

Resolución RA 2/2024 Condición interesado no expediente S 1/2023 – TRANSPORTE DE VIAXEIROS POR ESTRADA 2: UTES.

En Pleno

D. Ignacio López-Chaves Castro, presidente

D. Daniel Neira Barral, secretario/vocal

Dna. María Teresa Cancelo Márquez, vocal

Santiago de Compostela, 8 de febreiro de 2024

O Pleno da Comisión Galega dá Competencia (en diante CGC) coa composición arriba indicada e sendo relator Ignacio López-Chaves Castro dita a presente Resolución pola que se resolve o recurso interposto por ALSA GRUPO, S.L., (en diante, “ALSA”) 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 da Subdirección de Investigación da Comisión Galega dá Competencia (en diante SUBDIC) do 7 de novembro de 2023, polo que se recoñeceu a condición de interesado, para todos os efectos legais, á denunciante TRAVESO SOFTWARE TRANSPORTE DE VIAXEIROS, S.L. (en diante TRAVIESO)



no procedemento sancionador con referencia S 1/2023 Transporte de viaxeiros por estrada 2: UTES.

1. ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Con data 21 de novembro de 2023, Dna. ***** e Dna. ***** , actuando en nome e representación de ALSA GRUPO, S.L., presentaron escrito polo que presentaban un segundo recurso do artigo 47 da Lei de Defensa da Competencia (LDC) en Expediente S 1/2023 Transporte de viaxeiros por estrada 2: UTES. Este segundo recurso interpoñíase contra a adopción do acordo da Subdirección de Investigación da Comisión Galega da Competencia do 7 de novembro de 2023, polo que se recoñeceu a condición de interesado, para todos o efectos legais, á denunciante TRAVIESO.

Segundo.- Con data 27 de novembro 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 artigo 47 da LDC remitise no prazo de cinco días copia do expediente S 1/2023 Transporte de viaxeiros por estrada 2: UTES, así como o Informe previsto no artigo 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, acordouse que unha vez recibido o expediente déseselle traslado aos interesados do mesmo e do recurso conforme ao previsto no artigo 47 da LDC e o artigo 24 de RDC.

Devandito acordo foi notificado aos interesados.

Terceiro.- Con data 15 de decembro de 2023, a SUBDIC remitiu ao Pleno o Informe previsto no artigo 24 do RDC, así como copia do expediente S 1/2023 Transporte de

viaxeiros por estrada 2: UTES, que con foi notificado e posto ao dispor dos interesados. No devandito informe, a SUBDIC considera que o recurso debería rexeitarse ao facer seus os argumentos recolleitos na sentenza 83/2023, do 10 de marzo, ditada pola Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (F.J. 2º) relativos ao recoñecemento da condición de lexitimado de TRAVIESO.

Cuarto.- Con data 8 de xaneiro de 2024 TRAVIESO presentou escrito de alegacións ao Informe da SUBDIC do 15 de decembro de 2023.

Quinto.- Con data 19 de xaneiro de 2024, ultimo día do prazo, ALSA presentou escrito de alegacións ao Informe da SUBDIC do 15 de decembro de 2023.

Sexto.- Con data 8 de febreiro de 2024 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

2.1.1.- Obxecto da Resolución

Na presente Resolución este Pleno deberá pronunciarse sobre o recurso do artigo 47 da LDC interposto por ALSA contra o Acordo de recoñecemento da condición de interesado de TRAVIESO no procedemento sancionador con referencia S 1/2023 Transporte de viaxeiros por estrada 2: UTES.



2.1.2.- Pretensións da recorrente

ALSA solicita que se estime o recurso, anúllese o Acordo de recoñecemento da condición de interesado de TRAVIESO no procedemento sancionador con referencia S 1/2023 Transporte de viaxeiros por estrada 2: UTES e, en consecuencia, que se retire a TRAVIESO a condición de parte interesada.

2.1.3.- Motivos do recurso

Xustifica ALSA a interposición do seu recurso do art. 47 da LDC en dúas alegacións. Na primeira e de mais extensa redacción (oito páxinas) sinala que TRAVIESO non cumpre cos requisitos para poder ser recoñecida como interesada no expediente. Na segunda, e mais reducida en extensión (tres páxinas), afirma que o acordo que outorga a TRAVIESO a condición de parte interesada prodúcelle un prexuízo irreparable e indefensión.

Na primeira alega ALSA, como vimos, que TRAVIESO non cumpre cos requisitos para poder ser recoñecida como interesada no expediente. Así afirma textualmente que:

“(...) TRAVIESO non pode ser recoñecida como parte interesada na medida en que non cumpre cos requisitos do artigo 4 da LPAC polos motivos que se expoñen a continuación.

En primeiro lugar, TRAVIESO non satisfizo a carga da proba que recae sobre a parte que solicita ser considerada parte interesada no expediente. En concreto, no escrito presentado o 30 de outubro de 2023, Travieso parte dunha premisa errónea para xustificar o cumprimento dos requisitos do artigo 4 da LPAC, afirmando, que xa está acudida no procedemento administrativo e que desexa continuar en tal condición no expediente “hoxe en fase de incoación”. Non fai falta abundar demasiado en que non se pode ser parte nun procedemento administrativo que non se iniciou ata o acordo de incoación.



A continuación, TRAVIESO afirma ser titular de dereitos individuais que xustifican a súa comparecencia. Para iso, baséase exclusivamente nun fragmento da sentenza do TSJ de Galicia do 10 de marzo de 2023 que lonxe de reforzar os seus argumentos, non fan senón acreditar – como se desenvolverá ao longo do presente escrito – que non cumpre os requisitos para ser recoñecida como parte interesada e que simplemente se recoñeceu que tiña lexitimación activa (ex artigo 19 da Lei 29/1998, do 13 de xullo, reguladora da Xurisdición Contencioso-administrativa (“LJCA”)) para recorrer en sede xudicial a Resolución de Archivo, o cal é unha cuestión diferente.

Xa por último e de forma subsidiaria, TRAVIESO límitase a afirmar que cumpre o requisito do artigo 4.1.b) da LPAC, é dicir, que supostamente ostentaría algún dereito - descoñécese cal - que podería verse afectado pola resolución que puxese fin ao Expediente.” (p. 3 do escrito de recurso de ALSA)

Fai referencia ALSA á distinción existente entre denunciante e interesado nun procedemento e considera que a SUBDIC presupuxo un interese lexítimo en TRAVIESO polo feito de ser denunciante.

“De feito, a única razón pola que esta Parte pode inferir que se lle outorgou dita condición a TRAVIESO reside en que fose unha das denunciantes. Con todo, o simple feito de que fose denunciante non implica que exista un interese lexítimo que deba ser protexido mediante a súa admisión como parte interesada.” (p.4 do escrito de recurso de ALSA)

E conclúe considerando que:

“(...) @teniendo en conta o anterior, é evidente que TRAVIESO non cumpre cos requisitos para ser recoñecida como parte interesada, ao non ostentar nin un interese lexítimo no procedemento nin concorrer nel dereito algún que puidese verse afectado.” (p.6 do escrito de recurso de ALSA)

Tamén sinala que o feito de que o TSJ de Galicia recoñecese a lexitimación activa de TRAVIESO para recorrer a Resolución de Arquivo ditada pola CGC non é relevante para os efectos de determinar se ostenta un interese lexítimo para ser considerada parte interesada no procedemento administrativo e que “(...) a lexitimación activa para recorrer o Acordo de Incoación ou un interese en recorrer unha resolución que poña fin ao Expediente non outorgan a TRAVIESO un interese lexítimo no mesmo.” (p. 8 do do escrito de recurso de ALSA). Por último nesta alegación afirma que o interese en colaborar coa CGC na investigación non xustifica a condición der TRAVIESO como interesado no expediente.

Nunha segunda alegación afirma ALSA que o acordo que outorga a TRAVIESO a condición de parte interesada prodúcelle un prexuízo irreparable así como indefensión. (p.11 do escrito de recurso de ALSA).

Sinala que lle produce un prexuízo irreparable xa que TRAVIESO ten acceso ao expediente administrativo o que incluíría información confidencial de ALSA e que “O simple acceso á devandita información confidencial por parte de TRAVIESO é suficiente para producir un prexuízo irreparable a ALSA ademais da o resto de empresas investigadas” (p. 11 do escrito de recurso de ALSA). Ademais sinala que nada impediría á empresa TRAVIESO “(...) divulgar información confidencial e segredos comerciais de ALSA aos seus supostos clientes activos no sector, precisamente, co obxectivo de volver ser contratada por eles.” (p. 12 do escrito de recurso de ALSA). Por iso, considera

que a actuación da CGC ao conceder a condición de parte interesada a TRAVIESO produciría a ALSA un prexuízo irreparable.

Doutra banda, considera ALSA que o Acordo impugnado carece de calquera tipo motivación de por que se lle recoñeceu tal condición a TRAVIESO o que lle produce indefensión xa que, citando xurisprudencia, sinala que “(...) a falta de motivación dun acto administrativo produce indefensión cando os afectados non poden coñecer as razóns ou motivos que levaron á Administración para resolver dunha maneira concreta e non poden articular adecuadamente os seus medios de defensa” (p. 13 do escrito de recurso de ALSA).

Por todo iso ALSA solicita que se estime o recurso e que se anule o Acordo de recoñecemento da condición de interesado de TRAVIESO neste procedemento.

2.2.- Regulación na Lei de Defensa da Competencia e no Regulamento de Defensa da Competencia

A Lei 15/2007, do 3 de xullo de 2007, de Defensa da Competencia (LDC) no seu art. 47 dispón que:

“1. 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.

2. O Consello inadmitirá sen máis trámite os recursos interpostos fóra de prazo.

3. Recibido o recurso, o Consello poñerá de manifesto o expediente para que as partes formulen alegacións no prazo de quince días.”

O Real Decreto 261/2008, do 22 de febreiro, polo que se aproba o Regulamento de Defensa da Competencia no seu art. 24 establece que:

“1. Conforme ao establecido no artigo 47 da Lei 15/2007, do 3 de xullo, unha vez presentado o recurso administrativo contra as resolucións e actos ditados pola Dirección de Investigación ante o Consello da Comisión Nacional da Competencia, este instará á Dirección de Investigación para que lle remita copia do expediente xunto co seu informe no prazo de cinco días.

2. Se houber outros interesados daráselles traslado do recurso e poñeráselles de manifesto o expediente para que no prazo de quince días aleguen canto estimen procedente.”

2.3.- Informe da Subdirección de Investigación e alegacións dos interesados

2.3.1.- Informe da Subdirección de Investigación

A Subdirección de Investigación (SUBDIC) propón que debe ser o recurso rexeitado de plano, xa que sinala:

“A Subdirección de Investigación recoñeceu a lexitimación activa de TRAVESO S.A., en consonancia co pronunciamento favorable á devandita lexitimación por parte da sentenza 83/2023, do 10 de marzo, ditada pola Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (F.J. 2º):

“SEGUNDO.-Que as codemandadas Alsa e Monbus alegan a falta de lexitimación activa ad causam da actriz, entendendo que “Travieso” carece de



interés legítimo para interpoñer o recurso cando a demandante interveu desde a denuncia achegando documentación e a Administración galega entendeuse con ela como unha parte máis do E.A., e non como simple denunciante, do que tiveron coñecemento as codemandadas; a lexitimación de "Travieso" vénlle, por unha banda, de resultar afectada pola resolución impugnada que favorece ás empresas concertadas en UTEs (Alsa GRUPOS.L. e empresas do Grupo Monbus, Rias Altas S.A., empresa Monforte S.A., Castromil S.A.) en contra dos intereses daquelas ás que asesora e podería continuar facéndoo na execución da adxudicación do concurso, tendo un prexuízo económico directo e, ademais, como denunciante polo seu interese en que se desenvolva unha actividade de investigación para comprobar se se produciu unha conduta irregular por parte das adxudicatarias do concurso (Alsa- Monbus) e a administración adjudicante (DXM).n."

A SUBDIC fai seus estes argumentos e entende que o rexeitamento á inclusión de TRAVIESO, S.A., como interesado sería rexeitado pola Sala do Contencioso-Administrativo do TSJG, reproducindo o arriba sinalado." (p.21 do Informe da SUBDIC)

2.3.2.- Alegacións

2.3.2.1.- Alegacións de ALSA

No seu escrito de alegacións ao informe da SUBDIC de data 19 de xaneiro de 2024, formulado tras o seu acceso ao Expediente formula as seguintes alegacións:

a) que o informe da SUBDIC non achega ningún argumento adicional que desvirtúe o recurso de ALSA. Así indica fai seus os argumentos recolleitos na Sentenza en relación coa lexitimación activa para recorrer na vía contencioso-administrativa un acto administrativo o que considera que é "(...) unha cuestión diametralmente distinta á aquí exposta, esta é: se Travieso cumpría os requisitos para ser recoñecida como parte interesada no procedemento administrativo (ex artigo 4 da Lei 39/2015, do 1 de outubro,



do Procedemento Administrativo Común das Administracións Públicas (“LPAC”)).”
Volve reiterar, como xa manifestou no escrito polo que presentou este recurso, que o Pleno debe de acordar a nulidade do acordo xa que TRAVIESO non cumpre cos requisitos para ser considerada como parte interesada no procedemento administrativo.

b) que a admisión da lexitimación activa de TRAVIESO para recorrer na vía Contencioso-Administrativa non pode trasladarse á vía administrativa. Esta alegación xa fora formulada no escrito de recurso e agora reitérao xa que manifesta que a SUBDIC sostén que ditou o Acordo en consonancia co pronunciamento favorable da Sentenza á lexitimación activa de Travieso para interpoñer recurso contencioso-administrativo contra a resolución da CGC. Tamén sinala ALSA nesta mesma alegación que sorprende que a SUBDIC fundamente a inadmisión deste recurso en que non consideración de Travieso como parte interesada no procedemento sería anulada polo TSJ de Galicia baixo os mesmos termos polos que admitiu a súa lexitimación activa para recorrer en vía contencioso-administrativa, incumpre calquera lóxica e ademais cernaría o dereito de ALSA a un proceso con todas as garantías consagrado no artigo 24 da Constitución Española

c) que TRAVIESO non cumpre os requisitos para ser recoñecida como parte interesada no procedemento administrativo de acordo con o art. 4 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do Procedemento Administrativo Común das Administracións Públicas, así considera ALSA que non se acreditan intereses lexítimos ou dereitos de TRAVIESO que puidesen verse afectados pola resolución que se adopte. Tamén alega que non se acreditou que a resolución que poña fin ao procedemento vaia a repercutir de maneira certa e efectiva na esfera xurídica de TRAVIESO, sinalando que “(...) Travieso presupón que no caso de que fosen outras empresas as adxudicatarias dos lotes aos que se presentaron as empresas investigadas, podería prestarlles os seus servizos (fiscais, contables e laborais) e, por tanto, verse beneficiada”.

d) que o informe emitido pola SUBDIC nin sequera tenta refutar a indefensión e prexuízo irreparables que, na súa opinión, quedarán acreditados no escrito de recurso presentado

por ALSA, reiterando no escrito o xa manifestado no escrito de recurso. Afirmar textualmente que:

“De feito, que TRAVIESO poida acceder desde que se produzo o Acordo redunda en que nos atopamos ante “prexuízos irreparables”, é dicir e en termos do propio Tribunal Constitucional: “(...) “aquel que provoque que o restablecemento do recorrente no dereito constitucional vulnerado sexa tardío e impida a súa efectiva restauración” (entre outros moitos, Autos do TC 79/2009, do 9 de marzo de 2009, e 124/2012, do 18 de xuño de 2012)”.

Para estes efectos, convén insistir en que a divulgación de información de carácter técnico e económico de ALSA teñen un alto valor estratéxico e comercial, xa que revela a estratexia comercial e de negocio da empresa e, por tanto, trátase de contido sensible e segredos comerciais cuxo coñecemento por terceiras empresas causaríalle un grave prexuízo comercial.

É máis, se efectivamente Travieso – como apuntaba na súa denuncia - presta servizos a empresas que compiten con ALSA, a divulgación de información comercialmente sensible de ALSA (véxase, entre outra, aquela que puidese gardar relación coa súa estratexia comercial ou coa xustificación de concorrencia en Unións Temporais de Empresas ás licitacións) causaríalle un prexuízo irreparable, pois é máis que evidente o risco de que poida divulgala ou utilizala en detrimento de ALSA.”

2.3.2.2.- Alegacións de TRAVESO CONSULTORES DE XESTIÓN E SOFTWARE DE TRANSPORTE DE VIAXEIROS SL.

Con data 8 de xaneiro de 2024 TRAVESO CONSULTORES DE GESTION E SOFTWARE DE TRANSPORTE DE VIAXEIROS SL (TRAVIESO) presentou o escrito no que se opón ao recurso interposto por ALSA. Sinala TRAVIESO no escrito que se opón tamén ao recurso interposto polas empresas do Grupo Monbus contra a

resolución da Subdirección de Investigación da CGC, pola que reconece a Travieso a condición de interesado, cando o certo é que ese grupo non presentou recurso algún contra o devandito acordo, polo que este Pleno só poderá resolver o recurso interposto por ALSA.

Alega que TRAVIESO está lexitimada ad causam, como parte no procedemento sancionador con referencia S 1/2023 - Transporte de viaxeiros por estrada 2: UTES, por ostentar interese lexitimo, por habelo promovido como titular de interese lexitimo individual, (art. 4 a LPACAP) e por poder resultar os seus intereses lexitimos afectados pola decisión que se adopta no procedemento. Estima que ALSA xa cuestionou a lexitimación de TRAVIESO para recorrer a Resolución da CGC do 22 de outubro de 2021 e que a cuestión foi resolta pola Sección Terceira da Sala do contencioso-administrativo do Tribunal de Xustiza de Galicia na súa sentenza de data 10 de marzo de 2023, remitíndose á devandita sentenza que afirma deixou acreditada dita lexitimación, tanto en vía administrativa como na posterior xudicial.

Considera que non se dan neste caso ningún dos requisitos que establece o art. 47 da LDC xa que non pode producir ningún tipo de indefensión e considera que non cabe supoñer, xa que ata o momento non se produciu, que vaian ser prexudicados segredos empresariais ao poñerse de manifesto a documentación e que tanto os órganos administrativos como os xurisdicionais, “(...) atenden as peticións de parte de manter confidencial aqueles documentos que se lles soliciten por supoñer algún secreto comercial ou industrial velando por que estes non resulten prexudicados”

2.4.- Natureza do recurso

Como vimos a Sección 4ª do Capítulo I do Título IV da Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia (LDC) regula no artigo 47 a posibilidade de presentar recurso administrativo contra as resolucións e actos ditados polo órgano de instrución, establecendo que:

“Artigo 47. Recurso administrativo contra as resolucións e actos ditados pola Dirección de Investigación.

1. 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.

2. O Consello inadmitirá sen máis trámite os recursos interpostos fóra de prazo.

3. Recibido o recurso, o Consello poñerá de manifesto o expediente para que as partes formulen alegacións no prazo de quince días”.

Como sinala a Sentenza da Tribunal Supremo do 16 de novembro de 2018 (recurso 2781/2016) no seu Fundamento de Dereito Primeiro, en relación co artigo 47 LDC:

“Esta previsión específica constitúe unha aplicación do disposto, con carácter xeral, no artigo 107.2 da Lei 30/1992 no ámbito sectorial da defensa da competencia. Prevese un recurso administrativo especial e extraordinario xa que unicamente procede por motivos taxados, isto é, a condición de que se trate de resolucións que produzan indefensión ou prexuízo irreparable aos dereitos ou intereses lexítimos dos interesados”.

Conforme iso, os actos e resolucións da SUBDIC que produzan indefensión ou prexuízo irreparable poderán ser recorridos ante o Pleno da CGC, de tal maneira que devandito recurso só poderá ser admisible por algún desas dúas razóns: “cando se trate de

resolucións que produzan indefensión ou prexuízo irreparable aos dereitos ou intereses lexítimos dos interesados”. A sentenza do Tribunal Supremo do 30 de setembro de 2013 (recurso de casación 5606/2010) xa manifestara este extremo ao advertir que os motivos de impugnación fronte a actuacións da Dirección de Competencia (no noso caso a SUBDIC) deben estar baseados unicamente na indefensión ou o prexuízo irreparable que os actos recorridos poidan causar a dereitos ou intereses lexítimos, e non en ningún outro motivo, e así no Fundamento de Dereito Segundo afirma que:

“(…) 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 mesmo sentido, a STS do 21 de novembro de 2014 (recurso de casación 4041/2011) sinala, como xa fixera a sentenza do 30 de setembro de 2013, que:

“(…) Querer dicir, pois, que 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. Pero, repetimos, non cabe no recurso administrativo previsto polo artigo 47.1 da Lei 15/2007 examinar senón a concorrencia das dúas circunstancias que motivaron a súa implantación, isto é, comprobar se as resolucións e actos da Dirección de Investigación produciron indefensión ou ocasionados prexuízos irreparables. O resto dos motivos impugnatorios eventualmente opoñibles fronte a aqueles actos queda reservado, repetimos, ao axuizamento da resolución final do expediente sancionador”.

Da mesma maneira pronunciouse a CNMC, entre outras, na súa Resolución do 9 de xaneiro de 2020 no Expte. R/AJ/131/19 - FACTOR IDEAS INTEGRAL SERVICES ao sinalar 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 vulgar 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 axuizamento 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”.

Tamén no mesmo sentido pronunciouse este Pleno na Resolución do 17 de abril de 2023 Resolución RA 2/2023 - Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo e



na Resolución do 31 de xullo de 2023 Resolución RA 5/2023 – Acordo terminación convencional.

Non estamos, pois, ante os recursos regulados pola Lei 39/2015, do 1 de outubro, do Procedemento Administrativo Común das Administracións Públicas, senón ante o único recurso administrativo previsto pola LDC contra os actos ditados polo órgano instructor en materia de defensa da competencia (neste caso, a SUBDIC). O artigo 47 da LDC regula o recurso administrativo contra as resolucións e actos ditados pola SUBDIC que produzan indefensión ou prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos. A sentenza do Tribunal Supremo do 30 de setembro de 2013 advirte de que os motivos de impugnación fronte a actuacións da Dirección de Investigación deben estar baseados unicamente na indefensión ou o prexuízo irreparable que os actos ou acordos que se recorren poidan causar a dereitos ou intereses lexítimos e non en ningún outro motivo, xa que, como vimos, manifesta textualmente o TS que:

“(...) 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”.

Por tanto, só poderá examinarse nesta resolución se na súa actuación a Subdirección de Investigación causou indefensión e/o ocasionou prexuízos irreparables a ALSA por acordar o recoñecemento de TRAVIESO como interesado no expediente procedemento sancionador con referencia S 1/2023 - Transporte de viaxeiros por estrada 2: UTES.

No presente recurso, ALSA alega que devandito Acordo causoulle tanto indefensión como graves prexuízos irreparables.

2.5.- Cuestión previa: concepto de interesado no procedemento sancionador da LDC

A Lei 15/2007, do 3 de xullo, de Defensa da Competencia non define no seu articulado un concepto autónomo de interesado aplicable aos procedementos que se tramiten conforme á mesma, polo que, de acordo á remisión contemplada no seu art. 45, será de aplicación o artigo 4 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do Procedemento Administrativo Común das Administracións Públicas. Conforme a el terán a condición de interesados no procedemento:

- “a) Quen o promova como titulares de dereitos ou intereses lexítimos individuais ou colectivos.*
- b) Os que, sen iniciar o procedemento, teñan dereitos que poidan resultar afectados pola decisión que no mesmo adóptese.*
- c) Aqueles cuxos intereses lexítimos, individuais ou colectivos, poidan resultar afectados pola resolución e comparezan no procedemento en tanto non recaese resolución definitiva.”*

No mesmo sentido pronúnciase a Resolución da CNMC do 2 de marzo de 2021, ditada no Expte. R/AJ/001/21 ADICINE que sinala que ante a ausencia da definición do concepto de interesado no procedemento sancionador regulado na LDC:

“(…) é necesario acudir ao artigo 4 da LPAC, de aplicación supletoria, e á doutrina relacionada da autoridade de competencia e a xurisprudencia dos órganos xurisdicionais.”



Considerando esta remisión e analizando o contido dese art. 4 da Lei 39/2015 poder deducir que o outorgamento da condición de interesado no procedemento sancionador por infracción da normativa antitrust deberá producirse tras unha análise de cada caso concreto para examinar se concorren nel os requisitos que regula o mencionado artigo. Non é posible, por tanto, aplicar nin definicións, nin regras, nin criterios xerais para determinar a condición de interesado, nin argumentar precedentes para excluír ou reclamar dita condición nestes procedemento sancionadores.

Así tamén o indica a CNMC na súa Resolución do 2 de marzo de 2021, ditada no Expte. R/AJ/001/21 ADICINE ao declarar que:

“Conforme ao anterior; o outorgamento da condición de interesado debe producirse tras unha análise caso por caso da concorrencia dun interese lexítimo real, que en todo caso debe ser alegado e probado pola parte que llo arroga, non bastando coa acreditación dun interese abstracto ou xenérico.”

E esta mesma resolución volve reiterar esta idea noutros parágrafos da mesma, chegando mesmo a considerar que esa condición de interesado poderá ser distinta segundo trátase dun expediente no que se investigue unha práctica colusoria ou un abuso de posición de dominio:

“Ademais, como se acaba de sinalar, a condición de interesado obedece a unha análise casuístico, polo que o uso de precedentes non é necesariamente adecuado, debendo considerarse, en particular, a natureza do procedemento incoado e a práctica investigada. É notable a distinta práctica investigada nun procedemento sancionador sobre a base do artigo 2 da LDC e 102 do TFUE,



como o traído a colación pola recorrente, cun procedemento sobre a base do artigo 1 da LDC e 101 do TFUE como o obxecto do procedemento principal”

Noutras resolucións mais recentes da CNMC volve repetir o carácter casuístico da determinación da condición de interesado e así hai que citar a Resolución da CNMC do 19 de xullo de 2022, ditada no Expte. R/AJ/036/22 FACUA que afirma que:

“No ámbito do dereito da competencia, o concepto de interesado non pode ser obxecto dunha definición de alcance xeral que permita unha aplicación automática, xa que ao ir asociado á idea de interese lexítimo, obriga a unha aplicación casuística da norma legal, facendo preciso investigar en cada suposto concreto se o suxeito que pretende comparecer no procedemento administrativo é titular ou non dese interese lexítimo(...)”

E máis recentemente de novo a CNMC volve lembralo ao sinalar na súa Resolución do 22 de marzo de 2023, ditada no Expte. R/AJ/004/23 MTA/ADP que:

“A xurisprudencia considera que a lexitimación activa está ligada a apreciación de interese lexítimo no procedemento administrativo no que se ditou a resolución obxecto de recurso e ha de analizarse caso por caso, recaendo a carga da proba en quen se arroga ese interese lexítimo Neste sentido, entre outras, véxase Sentenza do Tribunal Supremo do 5 de novembro de 1999 (rec. 9537/1995) (...)”

No marco desta análise casuístico a CNMC declara que normalmente coexisten polo menos tres grupos de potenciais interesados nos expedientes que a mesma tramita “(...) os denunciante, as vítimas das prácticas anticompetitivas e os competidores, na medida

en que os seus intereses lexítimos poden verse dunha ou outra forma afectados pola resolución que no seu día se adopte.”¹

O concepto de interesado debe de estar por tanto unido á noción de interese lexítimo que consiste nunha relación entre o suxeito e o obxecto da pretensión, que implica que a resolución que se dite pode afectar a esa persoa de modo positivo (beneficio) ou negativo (prexuízo) de tal maneira que a resolución poida repercutir na súa esfera xurídica de quen alega a súa lexitimación.

Por último, debemos de chamar a atención que en todos estes expedientes aos que se puxo fin por estas Resolucións da CNMC que citamos así como tamén as Resolucións da CNMC (e os organismos que lle precederon) que cita a recorrente no seu escrito de recurso² e no seu escrito de alegacións ao Informe emitido pola SUBDIC³ en todos eles, os recursos do art. 47 LDC que se presentaron o foron fronte á denegación do recoñecemento da condición de interesado por parte do órgano de investigación, e non, como sucede no recurso que se resolve con esta Resolución, fronte ao recoñecemento como interesado doutro no expediente.

2.6.- A condición de interesado de TRAVIESO

En data 23 de outubro de 2023 a SUBDIC adoptou o acordo de incoación do procedemento sancionador contra Alsa Grupo, S.L., e Grupo Monbús por incorrer en

¹ Resolución da CNMC do 2 de marzo de 2021, ditada no Expte. R/AJ/001/21 ADICINE

² Resolución da CNMC, do 7 de maio de 2015 (Expte. R/AJ/005/15, Hamburguesa Crujiente); Resolución da CNMC, do 28 de abril de 2016 (Expte. R/AJ/ 016/16, NBM); Resolución da CNC de 12 de setembro de 2013 (Expte. R/0143/13, R. Tena/J.F. López); Resolución do TDC do 31 de maio de 2001 (Expte. R 463/00 V, Alugueiro Contadores); Resolución da CNMC, do 8 de maio de 2014 (Expte. R/AJ/0056/14, Letrado Interesado); Resolución da CNMC do 28 de febreiro de 2011 (Expte. R/0064/11, Alterna Project Marketing); Resolución da CNC (non da CNMC) do 28 de febreiro de 2011 (Expte. R/0066/11, AVA).

³ Reitéranse Resolucións xa citadas no escrito de recurso.

presuntas prácticas anticompetitivas no desenvolvemento da licitación pública “Contrato de concesión do Servizo Público de Transporte regular de viaxeiros de uso xeral por estrada (Lotes XG-800 a XG-891), Expediente 1/2020 DXM”. No devandito acordo a SUBDIC determina que terá a condición de interesada no procedemento sancionador a Dirección de Competencia da Comisión Nacional dos Mercados e da Competencia (CNMC).

Con data 26 de outubro a SUBDIC pon en coñecemento de Travieso Transportation Software Viaxeiros, S.L. dita incoación e solicitoulle que comunicase se ten intención de comparecer no procedemento sancionador na condición de interesado, indicando que se a resposta fose afirmativa, debería de manifestar no seu escrito que posúe algunha das condicións expresadas no artigo 4 da lei 39/2015, do 1 de outubro, do procedemento administrativo común das administracións públicas.

Con data 30 de outubro TRAVIESO manifesta que desexa continuar acudida no expediente e indica que ostenta a condición de interesado ao posuír as condicións expresadas no apartado 1 a), do art 4 da Lei 39/2015, ao promover o procedemento como titular de dereitos individuais. Sinala a sentenza de data 10 de marzo de 2023 ditada pola sección 3 da Sala do contencioso-administrativo de Tribunal Superior de Xustiza de Galicia como argumento en favor da súa postura e indica tamén como razón para ser considerado como interesado o apartado 1-b) do art. 4 da Lei 39/2015.

Con data 7 de novembro de 2023 a SUBDIC recoñece a condición de interesado a TRAVIESO en virtude do escrito presentado pola mesma.

ALSA presentou as alegacións xa indicadas respecto a a consideración de TRAVIESO como interesado no procedemento.

Aínda que, como xa indicamos, só poderá este Pleno examinar e ditaminar nesta resolución se na súa actuación a SUBDIC causou indefensión e/o ocasionou prexuízos irreparables a ALSA por acordar o recoñecemento de TRAVIESO como interesado no expediente procedemento sancionador con referencia S 1/2023 Transporte de viaxeiros por estrada 2: UTES, este Pleno, na medida en que a referencia á condición de interesado aparece de maneira repetida no escrito de recurso, realiza as seguintes consideracións:

- a) Como vimos a determinación da condición de interesado debe de ser examinada de maneira casuística en cada expediente e é por iso que haberá que ver se neste expediente TRAVIESO reúne os requisitos previstos no art. 4 da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do Procedemento Administrativo Común das Administracións Públicas, se ostenta interese lexítimo para poder actuar como interesado conforme á consideración que nese sentido atribuíulle, despois de examinar as razóns alegadas por TRAVIESO, o instrutor do expediente.

De maneira reiterada cítase a sentenza do TSX de Galicia de data 10 de marzo de 2023, que anulou a resolución da CGC de data 22 de outubro de 2021 e ordenou a incoación deste expediente sancionador con referencia IR 11/2020 IR 12/2020 IR 21/2020 IR 07/2021 Transporte de viaxeiros por estrada 2: UTES. A adopción do Acordo de recoñecemento da condición de interesado de TRAVIESO no devandito procedemento é a razón da interposición deste recurso. En dicha sentenza o Tribunal ao referirse á condición de TRAVIESO estima a existencia nel dun “intereses lexítimo” para interpoñer o recurso contencioso administrativo sinalando que TRAVIESO:

- 1) “(...) interveu desde a denuncia achegando documentación e a Administración galega entendeuse con ela como unha parte máis do E.A., e non como simple denunciante”.



2) que resultaría “(...) afectada pola resolución impugnada que favorece ás empresas concertadas en UTEs (Alsa Grupo S.L. e empresas do Grupo Monbus, Rias Altas S.A., empresa Monforte S.A., Castromil S.A.) en contra dos intereses daquelas ás que asesora e podería continuar facéndoo na execución da adxudicación do concurso, tendo un prexuízo económico directo,”

3) e que tamén o ten “(...) ademais, como denunciante polo seu interese en que se desenvolva unha actividade de investigación para comprobar se se produciu unha conduta irregular por parte das adxudicatarias do concurso (Alsa-Monbus) e a administración adjudicante (DXM).”

b) Aínda que esa lexitimación outórgalla o TSX de Galicia TRAVIESO para os efectos de interpoñer o recurso contencioso administrativo, o certo é que esa sentenza reconece expresamente a TRAVIESO como afectado no expediente, na medida en que afirma que sofre un prexuízo económico directo por ir a resolución en contra dos intereses daquelas empresas ás que TRAVIESO asesora e que podería continuar facéndoo na execución da adxudicación, polo que terá dereitos que resultarán de maneira evidente afectados pola decisión que neste expediente adóptense. Tamén sinala a sentenza que TRAVIESO interveu no procedemento “desde a denuncia achegando documentación”, e que no mesmo entendeuse coa devandita empresa como unha parte máis do expediente administrativo e non como un simple denunciante.

c) En base a estes feitos acreditados e declarados nunha sentenza firme que ten a súa causa neste expediente, débese de reconecer, como fixo a SUBDIC, a condición de interesado neste expediente a TRAVIESO. Este Pleno non pode poñer en dúbida que existe un interese lexitimo de TRAVIESO no procedemento xa que como sinala expresamente o TSX de Galicia, pode sufrir un prexuízo económico directo co resultado da resolución que se aprobe e porque, como

tamén reconece o TSX de Galicia, foi considerado como unha parte máis do expediente administrativo.

2.7.- Procedencia ou improcedencia da admisión do recurso

De acordo con o art. 47 LDC para determinar se procede ou non a admisión do recurso sera necesario verificar se o Acordo da SUBDIC de concesión da condición de interesado no expediente a TRAVIESO causou indefensión ou un prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos da recorrente.

2.7.1. Inexistencia de indefensión

Como vimos, considera ALSA que o acordo da SUBDIC de data 7 de novembro de 2023, polo que se recoñeceu a condición de interesado, para todos os efectos legais, á denunciante TRAVIESO carece de calquera tipo de motivación o que non lle permite articular adecuadamente os seus medio de defensa o que lle produce indefensión e que “calquera información que puidese achegar TRAVIESO no curso do procedemento devén dunha maior relevancia d ela que lle debese corresponder, cernando o dereito de ALSA un proceso con todas as garantías consagrado no artigo 24 CE”.

Como xa sinalamos noutras Resolucións, 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 artigo 47 da LDC é reiterada e constante, baseándose en todos os casos na xurisprudencia do Tribunal Constitucional (TC) sobre o artigo 24 da Constitución. Neste sentido, podemos citar a Resolución do 10 de decembro de 2009 (Expte. R/0029/09, ECOVIDRIO) na que, ante a alegación de indefensión nun recurso do artigo 47, a CNMC afirma 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 artigo 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 ha sinalado que non se dá indefensión cando existiu a posibilidade de defenderse en termo reais e efectivos ou cando non se chegou a producir efectivo e real menoscabo do dereito de defensa”.

Noutra Resolución da CNMC do 8 de marzo de 2023 (Expediente CEPSA R/AJ/141/22), ante un recurso do artigo 47 da LDC no que se alegou indefensión, sinalouse 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. Nestes mesmos termos volve expresar a Sala de Competencia da CNMC nas recentes Resolucións do 7 de xuño de 2023 (Expediente As SOCIEDADES II, R/AJ/040/23) e do 27 de setembro de 2023 (Expediente ENDESA SA. E OUTRAS, R/AJ/058/23).

A sentenza do Tribunal Constitucional 15/1995, do 24 de xaneiro de 1995, ao determinar o que se debe de entender como 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 artigo 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 adecuadas 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 (...).”

Esta mesma idea reitérase polo TC entre outras na a súa Sentenza 210/1999, do 29 de novembro no seu Fundamento xurídico 3 ao declarar que:

“En efecto, dixemos reiteradamente que a indefensión constitucionalmente relevante é a situación en que, en xeral, tras a infracción dunha norma procesual, impídese a algunha das partes o dereito á defensa, eliminando ou limitando a súa potestade, ben de alegar dereitos e intereses para que lle sexan recoñecidos, ou ben de replicar dialecticamente as posicións contrarias no exercicio do principio de contradición (por todas SSTC 89/1986, fundamento xurídico 2.º ou 145/1990, fundamento xurídico 3.º), e que esta indefensión ha de ter un carácter material e non meramente formal, o que implica que non é suficiente coa existencia dun defecto ou infracción procesual, senón que debe producirse

un efectivo e real menoscabo do dereito de defensa (SSTC 90/1988, fundamento xurídico 2.º e 26/1999, fundamento xurídico 3.º)”

É dicir, a indefensión á que se refire o artigo 24 da Constitución Española é só aquela que produza un real e efectivo menoscabo do dereito de defensa e que, seguindo de novo a xurisprudencia Constitucional, *“non pode afirmarse que se produciu indefensión se existiu posibilidade de defenderse en termos reais e efectivos”* (Sentenza do TC 98/1987, Fundamento Xurídico 3). E por iso sinala que *“(…) o constitucionalmente decisivo desde as coordenadas procesuais esenciais que esixe o art. 24 C.E., é se o suxeito puido alegar e probar o que estimase por conveniente en relación con todos os aspectos esenciais do conflito no que se acha inmerso e que van ser obxecto de pronunciamento xudicial.”* (Sentenza do TC 144/1996, Fundamento Xurídico 4).

Así pois, a indefensión prodúcese cando o interesado non tivo a posibilidade de defenderse en termos reais e efectivos ou cando se chegou a producir efectivo e real menoscabo do dereito de defensa.

Examinado o contido deste recurso, ALSA alega indefensión xa que o Acordo de recoñecemento da condición de interesado de TRAVIESO considera que carece de calquera tipo motivación e, citando xurisprudencia, sinala que *“(…) a falta de motivación dun acto administrativo produce indefensión cando os afectados non poden coñecer as razóns ou motivos que levaron á Administración para resolver dunha maneira concreta e non poden articular adecuadamente os seus medios de defensa”* (p. 13 do escrito de recurso de ALSA). E que *“(…) calquera información que puidese achegar TRAVIESO no curso do procedemento devén dunha maior relevancia da que lle debese corresponder, cernando o dereito de ALSA un proceso con todas as garantías consagrado no artigo 24 CE”* (p. 13 do escrito de recurso de ALSA).



Hai que sinalar que unha vez incoado o expediente sancionador, a empresa ALSA goza de todos os dereitos que se lle recoñecen a normativa durante a fase de instrución do expediente de tal maneira dispoñerá e poderá exercer tramítelos de alegación e proba nun procedemento tramitado de acordo con a lei, como, por exemplo, a posibilidade de expor este segundo recurso pola vía do art. 47 da LDC. Neste sentido, exercicio da capacidade de ALSA de defenderse en termos reais e efectivos sen menoscabo do dereito de defensa, maniféstase no Acordo de incoación ao indicar o instructor a ALSA que:

“Ao longo da instrución as partes e os interesados poderán formular alegacións e propoñer a práctica das probas que estimen pertinentes, así como acceder ao expediente e obter copias individualizadas dos documentos que o integran - fóra dos segredos comerciais doutros interesados ou de terceiros, e de calquera outra información confidencial- nos termos previstos nos artigos 31 e 32 do RLDC”

Como manifestamos noutras Resolucións (Resolución RA 8/2023 ACORDO INCOACIÓN 2 ALSA no Expediente Transporte de viaxeiros por estrada 2: UTES) 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 e dita instrución finalizará co peche da fase de instrución previsto no art. 33.1 do Real Decreto 261/2008, do 22 de febreiro, polo que se aproba o Regulamento de Defensa da Competencia e que será notificada aos interesados.”

Este é o segundo recurso que pola vía do art. 47 LDC presenta ante este Pleno ALSA nun expediente incoado o 23 de outubro de 2023, o que pon de manifesto que non houbo, en ningún momento, limitación do seu dereito de defensa e, por tanto, a recorrente puido defenderse en termos reais e efectivos.

Partindo de que este Pleno xa manifestou que a condición de interesado de TRAVIESO neste expediente está plenamente xustificada, non parece que a consideración da falta de motivación que, a xuízo de ALSA, puidese existir na atribución da condición de interesado no Expediente sancionador de TRAVIESO, puidese minguar o dereito de ALSA no exercicio dos seus dereitos de defensa. Ademais como vimos, no recoñecemento pola SUBDIC da condición de interesado de TRAVIESO seguiu-se a tramitación establecida na normativa e explicáronse nesta Resolución as razóns que xustificaron a existencia de interese lexítimo de TRAVIESO no expediente, avalado pola valoración que do mesmo realizou o TSX de Galicia na súa sentenza de data 10 de marzo de 2023. Para que exista indefensión é necesaria, como vimos, “unha privación, limitación, menoscabo ou negación real, **efectiva e actual** do dereito de defensa, **nunca potencial ou abstracta**, isto é, unha indefensión material” (STC 15/1995 do 24 de xaneiro de 1995) (Énfase engadida)

Tampouco pode apreciar indefensión pola razón de que a “(...) *información que puidese achegar TRAVIESO no curso do procedemento devén dunha maior relevancia da que lle debese corresponder, cernando o dereito de ALSA un proceso con todas as garantías consagrado no artigo 24 CE*” como sinala ALSA xa que a indefensión á que se refire o artigo 24 da Constitución Española é só aquela que produza un real e efectivo menoscabo do dereito de defensa o que non pode apreciarse pola atribución a TRAVIESO da condición de interesado, @teniendo en conta que a citada sentenza do TSX de Galicia do 10 de marzo de 2023 sinala que a presenza desa empresa está xustificada no interese en que “(...) *desenvólvese unha actividade de investigación para comprobar se se produciu unha conduta irregular por parte das adxudicatarias do concurso (Alsa-Monbus) e a administración adjudicante (DXM).*”

Por estes motivos debe de rexeitarse esta alegación.



2.7.2. Inexistencia de prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos

O Tribunal Constitucional entende como prexuízo irreparable *“aquel que provoque o restablecemento do recorrente no dereito constitucional vulnerado sexa tardío e impida a súa efectiva restauración”* (por todos, ATC 79/2009, do 9 de marzo de Fundamento Xurídico 1º).

Sinala ALSA no seu escrito de recurso, que o acordo da SUBDIC do 7 de novembro de 2023 polo que se recoñeceu, para todos o efectos legais, a condición de interesado á denunciante TRAVIESO cáusalle os seguintes prexuízos irreparables aos seus dereitos ou intereses lexítimos:

- a) Que TRAVIESO, por ser interesado, ten acceso ao expediente administrativo (p. 11 e 12 do escrito de recurso de ALSA).
- b) Que o acceso ao expediente implicará a posibilidade de TRAVIESO de acceder a información confidencial de ALSA. Así sinala que *“O simple acceso á devandita información confidencial por parte de TRAVIESO é suficiente para producir un prexuízo irreparable a ALSA ademais da o resto de empresas investigadas”* (p. 11 do escrito de recurso de ALSA).
- c) Que nada impediría á empresa TRAVIESO *“(…) divulgar información confidencial e segredos comerciais de ALSA aos seus supostos clientes activos no sector, precisamente, co obxectivo de volver ser contratada por eles.”* (p. 12 do escrito de recurso de ALSA).

Considera, por tanto, que o recoñecemento da condición de interesado a TRAVIESO implica a ALSA un prexuízo irreparable aos seus dereitos ou intereses lexítimos na medida en que podería facilitar a esa empresa acceso a información confidencial e segredos de negocio de ALSA.

A lexislación de materia competencia española prevé un réxime específico de acceso á información que é diferente do dereito xeral de acceso á información pública, arquivos e rexistros, previsto no artigo 13 d) da Lei 39/2015, do 1 de outubro, do Procedemento Administrativo Común das Administracións Públicas. E así, neste sentido, tanto a LDC como o RDC establecen instrumentos para que a CGC, como autoridade de competencia, poida declarar a confidencialidade de datos ou documentos durante a tramitación dos expedientes sancionadores. O art. 42 da LDC dispón que en calquera momento do procedemento,

“(...) poderase ordenar, de oficio ou a instancia de parte, que se manteñan secretos os datos ou documentos que se consideren confidenciais, formando con eles peza separada, sen prexuízo do establecido no artigo 18 e no Regulamento (CE) n.º 1/2003, do 16 de decembro de 2002.”

O Ordenamento Xurídico español establece unha ampla e rigorosa protección dos segredos comerciais das empresas, para evitar que se produzan revelacións dos mesmos en contra da vontade deses operadores, e de aí a regulación que, en relación con expedientes que coñecen as autoridades de competencia, esta prevista no referido art. 42 da LDC. Tan intensa é a protección que non podemos tampouco esquecer que o Código penal castiga dita revelación como delito no art. 1999 dando a esta categoría a máxima protección que o Ordenamento dispensa.

De acordo con o anterior, os investigados poderán pedir a declaración de confidencialidade daquilo que considere como secreto de negocio, sobre a cal deberá pronunciarse a CGC. Como afirma o TS⁴

⁴ Auto do Tribunal Supremo do 31 de xaneiro de 2007 (ATS 699/2007).



“A declaración de confidencialidade está reservada polo Ordenamento Xurídico a uns organismos (o Servizo de Defensa da Competencia e o Tribunal de Defensa da Competencia) configurados conforme a un status de autonomía funcional e dotados de amplos coñecementos para valorar cuestións tecnicamente complexas, nas que conflúen multitude de factores que afectan non só ás partes no proceso senón tamén a terceiros e mesmo a sectores completos da actividade económica.”

No mesmo sentido o Auto do TS do 5 de outubro de 2006 (ATS 47/2006).

Na medida en que o concepto “confidencial” é un concepto xurídico indeterminado, haberá que examinar as circunstancias concorrentes en cada caso concreto para considerar se unha documentación ou dato ten ou non ese carácter. É dicir, non porque algunha das empresas investigadas considere que determinados datos ou documentos ten a consideración de confidenciais vai ser bastante para ser cualificados como tales e, por ese motivo, ser excluídos do coñecemento polo resto dos interesados ou partes no expediente. O proceso de valoración do devandito carácter confidencial deberá de realizalo a CGC ponderando non só a protección dos segredos da empresa senón tamén outros principios e dereitos que son tamén tutelables. Como sinala a CNMC na súa Resolución do 14 de setembro de 2021 ditada no expediente R/AJ/104/21 LEADIANT BIOSCIENCES LTD

“(…) Deste xeito, a LDC contempla a posibilidade de que as partes nun procedemento poidan solicitar a confidencialidade de determinada información obrante nun expediente. Con todo, iso non constitúe un principio absoluto nin un dereito da recorrente. Haberá que atender ás circunstancias de cada caso para concretar o carácter confidencial ou non de determinada información.”



Por iso a confidencialidade non pode converterse nun impedimento para a investigación e investigación dos feitos e a cualificación das condutas practicadas, polo que non procedería declarar confidencial aqueles datos ou documentación que contivese información necesaria para probar os feitos que fosen obxecto do expediente, xa que outorgarlle a condición de confidencialidade podería causar á investigados indefensión ou vulnerar os seus intereses lexítimos.

Pero tamén hai que ter en conta, como sinala a CNMC, que, de acordo con o disposto no art. 43 da LDC, *“(...) a información contida nun expediente sancionador, aínda declarada non confidencial, só é accesible aos interesados no expediente, polo que non existe perigo de divulgación da devandita información, pois o feito de non declarar a súa confidencialidade non significa que esta adquira carácter público, dado que non pode ser coñecida por terceiros alleos ao expediente e, ademais, sobre todos os interesados pesa o deber de secreto, como sinalou esta Sala “⁵. Tamén hai que lembrar que é posible declarar a confidencialidade respecto dalgúns dos interesados no expediente sen que afecte a aqueles outros aos que dita declaración puidese chegar a producir indefensión.*

ALSA, no suposto de considerar que algún dos seus datos ou documentación facilitada teñan a consideración de segredos de negocio, poderá pedir a súa declaración de confidencialidade que impedirá o coñecemento deses datos por outros interesados no expediente. En leste mesmo sentido, o acordo de incoación do expediente aprobado pola SUBDIC con data 23 de outubro de 2023 informa que:

“Ao longo da instrución as partes e os interesados poderán formular alegacións e propoñer a práctica das probas que estimen pertinentes, así como acceder ao

⁵ Resolución da CNMC do 16 de febreiro de 2021 ditada no expediente R/AJ/107/20 CORREOS

expediente e obter copias individualizadas dos documentos que o integran - fóra dos segredos comerciais doutros interesados ou de terceiros, e de calquera outra información confidencial- nos termos previstos nos artigos 31 e 32 do RLDC.”

Pero debemos de volver reiterar que presentada a solicitude de declaración de confidencialidade será obxecto de valoración pola autoridade de competencia que examinará se a mesma reúne determinados requisitos para poder entender que esa documentación constitúe un secreto de negocio e, por tanto, poida ser declarada confidencial. A modo de exemplo, a CNMC sinala como criterios acumulativos que na súa opinión deberá reunir eses datos ou documentación, os seguintes⁶:

- i) que sexa coñecida unicamente por un reducido número de persoas,
- ii) que a súa divulgación podería causar un grave prexuízo e
- iii) que os intereses que puidesen verse afectados pola divulgación da información son, obxectivamente, dignos de protección

Por tanto, aínda que ALSA poida considerar certos datos ou documentos como secretos de negocio, poden non ter tal consideración⁷ e non decláralos como tales aqueles organismos que, como sinala o TS, están “(...) *configurados conforme a un status de autonomía funcional e dotados de amplos coñecementos para valorar cuestións tecnicamente complexas, nas que conflúen multitude de factores que afectan non só ás partes no proceso senón tamén a terceiros e mesmo a sectores completos da actividade económica.*”⁸ No caso de que verdadeiramente fóseno, poderán ser declarados

⁶ CNMC “Guía sobre o tratamento da información confidencial e os datos persoais en procedementos de defensa da competencia da Lei 15/2007.” 4 de xuño de 2020

⁷ Por exemplo poden ser datos depositados en rexistros público como poden ser o Rexistro Mercantil ou base de datos accesibles mediante pago como ARDAN, datos sobre licitacións públicas ou difundidos polas propias empresas,

⁸ Auto do Tribunal Supremo do 31 de xaneiro de 2007 (ATS 699/2007), Auto do TS do 5 de outubro de 2006 (ATS 47/2006)



confidenciais pola autoridade de competencia, por quedarán vedado o seu coñecemento por TRAVIESO como interesado no expediente.

Alega ALSA a probabilidade de que TRAVIESO poida “(...) *divulgar información confidencial e segredos comerciais de ALSA aos seus supostos clientes activos no sector, precisamente, co obxectivo de volver ser contratada por eles.*” e xustifícao como razón da existencia dun prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos para admitir este recurso do art. 47 LDC.

Examinamos agora as previsións da LDC para protexer os segredos comerciais nos expedientes de defensa da competencia e a posibilidade de ALSA, como do resto de investigados, de solicitar a declaración de confidencialidade deses datos ou documentación. Pero ademais hai que ter en conta que a LDC regula no seu art. 43 o deber de secreto ao sinalar que

“1. Todos os que tomen parte na tramitación de expedientes previstos nesta Lei ou que coñezan tales expedientes por razón de profesión, cargo ou intervención como parte, deberán gardar secreto sobre os feitos de que tivesen coñecemento a través deles e de cantas informacións de natureza confidencial tivesen coñecemento no exercicio dos seus cargos, mesmo despois de cesar nas súas funcións.

2. Sen prexuízo das responsabilidades penais e civís que puidesen corresponder, a violación do deber de secreto considerárase sempre falta disciplinaria moi grave.

Vimos tamén que é tan intensa esta protección der os segredos comerciais que o Código penal castiga dita revelación como delito no seu art. 1999.

Por todo o anterior este Pleno non pode apreciar a existencia de prexuízo irreparable a dereitos ou intereses lexítimos de ALSA no acordo da SUBDIC do 7 de novembro de 2023 polo que se recoñeceu a condición de interesado, para todos o efectos legais, á denunciante TRAVIESO.

Por todos 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 dá Competencia

RESOLVE

Desestimar o recurso presentado por ALSA GRUPO, S.L., contra o Acordo da Subdirección de Investigación da Comisión Galega dá Competencia do 7 de novembro de 2023, polo que se recoñeceu a condición de interesado, para todos os efectos legais, á denunciante TRAVESO SOFTWARE TRANSPORTE DE VIAXEIROS S.L. no Expediente S 1/2023 *Transporte de viaxeiros por estrada 2: UTES*.

Comuníquese esta Resolución á Subdirección Xeral de Investigación da Comisión Galega dá 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.

