente, que ha podido formular alegaciones, que ha accedido al expediente, que ha podido proponer prueba en defensa de sus derechos y que ha ejercitado, hasta en dos ocasiones, el recurso del art. 47 de la LDC, por lo que, conforme a la propia doctrina del TC alegada por el recurrente no se ha producido indefensión.

2.6.3.- Cita también la Sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2016, recurso nº 343/2014, FJ 5º, que contempla un supuesto totalmente distinto del de este expediente. Dicha sentencia afectó a una Resolución de la CNMC en la que después de dictar la Dirección de Competencia el PCH y notificarlo al interesado, después de presentar éste alegaciones, después de notificar la Dirección de Competencia el cierre de la fase de instrucción, después de todo ello la Dirección de Competencia acordó la reapertura de dicha instrucción con el objeto de subsanar determinados errores materiales del PCH en base al art. 105.2 de la Ley 39/1992, vigente en ese momento. La Audiencia Nacional consideró que de la lectura del texto original del Pliego de Concreción de Hechos y del corregido evidenciaba, sin ninguna duda, que la modificación excedía de la que pudiera amparar el artículo 105.2 pues no se trataba de la mera rectificación de un error material y que por ello la corrección realizada implicó una valoración por parte de la Dirección de Competencia que alteraba el sentido del acto rectificado, en un tema (prolongación en el tiempo de la conducta infractora) de carácter trascendental en el expediente y consideró que la Dirección de Competencia había llevado a cabo una verdadera revisión de oficio del sentido del PCH en claro perjuicio del afectado. Por ello, señaló que el derecho a ser informado de la acusación no se había respetado, y ello fue debido a que en el PCH notificado a las partes había sido alterado a la vista de las alegaciones presentadas por el expedientado. Todo ello implicó falta de audiencia y una alteración del procedimiento establecido, que constituye la primera garantía para el sancionado. De ahí que la Audiencia Nacional indicase que en el Pliego de Concreción de Hechos tiene que ponerse de manifiesto claramente los que se imputan y que no se puedan alterar, con posterioridad a su notificación a los interesados, el contenido de ese PCH en una tema de la transcendencia del tiempo de duración de la conducta infractora.

En este caso ni se ha producido una alteración del contenido del PCH que fue notificado a los interesados, ni se ha reabierto la instrucción, ni se ha rectificado el contenido del



PCH con posterioridad a su comunicación a las partes ni se ha alterado la tramitación legal del expediente.

2.6.4.- La doctrina de la CNMC y de las extintas Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y del Tribunal de la Competencia (TDC) respecto a la indefensión alegada por la vía del art. 47 de la LDC es reiterada y constante, siempre basada en lo establecido por el Tribunal Constitucional (TC). En este sentido habría que citar la Resolución de 10 de diciembre de 2009 (Expte. R/0029/09, ECOVIDRIO) en el que ante la alegación de indefensión en un recurso del art. 47 se afirma que:

*“Por lo que se refiere a la indefensión, este Consejo y su antecesor el Tribunal de Defensa de la Competencia han reiterado en múltiples Resoluciones de recursos que “el Tribunal Constitucional tiene establecido que por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses, señalando que la indefensión a la que se refiere el art. 24.1 de la Constitución Española es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte. Por eso, el Tribunal Constitucional ha señalado que no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.”*

También había que recordar la reciente Resolución de la CNMC de 8 de marzo de 2023 Expediente CEPSA R/AJ/141/22 ante un recurso del art. 47 de la LDC en la que se alegó indefensión. En ella se indica que es doctrina del Tribunal Constitucional que para apreciar la existencia de la misma no basta con que se produzca una transgresión formal de las normas, sino que es necesario que tal vulneración se traduzca en una privación, limitación, menoscabo o negación real, efectiva y actual del derecho de defensa, nunca potencial o abstracta. Esto es, una indefensión material.

Y ya la sentencia del TC 15/1995, de 24 de enero de 1995 al determinar esa indefensión material manifestó que:

*“(…) En definitiva, la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24 de la Constitución, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier*



*expectativa de un peligro o riesgo (SSTC 181/1994 y 314/1994, 28 noviembre rec. 1019/91). Por ello hemos hablado siempre de indefensión "material".*

*5. Esta se da, en el caso ante nosotros, desde el momento en que fue absoluta y plena, privando a los comparecientes de su derecho a ser oídos, a utilizar los medios probatorios adecuados pertinentes si a ello hubiere lugar, a conocer los motivos manejados en la demanda contra su nombramiento y a tener la oportunidad de rebatirlos en la contestación a la demanda, donde además hubieran podido pedir el recibimiento a prueba y utilizar la pertinente, si a ello hubiera lugar. En resumen, el principio de contradicción procesal fue preterido y sin él, con todo lo demás que se ha dicho más atrás, mal puede hablarse en este caso de un proceso con todas las garantías.(...)"*

2.6.5.- Este Pleno no puede dejar de constatar que hasta el momento en el expediente S 14/2018 – Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo el interesado ha podido defender sus intereses, como el mismo reconoce en el escrito de recurso que lo ha hecho alegando al PCH, como lo ha hecho al presentar un recurso del art. 47 de la LDC ya resuelto por este Pleno, como ha hecho pudiendo ejercer su actividad de contradicción frente a la actuación de la SUBDIC. Además el recurrente ha podido acceder al expediente, proponer prueba y podrá seguir ejerciendo real y efectivamente su defensa ante el Pleno en el momento en que la SUBDIC elabore su Propuesta de Resolución.

2.6.6.- Alega UNIÓN VANTAXE que la SUBDIC empleó un principio acusatorio contrario a Derecho en el Pliego de Concreción de Hechos de 20 de junio de 2022 al indicar la SUBDIC que *"(...) los hechos que considera probados en el presente PCH apuntan a la comisión de una infracción tipificada en el artículo 1 o 3 LDC, que se habría producido en el marco del expediente de contratación pública promovido por el Consorcio de la Zona Franca de Vigo, identificado como OBR/17/14 "Obras de urbanización del Área Logística Empresarial (LE) en la PLISAN (primera fase de ejecución), del que serían responsables las empresas objeto del presente expediente sancionador, con el alcance que, en su caso, se llegue a determinar"* y considera que ello implica que la fase de instrucción no puede darse por finalizada ya que considera que frente a unos mismos hechos, no puede acusar a las partes de haber infringido uno u otro artículo de la LDC sin concretar cuál de ellos es el relevante.

Como señala la SUBDIC en su Informe no se pueden confundir en la tramitación de un expediente de la LDC entre el PCH y la Propuesta de Resolución. En el PCH, como señala el art. 50 de la LDC, se recogen los hechos que puedan ser constitutivos de infracción que se notifica a los interesados, para que en el plazo de quince días formulen alegaciones. Una vez practicados los actos de instrucción necesarios, la SUBDIC formula



la Propuesta de Resolución (PR), que también será notificada a los interesados. Son pues PCH y PR actos distintos, aprobados por la SUBDIC en distintos momentos del expediente, con contenidos distintos y finalidades distintas a cumplir en el expediente que se esté tramitando. El primero tiene por objetivo fijar los hechos que a juicio del instructor tiene relevancia en ese expediente, siendo la valoración jurídica de esos hechos determinada definitivamente, tras el correspondiente proceso de instrucción, en la Propuesta de Resolución. Por ello será en la Propuesta de Resolución, y no en el PCH, cuando debe de ser determinada la calificación jurídica que le merezcan los hechos y la propuesta de declaración de existencia de infracción. Tanto el PCH como la PR se someten a contradicción de las partes que pueden alegar lo que, conforme a su derecho, consideren oportuno.

La instrucción del expediente concluye con el Acuerdo de cierre de la instrucción por parte de la SUBDIC que debe de notificar a los interesados conforme a lo previsto en el art. 33 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (en adelante RDC), acto de trámite frente al que no cabe alegaciones por las partes, a diferencia de lo que sucede con el PCH y la PR.

La indicación en el PCH de que los hechos que considera probados apuntan a la comisión de una infracción tipificada en el artículo 1 o 3 LDC, no puede por ello calificarse como un causa de indefensión ya que el alegante, una vez conocido la valoración provisional que la SUBDIC realizó en el PCH y antes de concluir la fase de instrucción, ha tenido la posibilidad de defenderse de todos y cada uno de los elementos que han aparecido en ese PCH, que se ha respetado los derechos procedimentales del interesado, que ha podido realizar, y ha efectuado, alegaciones en cada uno de los trámites que legalmente están previstos, que ha podido proponer prueba, que ha podido presentar los recursos contemplados en la LDC, que ha tenido acceso al expediente, por lo que ha sido oído y ha participado en todo el expediente y, por tanto, ha tenido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos sin merma alguna en su derecho a la defensa.

Por todo los argumentos expuestos en los puntos anteriores y no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, este Pleno entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser desestimado.

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

## HA RESUELTO

Desestimar el recurso presentado por UNIÓN VANTAXE S.L. contra la adopción del Acuerdo de cierre de 8 de febrero de 2023 dictado por la Subdirección de Investigación de la Comisión Gallega de la Competencia 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.