

Resolución RA 2/2024 Condición interesado en el expediente S 1/2023 – TRANSPORTE DE VIAJEROS POR CARRETERA 2: UTES.

En Pleno

D. Ignacio López-Chaves Castro, presidente

D. Daniel Neira Barral, secretario/vocal

Dña. María Teresa Cancelo Márquez, vocal

Santiago de Compostela, 8 de febrero de 2024

El Pleno de la Comisión Galega da Competencia (en adelante CGC) con la composición arriba indicada y siendo relator Ignacio López-Chaves Castro dicta la presente Resolución por la que se resuelve el recurso interpuesto por ALSA GRUPO, S.L., (en adelante, “ALSA”) 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 la Subdirección de Investigación de la Comisión Galega da Competencia (en adelante SUBDIC) de 7 de noviembre de 2023, por el que se reconoció la condición de interesado, para todos los efectos legales, a la denunciante TRAVIESO SOFTWARE TRANSPORTE DE VIAJEROS, S.L. (en adelante TRAVIESO) en el procedimiento sancionador con referencia S 1/2023 Transporte de viajeros por carretera 2: UTES.



1. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 de noviembre de 2023, Dña. ***** y Dña. *****, actuando en nombre y representación de ALSA GRUPO, S.L., presentaron escrito por el que presentaban un segundo recurso del artículo 47 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) en Expediente S 1/2023 *Transporte de viajeros por carretera 2: UTES*. Este segundo recurso se interponía contra la adopción del acuerdo de la Subdirección de Investigación de la Comisión Galega da Competencia de 7 de noviembre de 2023, por el que se reconoció la condición de interesado, para todos los efectos legales, a la denunciante TRAVIESO.

Segundo.- Con fecha 27 de noviembre 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 artículo 47 de la LDC remitiese en el plazo de cinco días copia del expediente S 1/2023 *Transporte de viajeros por carretera 2: UTES*, así como el Informe previsto en el artículo 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, se acordó que una vez recibido el expediente se le diese traslado a los interesados del mismo y del recurso conforme a lo previsto en el artículo 47 de la LDC y el artículo 24 de RDC.

Dicho acuerdo fue notificado a los interesados.

Tercero.- Con fecha 15 de diciembre de 2023, la SUBDIC remitió al Pleno el Informe previsto en el artículo 24 del RDC, así como copia del expediente S 1/2023 *Transporte de viajeros por carretera 2: UTES*, que con fue notificado y puesto a disposición de los interesados. En dicho informe, la SUBDIC considera que el recurso debería rechazarse al hacer suyos los argumentos recogidos en la sentencia 83/2023, de 10 de marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (F.J. 2º) relativos al reconocimiento de la condición de legitimado de TRAVIESO.



Cuarto.- Con fecha 8 de enero de 2024 TRAVIESO presentó escrito de alegaciones al Informe de la SUBDIC de 15 de diciembre de 2023.

Quinto.- Con fecha 19 de enero de 2024, último día del plazo, ALSA presentó escrito de alegaciones al Informe de la SUBDIC de 15 de diciembre de 2023.

Sexto.- Con fecha 8 de febrero de 2024 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

2.1.1.- Objeto de la Resolución

En la presente Resolución este Pleno deberá pronunciarse sobre el recurso del artículo 47 de la LDC interpuesto por ALSA contra el Acuerdo de reconocimiento de la condición de interesado de TRAVIESO en el procedimiento sancionador con referencia *S 1/2023 Transporte de viajeros por carretera 2: UTES*.

2.1.2.- Pretensiones de la recurrente

ALSA solicita que se estime el recurso, se anule el Acuerdo de reconocimiento de la condición de interesado de TRAVIESO en el procedimiento sancionador con referencia *S 1/2023 Transporte de viajeros por carretera 2: UTES* y, en consecuencia, que se retire a TRAVIESO la condición de parte interesada.

2.1.3.- Motivos del recurso



Justifica ALSA la interposición de su recurso del art. 47 de la LDC en dos alegaciones. En la primera y de mas extensa redacción (ocho páginas) señala que TRAVIESO no cumple con los requisitos para poder ser reconocida como interesada en el expediente. En la segunda, y mas reducida en extensión (tres paginas), afirma que el acuerdo que otorga a TRAVIESO la condición de parte interesada le produce un perjuicio irreparable e indefensión.

En la primera alega ALSA, como hemos visto, que TRAVIESO no cumple con los requisitos para poder ser reconocida como interesada en el expediente. Así afirma textualmente que:

“(…) TRAVIESO no puede ser reconocida como parte interesada en la medida en que no cumple con los requisitos del artículo 4 de la LPAC por los motivos que se exponen a continuación.

En primer lugar, TRAVIESO no ha satisfecho la carga de la prueba que recae sobre la parte que solicita ser considerada parte interesada en el expediente. En concreto, en el escrito presentado el 30 de octubre de 2023, Travieso parte de una premisa errónea para justificar el cumplimiento de los requisitos del artículo 4 de la LPAC, afirmando, que ya está personada en el procedimiento administrativo y que desea continuar en tal condición en el expediente “hoy en fase de incoación”. No hace falta abundar demasiado en que no se puede ser parte en un procedimiento administrativo que no se había iniciado hasta el acuerdo de incoación.

A continuación, TRAVIESO afirma ser titular de derechos individuales que justifican su personación. Para ello, se basa exclusivamente en un fragmento de la sentencia del TSJ de Galicia del 10 de marzo de 2023 que lejos de reforzar sus argumentos, no hacen sino acreditar – como se desarrollará a lo largo del presente escrito – que no cumple los requisitos para ser reconocida como parte interesada y que simplemente se reconoció que tenía legitimación activa (ex artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (“LJCA”)) para recurrir en sede judicial la Resolución de Archivo, lo cual es una cuestión diferente.

Ya por último y de forma subsidiaria, TRAVIESO se limita a afirmar que cumple el requisito del artículo 4.1.b) de la LPAC, es decir, que supuestamente ostentaría algún



derecho - se desconoce cuál - que podría verse afectado por la resolución que pusiera fin al Expediente.” (p. 3 del escrito de recurso de ALSA)

Hace referencia ALSA a la distinción existente entre denunciante e interesado en un procedimiento y considera que la SUBDIC ha presupuesto un interés legítimo en TRAVIESO por el hecho de ser denunciante.

“De hecho, la única razón por la que esta Parte puede inferir que se le ha otorgado dicha condición a TRAVIESO reside en que fuera una de las denunciantes. No obstante, el simple hecho de que fuera denunciante no implica que exista un interés legítimo que deba ser protegido mediante su admisión como parte interesada.” (p.4 del escrito de recurso de ALSA)

Y concluye considerando que:

“(…) teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que TRAVIESO no cumple con los requisitos para ser reconocida como parte interesada, al no ostentar ni un interés legítimo en el procedimiento ni concurrir en él derecho alguno que pudiera verse afectado.” (p. del escrito de recurso de ALSA)

También señala que el hecho de que el TSJ de Galicia reconociese la legitimación activa de TRAVIESO para recurrir la Resolución de Archivo dictada por la CGC no es relevante a los efectos de determinar si ostenta un interés legítimo para ser considerada parte interesada en el procedimiento administrativo y que *“(…) la legitimación activa para recurrir el Acuerdo de Incoación o un interés en recurrir una resolución que ponga fin al Expediente no otorgan a TRAVIESO un interés legítimo en el mismo.” (p. 8 del del escrito de recurso de ALSA)*. Por último en esta alegación afirma que el interés en colaborar con la CGC en la investigación no justifica la condición der TRAVIESO como interesado en el expediente.



En una segunda alegación afirma ALSA que el acuerdo que otorga a TRAVIESO la condición de parte interesada le produce un perjuicio irreparable así como indefensión. (p.11 del escrito de recurso de ALSA).

Señala que le produce un perjuicio irreparable ya que TRAVIESO tiene acceso al expediente administrativo lo que incluiría información confidencial de ALSA y que *“El simple acceso a dicha información confidencial por parte de TRAVIESO es suficiente para producir un perjuicio irreparable a ALSA además de al resto de empresas investigadas”* (p. 11 del escrito de recurso de ALSA). Además señala que nada impediría a la empresa TRAVIESO *“(…) divulgar información confidencial y secretos comerciales de ALSA a sus supuestos clientes activos en el sector, precisamente, con el objetivo de volver a ser contratada por ellos.”* (p. 12 del escrito de recurso de ALSA). Por ello, considera que la actuación de la CGC al haber concedido la condición de parte interesada a TRAVIESO produciría a ALSA un perjuicio irreparable.

Por otro lado, considera ALSA que el Acuerdo impugnado carece de cualquier tipo motivación de por qué se le ha reconocido tal condición a TRAVIESO lo que le produce indefensión ya que, citando jurisprudencia, señala que *“(…) la falta de motivación de un acto administrativo produce indefensión cuando los afectados no pueden conocer las razones o motivos que han llevado a la Administración a resolver de una manera concreta y no pueden articular adecuadamente sus medios de defensa”* (p. 13 del escrito de recurso de ALSA).

Por todo ello ALSA solicita que se estime el recurso y que se anule el Acuerdo de reconocimiento de la condición de interesado de TRAVIESO en este procedimiento.

2.2.- Regulación en la Ley de Defensa de la Competencia y en el Reglamento de Defensa de la Competencia

La Ley 15/2007, de 3 de julio de 2007, de Defensa de la Competencia (LDC) en su art. 47 dispone que:



- “1. 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.*
- 2. El Consejo inadmitirá sin más trámite los recursos interpuestos fuera de plazo.*
- 3. Recibido el recurso, el Consejo pondrá de manifiesto el expediente para que las partes formulen alegaciones en el plazo de quince días.”*

El Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia en su art. 24 establece que:

- “1. Conforme a lo establecido en el artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, una vez presentado el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, éste instará a la Dirección de Investigación para que le remita copia del expediente junto con su informe en el plazo de cinco días.*
- 2. Si hubiera otros interesados se les dará traslado del recurso y se les pondrá de manifiesto el expediente para que en el plazo de quince días aleguen cuanto estimen procedente.”*

2.3.- Informe de la Subdirección de Investigación y alegaciones de los interesados

2.3.1.- Informe de la Subdirección de Investigación

La Subdirección de Investigación (SUBDIC) propone que debe ser el recurso rechazado de plano, ya que señala:

“La Subdirección de Investigación ha reconocido la legitimación activa de TRAVIESO S.A., en consonancia con el pronunciamiento favorable a dicha legitimación por parte de la sentencia 83/2023, de 10 de marzo, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (F.J. 2º):

“*SEGUNDO.-Que las codemandadas Alsa y Monbus alegan la falta de legitimación activa ad causam de la actora, entendiendo que “Travieso” carece de interés legítimo*



para interponer el recurso cuando la demandante ha intervenido desde la denuncia aportando documentación y la Administración gallega se ha entendido con ella como una parte más del E.A., y no como simple denunciante, de lo que han tenido conocimiento las codemandadas; la legitimación de "Travieso" le viene, por un lado, de resultar afectada por la resolución impugnada que favorece a las empresas concertadas en UTEs (Alsa Grupo S.L. y empresas del Grupo Monbus, Rias Altas S.A., empresa Monforte S.A., Castromil S.A.) en contra de los intereses de aquellas a las que asesora y podría continuar haciéndolo en la ejecución de la adjudicación del concurso, teniendo un perjuicio económico directo y, además, como denunciante por su interés en que se desarrolle una actividad de investigación para comprobar si se ha producido una conducta irregular por parte de las adjudicatarias del concurso (Alsa- Monbus) y la administración adjudicante (DXM).n."

La SUBDIC hace suyos estos argumentos y entiende que el rechazo a la inclusión de TRAVIESO, S.A., como interesado sería rechazado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJG, reproduciendo lo arriba señalado." (p.21 del Informe de la SUBDIC)

2.3.2.- Alegaciones

2.3.2.1.- Alegaciones de ALSA

En su escrito de alegaciones al informe de la SUBDIC de fecha 19 de enero de 2024, formulado tras su acceso al Expediente formula las siguientes alegaciones:

a) que el informe de la SUBDIC no aporta ningún argumento adicional que desvirtúe el recurso de ALSA. Así indica hace suyos los argumentos recogidos en la Sentencia en relación con la legitimación activa para recurrir en la vía contencioso-administrativa un acto administrativo lo que considera que es "(...) una cuestión diametralmente distinta a la aquí planteada, esta es: si Travieso cumplía los requisitos para ser reconocida como parte interesada en el procedimiento administrativo (ex artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ("LPAC"))". Vuelve a reiterar, como ya manifestó en el escrito por el que presentó este recurso, que el Pleno debe de acordar la nulidad del acuerdo ya que TRAVIESO no cumple con los requisitos para ser considerada como parte interesada en el procedimiento administrativo.

b) que la admisión de la legitimación activa de TRAVIESO para recurrir en la vía Contencioso-Administrativa no puede trasladarse a la vía administrativa. Esta alegación ya había sido formulada en el escrito de recurso y ahora lo reitera ya que manifiesta que la SUBDIC sostiene que ha dictado el Acuerdo en consonancia con el pronunciamiento favorable de la Sentencia a la legitimación activa de Travieso para interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la CGC. También señala ALSA en esta misma alegación que sorprende que la SUBDIC fundamente la inadmisión de este recurso en que no consideración de Travieso como parte interesada en el procedimiento sería anulada por el TSJ de Galicia bajo los mismos términos por los que admitió su legitimación activa para recurrir en vía contencioso-administrativa, incumple cualquier lógica y además cercenaría el derecho de ALSA a un proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española

c) que TRAVIESO no cumple los requisitos para ser reconocida como parte interesada en el procedimiento administrativo de acuerdo con el art. 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, así considera ALSA que no se acreditan intereses legítimos o derechos de TRAVIESO que pudieran verse afectados por la resolución que se adopte. También alega que no se ha acreditado que la resolución que ponga fin al procedimiento vaya a repercutir de manera cierta y efectiva en la esfera jurídica de TRAVIESO, señalando que “(...) Travieso presupone que en el supuesto de que hubieran sido otras empresas las adjudicatarias de los lotes a los que se presentaron las empresas investigadas, podría haberles prestado sus servicios (fiscales, contables y laborales) y, por lo tanto, verse beneficiada”.

d) que el informe emitido por la SUBDIC ni siquiera intenta refutar la indefensión y perjuicio irreparables que, en su opinión, habían quedado acreditados en el escrito de recurso presentado por ALSA, reiterando en el escrito lo ya manifestado en el escrito de recurso. Afirma textualmente que:

“De hecho, que TRAVIESO pueda haber accedido desde que se produzco el Acuerdo redundante en que nos encontramos ante “perjuicios irreparables”, es decir y en términos del propio Tribunal Constitucional: “(...) *“aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva*



restauración" (entre otros muchos, Autos del TC 79/2009, de 9 de marzo de 2009, y 124/2012, de 18 de junio de 2012)".

A estos efectos, conviene insistir en que la divulgación de información de carácter técnico y económico de ALSA tienen un alto valor estratégico y comercial, ya que revela la estrategia comercial y de negocio de la empresa y, por tanto, se trata de contenido sensible y secretos comerciales cuyo conocimiento por terceras empresas le causaría un grave perjuicio comercial.

Es más, si efectivamente Travieso – como apuntaba en su denuncia - presta servicios a empresas que compiten con ALSA, la divulgación de información comercialmente sensible de ALSA (véase, entre otra, aquella que pudiera guardar relación con su estrategia comercial o con la justificación de concurrencia en Uniones Temporales de Empresas a las licitaciones) le causaría un perjuicio irreparable, pues es más que evidente el riesgo de que pueda divulgarla o utilizarla en detrimento de ALSA.”

2.3.2.2.- Alegaciones de TRAVIESO CONSULTORES DE GESTIÓN Y SOFTWARE DE TRANSPORTE DE VIAJEROS SL.

Con fecha 8 de enero de 2024 TRAVIESO CONSULTORES DE GESTION Y SOFTWARE DE TRANSPORTE DE VIAJEROS SL (TRAVIESO) presentó el escrito en el que se opone al recurso interpuesto por ALSA. Señala TRAVIESO en el escrito que se opone también al recurso interpuesto por las empresas del Grupo Monbus contra la resolución de la Subdirección de Investigación de la CGC, por la que reconoce a Travieso la condición de interesado, cuando lo cierto es que ese grupo no ha presentado recurso alguno contra dicho acuerdo, por lo que este Pleno solo podrá resolver el recurso interpuesto por ALSA.

Alega que TRAVIESO está legitimada *ad causam*, como parte en el procedimiento sancionador con referencia S 1/2023 - Transporte de viajeros por carretera 2: UTES, por ostentar interés legítimo, por haberlo promovido como titular de interés legítimo individual, (art. 4 a LPACAP) y por poder resultar sus intereses legítimos afectados por la decisión que se adopta en el procedimiento. Estima que ALSA ya cuestionó la legitimación de TRAVIESO para recurrir la Resolución de la CGC de 22 de octubre de 2021 y que la cuestión fue resuelta por la Sección



Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal de Justicia de Galicia en su sentencia de fecha 10 de marzo de 2023, remitiéndose a dicha sentencia que afirma dejó acreditada dicha legitimación, tanto en vía administrativa como en la posterior judicial.

Considera que no se dan en este caso ninguno de los requisitos que establece el art. 47 de la LDC ya que no puede producir ningún tipo de indefensión y considera que no cabe suponer, ya que hasta el momento no se ha producido, que vayan a ser perjudicados secretos empresariales al ponerse de manifiesto la documentación y que tanto los órganos administrativos como los jurisdiccionales, “(...) atienden las peticiones de parte de mantener confidencial aquellos documentos que se les soliciten por suponer algún secreto comercial o industrial velando por que estos no resulten perjudicados”

2.4.- Naturaleza del recurso

Como hemos visto la Sección 4ª del Capítulo I del Título IV de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) regula en el artículo 47 la posibilidad de presentar recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción, estableciendo que:

“Artículo 47. Recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación.

- 1. 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.*
- 2. El Consejo inadmitirá sin más trámite los recursos interpuestos fuera de plazo.*
- 3. Recibido el recurso, el Consejo pondrá de manifiesto el expediente para que las partes formulen alegaciones en el plazo de quince días”.*

Como señala la Sentencia de la Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2018 (recurso 2781/2016) en su Fundamento de Derecho Primero, en relación con el artículo 47 LDC:

“Esta previsión específica constituye una aplicación de lo dispuesto, con carácter general, en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992 en el ámbito sectorial de la defensa de la competencia. Se prevé un recurso administrativo especial y extraordinario ya que únicamente procede por motivos tasados, esto es, siempre y cuando se trate de resoluciones que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de los interesados”.

Conforme ello, los actos y resoluciones de la SUBDIC que produzcan indefensión o perjuicio irreparable podrán ser recurridos ante el Pleno de la CGC, de tal manera que dicho recurso solo podrá ser admisible por alguno de esas dos razones: *“cuando se trate de resoluciones que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de los interesados”*. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 (recurso de casación 5606/2010) ya había manifestado este extremo al advertir que los motivos de impugnación frente a actuaciones de la Dirección de Competencia (en nuestro caso la SUBDIC) deben estar basados únicamente en la indefensión o el perjuicio irreparable que los actos recurridos puedan causar a derechos o intereses legítimos, y no en ningún otro motivo, y así en el Fundamento de Derecho Segundo afirma que:

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



En el mismo sentido, la STS de 21 de noviembre de 2014 (recurso de casación 4041/2011) señala, como ya había hecho la sentencia de 30 de septiembre de 2013, que:

“(…) Quiérese decir, pues, que 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. Pero, repetimos, no cabe en el recurso administrativo previsto por el artículo 47.1 de la Ley 15/2007 examinar sino la concurrencia de las dos circunstancias que han motivado su implantación, esto es, comprobar si las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación han producido indefensión u ocasionados perjuicios irreparables. El resto de los motivos impugnatorios eventualmente oponibles frente a aquellos actos queda reservado, repetimos, al enjuiciamiento de la resolución final del expediente sancionador”.

De la misma manera se pronunció la CNMC, entre otras, en su Resolución de 9 de enero de 2020 en el Expte. R/AJ/131/19 - FACTOR IDEAS INTEGRAL SERVICES al señalar 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".

También en el mismo sentido se ha pronunciado este Pleno en la Resolución de 17 de abril de 2023 Resolución RA 2/2023 - Licitación urbanización de Consorcio Zona Franca de Vigo y en la Resolución de 31 de julio de 2023 Resolución RA 5/2023 – Acuerdo terminación convencional.

No estamos, pues, ante los recursos regulados por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, sino ante el único recurso administrativo previsto por la LDC contra los actos dictados por el órgano instructor en materia de defensa de la competencia (en este caso, la SUBDIC). El artículo 47 de la LDC regula el recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la SUBDIC que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 advierte de que los motivos de impugnación frente a actuaciones de la Dirección de Investigación deben estar basados únicamente en la indefensión o el perjuicio irreparable que los actos o acuerdos que se recurren puedan causar a derechos o intereses legítimos y no en ningún otro motivo, ya que, como hemos visto, manifiesta textualmente el TS que:

“(...) 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”.

Por tanto, solo podrá examinarse en esta resolución si en su actuación la Subdirección de Investigación causó indefensión y/u ocasionó perjuicios irreparables a ALSA por acordar el

reconocimiento de TRAVIESO como interesado en el expediente procedimiento sancionador con referencia S 1/2023 - Transporte de viajeros por carretera 2: UTES.

En el presente recurso, ALSA alega que dicho Acuerdo le ha causado tanto indefensión como graves perjuicios irreparables.

2.5.- Cuestión previa: concepto de interesado en el procedimiento sancionador de la LDC

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia no define en su articulado un concepto autónomo de interesado aplicable a los procedimientos que se tramiten conforme a la misma, por lo que, de acuerdo a la remisión contemplada en su art. 45, será de aplicación el artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Conforme a él tendrán la condición de interesados en el procedimiento:

“a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”

En el mismo sentido se pronuncia la Resolución de la CNMC de 2 de marzo de 2021, dictada en el Expte. R/AJ/001/21 ADICINE que señala que ante la ausencia de la definición del concepto de interesado en el procedimiento sancionador regulado en la LDC:

“(…) es necesario acudir al artículo 4 de la LPAC, de aplicación supletoria, y a la doctrina relacionada de la autoridad de competencia y la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales.”

Considerando esta remisión y analizando el contenido de ese art. 4 de la Ley 39/2015 se puede deducir que el otorgamiento de la condición de interesado en el procedimiento sancionador por infracción de la normativa *antitrust* deberá producirse tras un análisis de cada caso concreto para examinar si concurren en él los requisitos que regula el mencionado artículo. No es posible, por tanto, aplicar ni definiciones, ni reglas, ni criterios generales para determinar la condición de interesado, ni argumentar precedentes para excluir o reclamar dicha condición en estos procedimientos sancionadores.

Así también lo indica la CNMC en su Resolución de 2 de marzo de 2021, dictada en el Expte. R/AJ/001/21 ADICINE al declarar que:

“Conforme a lo anterior, el otorgamiento de la condición de interesado debe producirse tras un análisis caso por caso de la concurrencia de un interés legítimo real, que en todo caso debe ser alegado y probado por la parte que se lo arroga, no bastando con la acreditación de un interés abstracto o genérico.”

Y esta misma resolución vuelve a reiterar esta idea en otros párrafos de la misma, llegando incluso a considerar que esa condición de interesado podrá ser distinta según se trate de un expediente en el que se investigue una práctica colusoria o un abuso de posición de dominio:

“Además, como se acaba de señalar, la condición de interesado obedece a un análisis casuístico, por lo que el uso de precedentes no es necesariamente adecuado, debiendo considerarse, en particular, la naturaleza del procedimiento incoado y la práctica



investigada. Es notable la distinta práctica investigada en un procedimiento sancionador sobre la base del artículo 2 de la LDC y 102 del TFUE, como el traído a colación por la recurrente, con un procedimiento sobre la base del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE como el objeto del procedimiento principal”

En otras resoluciones mas recientes de la CNMC se vuelve a repetir el carácter casuístico de la determinación de la condición de interesado y así hay que citar la Resolución de la CNMC de 19 de julio de 2022, dictada en el Expte. R/AJ/036/22 FACUA que afirma que:

“En el ámbito del derecho de la competencia, el concepto de interesado no puede ser objeto de una definición de alcance general que permita una aplicación automática, ya que al ir asociado a la idea de interés legítimo, obliga a una aplicación casuística de la norma legal, haciendo preciso investigar en cada supuesto concreto si el sujeto que pretende comparecer en el procedimiento administrativo es titular o no de ese interés legítimo(...)”

Y más recientemente de nuevo la CNMC vuelve a recordarlo al señalar en su Resolución de 22 de marzo de 2023, dictada en el Expte. R/AJ/004/23 MTA/ADP que:

“La jurisprudencia considera que la legitimación activa está ligada la apreciación de interés legítimo en el procedimiento administrativo en el que se dictó la resolución objeto de recurso y ha de analizarse caso por caso, recayendo la carga de la prueba en quien se arroga ese interés legítimo En este sentido, entre otras, véase Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1999 (rec. 9537/1995) (...)”

En el marco de este análisis casuístico la CNMC declara que normalmente coexisten al menos tres grupos de potenciales interesados en los expedientes que la misma tramita “(...) los denunciantes, las víctimas de las prácticas anticompetitivas y los competidores,

en la medida en que sus intereses legítimos pueden verse de una u otra forma afectados por la resolución que en su día se adopte.”¹

El concepto de interesado debe de estar por tanto unido a la noción de interés legítimo que consiste en una relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión, que implica que la resolución que se dicte puede afectar a esa persona de modo positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) de tal manera que la resolución pueda repercutir en su esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Por último, debemos de llamar la atención que en todos estos expedientes a los que se puso fin por estas Resoluciones de la CNMC que citamos así como también las Resoluciones de la CNMC (y los organismos que le precedieron) que cita la recurrente en su escrito de recurso² y en su escrito de alegaciones al Informe emitido por la SUBDIC³ en todos ellos, los recursos del art. 47 LDC que se presentaron lo fueron frente a la denegación del reconocimiento de la condición de interesado por parte del órgano de investigación, y no, como sucede en el recurso que se resuelve con esta Resolución, frente al reconocimiento como interesado de otro en el expediente.

2.6.- La condición de interesado de TRAVIESO

En fecha 23 de octubre de 2023 la SUBDIC adoptó el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador contra Alsa Grupo, S.L., y Grupo Monbús por incurrir en

¹Resolución de la CNMC de 2 de marzo de 2021, dictada en el Expte. R/AJ/001/21 ADICINE

²Resolución de la CNMC, de 7 de mayo de 2015 (Expte. R/AJ/005/15, Hamburguesa Crujiente); Resolución de la CNMC, de 28 de abril de 2016 (Expte. R/AJ/ 016/16, NBM); Resolución de la CNC de 12 de septiembre de 2013 (Expte. R/0143/13, R. Tena/J.F. López); Resolución del TDC de 31 de mayo de 2001 (Expte. R 463/00 V, Alquiler Contadores); Resolución de la CNMC, de 8 de mayo de 2014 (Expte. R/AJ/0056/14, Letrado Interesado); Resolución de la CNMC de 28 de febrero de 2011 (Expte. R/0064/11, Alterna Project Marketing); Resolución de la CNC (no de la CNMC) de 28 de febrero de 2011 (Expte. R/0066/11, AVA).

³ Se reiteran Resoluciones ya citadas en el escrito de recurso.

presuntas prácticas anticompetitivas en el desarrollo de la licitación pública “Contrato de concesión del Servicio Público de Transporte regular de viajeros de uso general por carretera (Lotes XG-800 la XG-891), Expediente 1/2020 DXM”. En dicho acuerdo la SUBDIC determina que tendrá la condición de interesada en el procedimiento sancionador la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC).

Con fecha 26 de octubre la SUBDIC pone en conocimiento de Travieso Transportation Software Viajeros, S.L. dicha incoación y le solicitó que comunicase si tiene intención de personarse en el procedimiento sancionador en la condición de interesado, indicando que si la respuesta fuese afirmativa, debería de manifestar en su escrito que posee alguna de las condiciones expresadas en el artículo 4 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

Con fecha 30 de octubre TRAVIESO manifiesta que desea continuar personada en el expediente e indica que ostenta la condición de interesado al poseer las condiciones expresadas en el apartado 1 a), del art 4 de la Ley 39/2015, al promover el procedimiento como titular de derechos individuales. Señala la sentencia de fecha 10 de marzo de 2023 dictada por la sección 3 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Tribunal Superior de Justicia de Galicia como argumento en favor de su postura e indica también como razón para ser considerado como interesado el apartado 1-b) del art. 4 de la Ley 39/2015.

Con fecha 7 de noviembre de 2023 la SUBDIC reconoce la condición de interesado a TRAVIESO en virtud del escrito presentado por la misma.

ALSA presentó las alegaciones ya indicadas respecto a la consideración de TRAVIESO como interesado en el procedimiento.

Aunque, como ya hemos indicado, solo podrá este Pleno examinar y dictaminar en esta resolución si en su actuación la SUBDIC causó indefensión y/u ocasionó perjuicios irreparables a ALSA por acordar el reconocimiento de TRAVIESO como interesado en el expediente procedimiento sancionador con referencia S 1/2023 Transporte de viajeros por carretera 2: UTES, este Pleno, en la medida en que la referencia a la condición de interesado aparece de manera repetida en el escrito de recurso, realiza las siguientes consideraciones:

a) Como hemos visto la determinación de la condición de interesado debe de ser examinada de manera casuística en cada expediente y es por ello que habrá que ver si en este expediente TRAVIESO reúne los requisitos previstos en el art. 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, si ostenta interés legítimo para poder actuar como interesado conforme a la consideración que en ese sentido le atribuyó, después de examinar las razones alegadas por TRAVIESO, el instructor del expediente.

De manera reiterada se cita la sentencia del TSX de Galicia de fecha 10 de marzo de 2023, que anuló la resolución de la CGC de fecha 22 de octubre de 2021 y ordenó la incoación de este expediente sancionador con referencia IR 11/2020 IR 12/2020 IR 21/2020 IR 07/2021 Transporte de viajeros por carretera 2: UTES. La adopción del Acuerdo de reconocimiento de la condición de interesado de TRAVIESO en dicho procedimiento es la razón de la interposición de este recurso. En dicha sentencia el Tribunal al referirse a la condición de TRAVIESO estima la existencia en él de un “intereses

legítimo” para interponer el recurso contencioso administrativo señalando que TRAVIESO:

- 1) “(...) ha intervenido desde la denuncia aportando documentación y la Administración gallega se ha entendido con ella como una parte más del E.A., y no como simple denunciante”.
- 2) que resultaría “(...) afectada por la resolución impugnada que favorece a las empresas concertadas en UTEs (Alsa Grupo S.L. y empresas del Grupo Monbus, Rias Altas S.A., empresa Monforte S.A., Castromil S.A.) en contra de los intereses de aquellas a las que asesora y podría continuar haciéndolo en la ejecución de la adjudicación del concurso, teniendo un perjuicio económico directo,”
- 3) y que también lo tiene “(...) además, como denunciante por su interés en que se desarrolle una actividad de investigación para comprobar si se ha producido una conducta irregular por parte de las adjudicatarias del concurso (Alsa-Monbus) y la administración adjudicante (DXM).”

b) Aunque esa legitimación se la otorga el TSX de Galicia TRAVIESO a los efectos de interponer el recurso contencioso administrativo, lo cierto es que esa sentencia reconoce expresamente a TRAVIESO como afectado en el expediente, en la medida en que afirma que sufre un perjuicio económico directo por ir la resolución en contra de los intereses de aquellas empresas a las que TRAVIESO asesora y que podría continuar haciéndolo en la ejecución de la adjudicación, por lo que tendrá derechos que resultarán de manera evidente afectados por la decisión que en este expediente se adopten. También señala la sentencia que TRAVIESO ha intervenido en el procedimiento “desde la denuncia aportando documentación”, y que en el mismo se ha entendido con dicha empresa como una parte más del expediente administrativo y no como un simple denunciante.

c) En base a estos hechos acreditados y declarados en una sentencia firme que tiene su causa en este expediente, se debe de reconocer, como ha hecho la SUBDIC, la condición de interesado en este expediente a TRAVIESO. Este Pleno no puede poner en duda que existe un interés legítimo de TRAVIESO en el procedimiento ya que como señala expresamente el TSX de Galicia, puede sufrir un perjuicio económico directo con el resultado de la resolución que se apruebe y porque, como también reconoce el TSX de Galicia, ha sido considerado como una parte más del expediente administrativo.

2.7.- Procedencia o improcedencia de la admisión del recurso

De acuerdo con el art. 47 LDC para determinar si procede o no la admisión del recurso sera necesario verificar si el Acuerdo de la SUBDIC de concesión de la condición de interesado en el expediente a TRAVIESO ha causado indefensión o un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente.

2.7.1. Inexistencia de indefensión

Como hemos visto, considera ALSA que el acuerdo de la SUBDIC de fecha 7 de noviembre de 2023, por el que se reconoció la condición de interesado, para todos los efectos legales, a la denunciante TRAVIESO carece de cualquier tipo de motivación lo que no le permite articular adecuadamente sus medio de defensa lo que le produce indefensión y que “cualquier información que pudiera aportar TRAVIESO en el curso del procedimiento deviene de una mayor relevancia d ella que le debiera corresponder, cercenando el derecho de ALSA un proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24 CE”.

Como ya hemos señalado en otras Resoluciones, 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 artículo 47 de la LDC es reiterada y constante, basándose en todos los casos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) sobre el artículo 24 de la Constitución. En este sentido, podemos citar la Resolución de 10 de diciembre de 2009 (Expte. R/0029/09, ECOVIDRIO) en la que, ante la alegación de indefensión en un recurso del artículo 47, la CNMC 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 artículo 24.1 de la Constitución Española es solo 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 término reales y efectivos o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa”.

En otra Resolución de la CNMC de 8 de marzo de 2023 (Expediente CEPESA R/AJ/141/22), ante un recurso del artículo 47 de la LDC en el que se alegó indefensión, se señaló 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. En estos mismos términos se vuelve a expresar la Sala de Competencia de la CNMC en las recientes Resoluciones de 7 de junio de 2023 (Expediente LAS SOCIEDADES II, R/AJ/040/23) y de 27 de septiembre de 2023 (Expediente ENDESA SA. Y OTRAS, R/AJ/058/23).

La sentencia del Tribunal Constitucional 15/1995, de 24 de enero de 1995, al determinar lo que se debe de entender como 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 artículo 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 adecuadas 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 (...).”

Esta misma idea se reitera por el TC entre otras en la su Sentencia 210/1999, de 29 de noviembre en su Fundamento jurídico 3 al declarar que:

“En efecto, hemos dicho reiteradamente que la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, en general, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa, eliminando o limitando su potestad, bien de alegar derechos e intereses para que le sean reconocidos, o bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción (por todas SSTC 89/1986, fundamento jurídico 2.º o 145/1990, fundamento jurídico 3.º), y que esta indefensión ha de tener un carácter material y no



meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (SSTC 90/1988, fundamento jurídico2.º y 26/1999, fundamento jurídico3.º)”

Es decir, la indefensión a la que se refiere el artículo 24 de la Constitución Española es solo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa y que, siguiendo de nuevo la jurisprudencia Constitucional, *“no puede afirmarse que se haya producido indefensión si ha existido posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos”* (Sentencia del TC 98/1987, Fundamento Jurídico 3). Y por ello señala que *“(…) lo constitucionalmente decisivo desde las coordinadas procesales esenciales que exige el art. 24 C.E., es si el sujeto ha podido alegar y probar lo que estimase por conveniente en relación con todos los aspectos esenciales del conflicto en el que se halla inmerso y que van a ser objeto de pronunciamiento judicial.”* (Sentencia del TC 144/1996, Fundamento Jurídico 4).

Así pues, la indefensión se produce cuando el interesado no ha tenido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos o cuando se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa.

Examinado el contenido de este recurso, ALSA alega indefensión ya que el Acuerdo de reconocimiento de la condición de interesado de TRAVIESO considera que carece de cualquier tipo motivación y, citando jurisprudencia, señala que *“(…) la falta de motivación de un acto administrativo produce indefensión cuando los afectados no pueden conocer las razones o motivos que han llevado a la Administración a resolver de una manera concreta y no pueden articular adecuadamente sus medios de defensa”* (p. 13 del escrito de recurso de ALSA). Y que *“(…) cualquier información que pudiera aportar TRAVIESO en el curso del procedimiento deviene de una mayor relevancia de*

la que le debiera corresponder, cercenando el derecho de ALSA un proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24 CE” (p. 13 del escrito de recurso de ALSA).

Hay que señalar que una vez incoado el expediente sancionador, la empresa ALSA disfruta de todos los derechos que se le reconocen la normativa durante la fase de instrucción del expediente de tal manera dispondrá y podrá ejercer los tramites de alegación y prueba en un procedimiento tramitado de acuerdo con la ley, como, por ejemplo, la posibilidad de plantear este segundo recurso por la vía del art. 47 de la LDC. En este sentido, ejercicio de la capacidad de ALSA de defenderse en términos reales y efectivos sin menoscabo del derecho de defensa, se manifiesta en el Acuerdo de incoación al indicar el instructor a ALSA que:

“A lo largo de la instrucción las partes y los interesados podrán formular alegaciones y proponer la práctica de las pruebas que estimen pertinentes, así como acceder al expediente y obtener copias individualizadas de los documentos que lo integran - fuera de los secretos comerciales de otros interesados o de terceros, y de cualquiera otra información confidencial- en los términos previstos en los artículos 31 y 32 del RLDC”

Como hemos manifestado en otras Resoluciones (Resolución RA 8/2023 ACUERDO INCOACIÓN 2 ALSA en el Expediente Transporte de viajeros por carretera 2: UTES) la finalidad de la instrucción es la de “determinación de los hechos que servirán de fundamento a la resolución en cuya tramitación habrá de ser observado el procedimiento que constituye no solo una garantía para los interesados sino también para el acierto en la resolución que se dicte y dicha instrucción finalizará con el cierre de la fase de instrucción previsto en el art. 33.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia y que será notificada a los interesados.”

Este es el segundo recurso que por la vía del art. 47 LDC presenta ante este Pleno ALSA en un expediente incoado el 23 de octubre de 2023, lo que pone de manifiesto que no ha habido, en ningún momento, limitación de su derecho de defensa y, por tanto, la recurrente ha podido defenderse en términos reales y efectivos.

Partiendo de que este Pleno ya ha manifestado que la condición de interesado de TRAVIESO en este expediente está plenamente justificada, no parece que la consideración de la falta de motivación que, a juicio de ALSA, pudiera existir en la atribución de la condición de interesado en el Expediente sancionador de TRAVIESO, pudiera mermar el derecho de ALSA en el ejercicio de sus derechos de defensa. Además como hemos visto, en el reconocimiento por la SUBDIC de la condición de interesado de TRAVIESO se ha seguido la tramitación establecida en la normativa y se han explicado en esta Resolución las razones que han justificado la existencia de interés legítimo de TRAVIESO en el expediente, avalado por la valoración que del mismo ha realizado el TSX de Galicia en su sentencia de fecha 10 de marzo de 2023. Para que exista indefensión es necesaria, como hemos visto, *“una privación, limitación, menoscabo o negación real, efectiva y actual del derecho de defensa, nunca potencial o abstracta, esto es, una indefensión material”* (STC 15/1995 de 24 de enero de 1995) (Énfasis añadido)

Tampoco puede apreciar indefensión por la razón de que la *“(...) información que pudiera aportar TRAVIESO en el curso del procedimiento deviene de una mayor relevancia de la que le debiera corresponder, cercenando el derecho de ALSA un proceso con todas las garantías consagrado en el artículo 24 CE”* como señala ALSA ya que la indefensión a la que se refiere el artículo 24 de la Constitución Española es solo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa lo que no puede apreciarse por la atribución a TRAVIESO de la condición de interesado, teniendo en



cuenta que la citada sentencia del TSX de Galicia de 10 de marzo de 2023 señala que la presencia de esa empresa está justificada en el interés en que “(...) *se desarrolle una actividad de investigación para comprobar si se ha producido una conducta irregular por parte de las adjudicatarias del concurso (Alsa-Monbus) y la administración adjudicante (DXM).*”

Por estos motivos debe de rechazarse esta alegación.

2.7.2. Inexistencia de perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos

El Tribunal Constitucional entiende como perjuicio irreparable “*aquel que provoque el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración*” (por todos, ATC 79/2009, de 9 de marzo de Fundamento Jurídico 1º).

Señala ALSA en su escrito de recurso, que el acuerdo de la SUBDIC de 7 de noviembre de 2023 por el que se reconoció, para todos los efectos legales, la condición de interesado a la denunciante TRAVIESO le causa los siguientes perjuicios irreparables a sus derechos o intereses legítimos:

- a) Que TRAVIESO, por ser interesado, tiene acceso al expediente administrativo (p. 11 y 12 del escrito de recurso de ALSA).
- b) Que el acceso al expediente implicará la posibilidad de TRAVIESO de acceder a información confidencial de ALSA. Así señala que “*El simple acceso a dicha información confidencial por parte de TRAVIESO es suficiente para producir un perjuicio irreparable a ALSA además de al resto de empresas investigadas*” (p. 11 del escrito de recurso de ALSA).
- c) Que nada impediría a la empresa TRAVIESO “*(...) divulgar información confidencial y secretos comerciales de ALSA a sus supuestos clientes activos en el sector,*

precisamente, con el objetivo de volver a ser contratada por ellos.” (p. 12 del escrito de recurso de ALSA).

Considera, por tanto, que el reconocimiento de la condición de interesado a TRAVIESO implica a ALSA un perjuicio irreparable a sus derechos o intereses legítimos en la medida en que podría facilitar a esa empresa acceso a información confidencial y secretos de negocio de ALSA.

La legislación de materia competencia española prevé un régimen específico de acceso a la información que es diferente del derecho general de acceso a la información pública, archivos y registros, previsto en el artículo 13 d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Y así, en este sentido, tanto la LDC como el RDC establecen instrumentos para que la CGC, como autoridad de competencia, pueda declarar la confidencialidad de datos o documentos durante la tramitación de los expedientes sancionadores. El art. 42 de la LDC dispone que en cualquier momento del procedimiento,

“(...) se podrá ordenar, de oficio o a instancia de parte, que se mantengan secretos los datos o documentos que se consideren confidenciales, formando con ellos pieza separada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 18 y en el Reglamento (CE) n.º 1/2003, de 16 de diciembre de 2002.”

El Ordenamiento Jurídico español establece una amplia y rigurosa protección de los secretos comerciales de las empresas, para evitar que se produzcan revelaciones de los mismos en contra de la voluntad de esos operadores, y de ahí la regulación que, en relación con expedientes que conocen las autoridades de competencia, esta prevista en el referido art. 42 de la LDC. Tan intensa es la protección que no podemos tampoco

olvidar que el Código Penal castiga dicha revelación como delito en el art. 1999 dando a esta categoría la máxima protección que el Ordenamiento dispensa.

De acuerdo con lo anterior, los investigados podrán pedir la declaración de confidencialidad de aquello que considere como secreto de negocio, sobre la cual deberá pronunciarse la CGC. Como afirma el TS⁴

“La declaración de confidencialidad está reservada por el Ordenamiento Jurídico a unos organismos (el Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia) configurados conforme a un status de autonomía funcional y dotados de amplios conocimientos para valorar cuestiones técnicamente complejas, en las que confluyen multitud de factores que afectan no solo a las partes en el proceso sino también a terceros e incluso a sectores completos de la actividad económica.”

En el mismo sentido el Auto del TS de 5 de octubre de 2006 (ATS 47/2006).

En la medida en que el concepto “confidencial” es un concepto jurídico indeterminado, habrá que examinar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para considerar si una documentación o dato tiene o no ese carácter. Es decir, no porque alguna de las empresas investigadas considere que determinados datos o documentos tiene la consideración de confidenciales va a ser bastante para ser calificados como tales y, por ese motivo, ser excluidos del conocimiento por el resto de los interesados o partes en el expediente. El proceso de valoración de dicho carácter confidencial deberá de realizarlo la CGC ponderando no solo la protección de los secretos de la empresa sino también otros principios y derechos que son también tutelables. Como señala la CNMC

⁴ Auto del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2007 (ATS 699/2007).

en su Resolución de 14 de septiembre de 2021 dictada en el expediente R/AJ/104/21
LEADIANT BIOSCIENCES LTD

“(...) De este modo, la LDC contempla la posibilidad de que las partes en un procedimiento puedan solicitar la confidencialidad de determinada información obrante en un expediente. No obstante, ello no constituye un principio absoluto ni un derecho de la recurrente. Habrá que atender a las circunstancias de cada caso para concretar el carácter confidencial o no de determinada información.”

Por ello la confidencialidad no puede convertirse en un impedimento para la investigación y averiguación de los hechos y la calificación de las conductas practicadas, por lo que no procedería declarar confidencial aquellos datos o documentación que contuviese información necesaria para probar los hechos que fueran objeto del expediente, ya que otorgarle la condición de confidencialidad podría causar a los investigados indefensión o vulnerar sus intereses legítimos.

Pero también hay que tener en cuenta, como señala la CNMC, que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 43 de la LDC, *“(...) la información contenida en un expediente sancionador, aun declarada no confidencial, solo es accesible a los interesados en el expediente, por lo que no existe peligro de divulgación de dicha información, pues el hecho de no declarar su confidencialidad no significa que esta adquiera carácter público, dado que no puede ser conocida por terceros ajenos al expediente y, además, sobre todos los interesados pesa el deber de secreto, como ha señalado esta Sala “⁵.* También hay que recordar que es posible declarar la confidencialidad respecto de algunos de los interesados en el expediente sin que afecte a aquellos otros a los que dicha declaración pudiera llegar a producir indefensión.

⁵ Resolución de la CNMC de 16 de febrero de 2021 dictada en el expediente R/AJ/107/20 CORREOS

ALSA, en el supuesto de considerar que alguno de sus datos o documentación facilitada tengan la consideración de secretos de negocio, podrá pedir su declaración de confidencialidad que impedirá el conocimiento de esos datos por otros interesados en el expediente. En este mismo sentido, el acuerdo de incoación del expediente aprobado por la SUBDIC con fecha 23 de octubre de 2023 informa que:

“A lo largo de la instrucción las partes y los interesados podrán formular alegaciones y proponer la práctica de las pruebas que estimen pertinentes, así como acceder al expediente y obtener copias individualizadas de los documentos que lo integran - fuera de los secretos comerciales de otros interesados o de terceros, y de cualquiera otra información confidencial- en los términos previstos en los artículos 31 y 32 del RLDC.”

Pero debemos de volver a reiterar que presentada la solicitud de declaración de confidencialidad sera objeto de valoración por la autoridad de competencia que examinará si la misma reúne determinados requisitos para poder entender que esa documentación constituye un secreto de negocio y, por tanto, pueda ser declarada confidencial. A modo de ejemplo, la CNMC señala como criterios acumulativos que en su opinión deberá reunir esos datos o documentación, los siguientes⁶:

- i) que sea conocida únicamente por un reducido número de personas,
- ii) que su divulgación podría causar un grave perjuicio y
- iii) que los intereses que pudieran verse afectados por la divulgación de la información son, objetivamente, dignos de protección

⁶ CNMC “Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007.” 4 de junio de 2020



Por tanto, aunque ALSA pueda considerar ciertos datos o documentos como secretos de negocio, pueden no tener tal consideración⁷ y no declararlos como tales aquellos organismos que, como señala el TS, están “(...) *configurados conforme a un status de autonomía funcional y dotados de amplios conocimientos para valorar cuestiones técnicamente complejas, en las que confluyen multitud de factores que afectan no solo a las partes en el proceso sino también a terceros e incluso a sectores completos de la actividad económica.*”⁸ En caso de que verdaderamente lo fuesen, podrán ser declarados confidenciales por la autoridad de competencia, por lo quedarán vedado su conocimiento por TRAVIESO como interesado en el expediente.

Alega ALSA la probabilidad de que TRAVIESO pueda “(...) *divulgar información confidencial y secretos comerciales de ALSA a sus supuestos clientes activos en el sector, precisamente, con el objetivo de volver a ser contratada por ellos.*” y lo justifica como razón de la existencia de un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos para admitir este recurso del art. 47 LDC.

Hemos examinado ahora las previsiones de la LDC para proteger los secretos comerciales en los expedientes de defensa de la competencia y la posibilidad de ALSA, como del resto de investigados, de solicitar la declaración de confidencialidad de esos datos o documentación. Pero además hay que tener en cuenta que la LDC regula en su art. 43 el deber de secreto al señalar que

“1. Todos los que tomen parte en la tramitación de expedientes previstos en esta Ley o que conozcan tales expedientes por razón de profesión, cargo o

⁷ Como por ejemplo pueden ser datos depositados en registros público como pueden ser el Registro Mercantil o base de datos accesibles mediante pago como ARDAN, datos sobre licitaciones públicas o difundidos por la propias empresas,

⁸ Auto del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2007 (ATS 699/2007), Auto del TS de 5 de octubre de 2006 (ATS 47/2006)

intervención como parte, deberán guardar secreto sobre los hechos de que hayan tenido conocimiento a través de ellos y de cuantas informaciones de naturaleza confidencial hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus cargos, incluso después de cesar en sus funciones.

2. Sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles que pudieran corresponder, la violación del deber de secreto se considerará siempre falta disciplinaria muy grave.

Hemos visto también que es tan intensa esta protección de los secretos comerciales que el Código Penal castiga dicha revelación como delito en su art. 1999.

Por todo lo anterior este Pleno no puede apreciar la existencia de perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de ALSA en el acuerdo de la SUBDIC de 7 de noviembre de 2023 por el que se reconoció la condición de interesado, para todos los efectos legales, a la denunciante TRAVIESO.

Por todos 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 Galega da Competencia

HA RESUELTO

Desestimar el recurso presentado por ALSA GRUPO, S.L., contra el Acuerdo de la Subdirección de Investigación de la Comisión Galega da Competencia de 7 de noviembre de 2023, por el que se reconoció la condición de interesado, para todos los efectos legales, a la denunciante TRAVIESO SOFTWARE TRANSPORTE DE VIAJEROS S.L. en el Expediente S 1/2023 *Transporte de viajeros por carretera 2: UTES*.

Comuníquese esta Resolución a la Subdirección General de Investigación de la Comisión Galega da 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.