



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

RESOLUCIÓN

Expte. R/AJ/073/20, FERIMET

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D^a. Cani Fernández Vicién

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 8 de septiembre de 2020

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución por la que se resuelve el recurso interpuesto por FERIMET, S.L. contra el requerimiento de información efectuado por la Dirección de Competencia de la CNMC el día 28 de julio de 2020 en el marco del expediente S/0012/19 CHATARRA Y ACERO.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 20 de julio de 2020, la DC dictó acuerdo de incoación del expediente S/0012/19 Chatarra y Acero. En el mismo fue incoada FERIMET, entre otras empresas, por posibles prácticas anticompetitivas prohibidas del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), consistentes en acuerdos para el intercambio de información comercialmente sensible y estratégica entre empresas fabricantes y/o comercializadoras de productos finales de acero al carbono, relativa tanto a la compra de chatarra férrea como a la venta de productos finales de acero al carbono, en especial, de productos largos, en España.
2. El 28 de julio de 2020, la Dirección de Competencia (DC) efectuó un requerimiento de información a FERIMET, notificado el día 5 de agosto de 2020, de acuerdo con los artículos 39.1 y 50.1 de la LDC, en el que solicitó a la recurrente información relativa a: (i) su objeto social, (ii) su estructura, (iii) organigrama, (iv) proceso de toma de decisiones, (v) funcionamiento del mercado de compra de chatarra para la producción de acero, (vi) su volumen de negocios total y volumen de negocios en dicho mercado en 2019, e (vii) información sobre su posible pertenencia a alguna asociación del sector siderúrgico.

3. El 17 de agosto de 2020 tuvo entrada en la CNMC recurso interpuesto por FERIMET, basado en lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra el requerimiento de información realizado por la DC el 28 de julio de 2020 en el marco del expediente S/0012/19 CHATARRA Y ACERO.
4. El 21 de agosto de 2020, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el recurso interpuesto por FERIMET.
5. El 25 de agosto 2020, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso. En dicho informe, la DC propuso que se declarara la inadmisión a trámite o, en su defecto, se desestimara el recurso interpuesto.
6. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 8 de septiembre de 2020.
7. Es interesada en este expediente de recurso: FERIMET, S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones de la recurrente

FERIMET promueve el recurso sobre el que versa la presente resolución, bajo su entendimiento de que se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC contra el requerimiento de información efectuado por la DC el día 28 de julio de 2020 en el marco del expediente S/0012/19 CHATARRA Y ACERO, pese a que en el mismo requerimiento se indica que no cabe recurso contra el mismo por tratarse de un acto de trámite que no cumple con los requisitos del artículo 47 de la LDC,

FERIMET alega que dicho requerimiento constituye un acto susceptible de producir indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos en la medida en que se trata de un acto inmediatamente ejecutivo cuyo incumplimiento le podría acarrear la imposición de una multa pecuniaria de hasta 12.000 euros o la apertura de un procedimiento sancionador.

En relación con el fondo del asunto, la recurrente alega que no le resulta aplicable el deber de colaboración recogido en el artículo 39 de la LDC, sobre el que la DC fundamenta su requerimiento, dado que el mismo viene referido a aquéllos que ostenten la condición de terceros y, con la apertura del expediente sancionador, FERIMET ha pasado a ostentar la condición de interesada en el mismo.

Asimismo, alega que la invocación por parte de la DC del artículo 50 de la LDC en el requerimiento recurrido implica que éste se realiza con la finalidad de poder determinar

la responsabilidad de FERIMET en los hechos. Por ello, entiende que las declaraciones y respuestas de FERIMET, en el seno del procedimiento sancionador, conseguidas por medio de un requerimiento realizado bajo la amenaza de multas coercitivas y sanción, constituye una violación del derecho a no declarar contra sí misma y no declararse culpable, reconocido en los artículos 24.2 de la Constitución Española (CE) y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

No obstante, FERIMET contesta al requerimiento en documento adjunto a su escrito de recurso, aunque bajo la advertencia de que lo hace coaccionada por la amenaza de multa y de sanción, y sin prestar su consentimiento para que esa información pueda ser usada contra ella en el marco del expediente sancionador.

La recurrente solicita, pues, al Consejo de la CNMC, que estime el recurso y deje sin efecto el requerimiento de la DC de 28 de julio de 2020.

La DC, por su parte, propone la inadmisión del recurso, o, en su defecto, su desestimación en la medida en que el mismo no ha dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.

SEGUNDO.- Naturaleza del recurso interpuesto

El artículo 47 LDC prevé la posibilidad de presentar recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción, estableciendo que:

"Las resoluciones y actos dictados 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."

No obstante, dicho recurso sólo resulta admisible en relación con las resoluciones y actos dictados por la DC que sean susceptibles de producir indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 confirma este extremo y advierte de que los motivos de impugnación frente a actuaciones de la DC 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:

"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".

TERCERO.- Inadmisión del recurso por no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 47 de la LDC

3.1. Sobre la condición de acto de trámite del requerimiento de información recurrido

El Consejo de la CNMC¹ ha reiterado que la posible vulneración del artículo 24 de la CE no podrá invocarse en relación con actos de mero trámite, en consonancia con la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas su Sentencia de 7 de febrero de 2007 (6456/2002):

“tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE sólo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador.

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

Ninguna de las dos condiciones exigidas por la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo se puede apreciar en el presente supuesto: no nos encontramos ante un acto definitivo ni tampoco ante un acto con contenido sancionador.

En relación con la diferenciación entre actos de trámite y actos definitivos se pronuncia el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de noviembre de 2014 (recurso 4041/2011):

“La doctrina y la jurisprudencia dictada en relación con la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) han establecido que para determinar si un acto es o no de trámite, hay que examinar el contenido real del mismo y los efectos jurídicos que se derivan de dicho acto administrativo: no puede olvidarse que tanto en la regulación del procedimiento administrativo común como en la del procedimiento ante la Comisión de Defensa de la Competencia, los actos de trámite son recurribles, en su caso, con la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo”.

Finalmente, sobre la calificación de los requerimientos de información, también se ha pronunciado el Tribunal Supremo en diversas ocasiones. Cabe destacar su reciente Sentencia de 4 de julio de 2020 (recurso de casación 1228/2019), en la que pone de manifiesto el carácter casuístico de la cuestión y la necesidad de llevar a cabo un examen particularizado de las circunstancias que concurren en el requerimiento de información,

¹ Resoluciones del Consejo de la CNMC de 26 de julio de 2018 R/AJ/050/18 ECOIMSA/GTMA, R/AJ/051/18 IRMASOL, R/AJ/052/18 RECYPILAS

en especial las relativas al objeto y extensión del mismo para determinar si estamos ante un acto de trámite que puede ser objeto de impugnación autónoma.

Pues bien, una vez analizado el contenido del requerimiento de información de 28 de julio de 2020, cabe señalar que el mismo se limita a solicitar información sobre la empresa (objeto social, estructura, organigrama, proceso de toma de decisiones, volumen de negocios e información sobre su pertenencia a alguna asociación del sector siderúrgico) y sobre el mercado investigado (funcionamiento del mercado de compra de chatarra para la producción de acero), sin hacer referencia en ningún momento a los hechos investigados ni a una eventual participación en ellos de la recurrente. Su objeto es simplemente proporcionar a la DC un mayor conocimiento del mercado investigado y de las empresas activas en el mismo a los efectos de valorar adecuadamente los hechos que resulten acreditados en el expediente. Dicho requerimiento forma parte del conjunto de actos que tienen como finalidad preparar la resolución final.

A la vista del concreto objeto y extensión del requerimiento, y siguiendo la doctrina que se deriva de la reciente sentencia del TS y tomando además en consideración que el mismo se inserta en un procedimiento ya iniciado y cuyas consecuencias serán en su caso relevantes cuando se dicte resolución en el procedimiento sancionador, esta Sala concluye que no estamos ante un acto de trámite que decide directamente o indirectamente sobre el fondo del asunto y tampoco tiene por objeto la obtención de pruebas sobre la participación o responsabilidad de FERIMET en la conducta investigada.

3.2. Sobre la ausencia de indefensión y/o perjuicio irreparable

De conformidad con lo expuesto en el apartado anterior y tratándose, por tanto, de un acto de trámite, para que pudiera admitirse el recurso de la recurrente en relación con el requerimiento de información de 28 de julio de 2020, FERIMET debería acreditar la concurrencia de alguna de las circunstancias en las que la LDC ha previsto la posibilidad de impugnar un acto de trámite, esto es: *"que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos"*.

FERIMET alega en su escrito de recurso la concurrencia tanto de indefensión como de perjuicio irreparable.

Así, señala que el requerimiento de información de 28 de julio de 2020 constituye un acto susceptible de producir indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos en la medida en que se trata de un acto inmediatamente ejecutivo cuyo incumplimiento le podría acarrear la imposición de una multa pecuniaria de hasta 12.000 euros o la apertura de un procedimiento sancionador.

En relación con ello, la recurrente alega que no le resulta aplicable el deber de colaboración recogido en el artículo 39 de la LDC, sobre el que la DC fundamenta su requerimiento, dado que el mismo viene referido a aquéllos que ostenten la condición de terceros y, con la apertura del expediente sancionador, FERIMET ha pasado a ostentar la condición de interesada en el mismo.

Asimismo, alega que la invocación por parte de la DC del artículo 50 de la LDC en el requerimiento recurrido implica que éste se realiza con la finalidad de poder determinar la responsabilidad de FERIMET en los hechos. Por ello, entiende que las declaraciones y respuestas de FERIMET, en el seno del procedimiento sancionador, conseguidas por medio de un requerimiento realizado bajo la amenaza de multas coercitivas y sanción, constituye una violación del derecho a no declarar contra sí misma y no declararse culpable, reconocido en los artículos 24.2 de la Constitución Española (CE) y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

- **Sobre la ausencia de indefensión**

En relación con el concepto de indefensión, deviene en necesario recordar que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional:

"El Tribunal Constitucional tiene establecido que por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento, toda vez que las garantías consagradas en el artículo 24.1 de la Constitución Española son también aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses" señalando que "la indefensión supone una limitación de los medios de defensa producida por la indebida actuación de los órganos correspondientes". Es decir, que la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 CE es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa. Estima, por tanto, la Jurisprudencia Constitucional que: "no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (STC 71/1984, 64/1986)".

Tal y como dispone el artículo 50 de la LDC, los actos de instrucción se practicarán en orden a esclarecer los hechos y la determinación de responsabilidades sobre los que deba pronunciarse la resolución. La invocación de dicho precepto por la DC en el requerimiento de 28 de julio de 2020 que se recurre no supone la imputación de ninguna responsabilidad a FERIMET.

Para el ejercicio de estas funciones de instrucción, la DC dispone de una serie de facultades otorgadas por una norma con rango de ley, la LDC. Dentro de esas facultades se encuentra el deber de colaboración e información de *"toda persona física o jurídica"*, que implica la obligación de las mismas de proporcionar, a requerimiento de la CNMC, *"toda clase de datos e informaciones de que dispongan y que puedan resultar necesarias"* para la aplicación de la LDC, regulado en el artículo 39 de la LDC. El precepto es claro al respecto, *"todas"* las personas físicas y jurídicas están obligadas a facilitar la información que solicite la CNMC, sin distinción alguna de la condición que ostentan en el seno del procedimiento sancionador, en contra de lo que la recurrente alega. En este mismo sentido se manifiesta el artículo 18 de la Ley 39/2015 que dispone expresamente que *"Las personas colaborarán con la Administración en los términos previstos en la Ley que en cada caso resulte aplicable"*, en este caso, la LDC. Por tanto, durante la fase de instrucción de un procedimiento sancionador, la DC ostenta la facultad

de requerir información a los interesados en el expediente o a terceros, estando éstos obligados a facilitársela.

Ha de tenerse presente que la incoación de un procedimiento sancionador no puede suponer una limitación del alcance de las potestades reconocidas a la CNMC. FERIMET queda obligada, pues, a facilitar a la DC la información que ésta le ha requerido, al margen de que ahora sea interesada en el procedimiento sancionador tras haber sido incoada.

En lo que se refiere a la alegada violación del derecho a no declarar contra sí misma, el presupuesto necesario para considerar vulnerado el derecho constitucional es que la administración, a través de medios coercitivos, obligue a la persona requerida a declarar contra sí misma o a declararse culpable del ilícito investigado².

Los tribunales de la Unión Europea vienen señalando que el derecho a guardar silencio solo puede reconocerse a una empresa destinataria de un requerimiento de información, en la medida en que se viera obligada a dar respuestas que implicaran *“admitir la existencia de la infracción cuya existencia debe ser probada por la Comisión. En efecto, el reconocimiento de un derecho absoluto a guardar silencio excedería de lo que es necesario para preservar los derechos de defensa de las empresas y constituiría un obstáculo injustificado para el cumplimiento, por parte de la Comisión, de la misión de velar por el respeto de las normas sobre la competencia en el mercado común”*³.

En este sentido, el análisis del requerimiento de información permite concluir que no estamos ante una obligación consistente en aportar información auto inculpatoria, toda vez que, como ya se ha indicado, la información solicitada, parte de ella de carácter público, se refiere a cuestiones relativas a la estructura y gestión de la empresa, actividad que desarrolla, volumen de negocios, e información sobre el mercado en el que opera, por lo que no tiene el potencial valor para ser utilizada como un elemento de juicio en la valoración de las conductas y la responsabilidad de la empresa en la comisión de la infracción.

La propia recurrente reconoce en su escrito de recurso la ausencia de *“contenido exactamente incriminatorio”* en la información solicitada, si bien indica que *“su contestación puede suponer la aceptación o asunción de una serie de cuestiones de las que, posteriormente, puede llegar a establecerse, aun de forma artificiosa, la responsabilidad”*.

Esta aseveración realizada por la propia recurrente pone de relieve, por un lado, la falta de justificación por parte de la misma del valor auto inculpatario de la información facilitada. La citada empresa no concreta de qué manera esa información requerida podría ser usada por la DC para imputarle responsabilidad por las conductas investigadas. Por otro lado, el hecho de que no pueda concretar el valor de la información y se refiera a un uso incierto de la misma por parte de la DC en el marco del

² Por todas, Sentencia del TC número 197/1995, de 21 de diciembre.

³ STPI de 20 de febrero de 2001, asunto T-112/98, *Mannesmannrohen-Werke AG contra Comisión*.

procedimiento sancionador, evita poder considerar la concurrencia de una indefensión material, y esta es una condición necesaria para considerar vulnerado el artículo 24 de la CE⁴.

En todo caso, y atendiendo a la afectación que la citada información pudiera provocar en la esfera de la empresa recurrente, ésta siempre dispondrá de todos los medios legales para poder ejercer su derecho de defensa en el marco del procedimiento sancionador y posteriormente en ámbito judicial.

Como ha señalado el TPI en la sentencia citada *“nada impide que el destinatario demuestre posteriormente, en el marco del procedimiento administrativo o durante un procedimiento ante el Juez comunitario, en el ejercicio de su derecho de defensa, que los hechos expuestos en sus respuestas o los documentos comunicados tienen un significado distinto al que les ha dado la Comisión”*.

En consecuencia, el requerimiento de información recurrido no constituye una violación del derecho a no declarar contra sí misma ni tampoco a no declararse culpable, reconocido en los artículos 24.2 de la Constitución Española (CE) y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), en contra de lo que alega la recurrente.

- **Sobre la ausencia de perjuicio irreparable**

El Tribunal Constitucional viene entendiendo por perjuicio irreparable *“aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración”* (por todas, ATC 79/2009, de 9 de marzo de 2009).

La recurrente alega que se encuentra obligada a contestar al requerimiento toda vez que la falta de contestación al mismo podría conllevarle la imposición de una multa pecuniaria de hasta 12.000 euros o la apertura de un expediente sancionador.

En relación con esta cuestión cabe señalar que la multa coercitiva es una medida de ejecución forzosa reconocida en el ordenamiento jurídico español a las administraciones públicas para la ejecución de determinados actos. El artículo 103 de la Ley 39/2015 dispone que habrán de ser previstas por las leyes, recogiendo la LDC en su artículo 67 de la LDC. En dichos preceptos se reconoce expresamente que será independiente de las sanciones que se puedan imponer. Así, mientras la multa sancionadora tiene carácter represivo y se dicta como consecuencia de una infracción del ordenamiento jurídico, la multa coercitiva busca forzar el cumplimiento de una obligación. Esta diferenciación viene reflejada en la LDC a través de la regulación de ambas figuras en preceptos diferentes: las sanciones en los artículos 62 a 64 de la LDC y las multas coercitivas en el artículo 67 de la citada norma.

El propio TC ha señalado que no puede decirse que se restrinja el contenido de la garantía del artículo 24.2 CE cuando la ley exige un deber de colaboración, a cuyo fin

⁴ Por todas, Sentencia del TC número 233/2005, de 26 de septiembre.

permite la imposición de la sanción coercitiva prevista por la norma legal correspondiente. Esta limitación es, por tanto, conforme con la CE, en cuanto no priva del contenido al derecho y es justificable en atención a la finalidad de prohibir el abuso del derecho por parte del particular sometido a una investigación

El requerimiento de información, por tanto, cuyo contenido no tiene carácter sancionador no puede tener capacidad para producir un perjuicio irreparable a la recurrente. Cabe recordar, como ya señaló la extinta CNC⁵, que no puede interponerse un recurso administrativo con carácter preventivo en orden a posibles riesgos hipotéticos o futuros que se desconocen si tendrán o no lugar. No puede considerarse, pues, que la mera remisión de la información recurrida puede ser generadora de un perjuicio real y actual porque: (i) la recurrente está anticipando el resultado final del procedimiento consistente en la imposición de una multa que no se sabe si llegará a producirse; (ii) en caso de imponerse una multa sancionadora, el origen de ésta lo constituirán los hechos acreditados, no la información requerida a FERIMET; (iii) la naturaleza de la información requerida impide considerar su remisión como la imposición a la recurrente de una obligación de posicionarse sobre cuestiones que puedan ser determinantes de una sanción.

La multa coercitiva no se impone automáticamente sino que su importe se determinará una vez se haya constatado el incumplimiento del requerimiento de información.

El hecho de que la empresa haya dado respuesta al requerimiento de información permite considerar que no se ha activado, por parte de la administración, la medida de ejecución forzosa, por lo que tampoco se ha generado un perjuicio real para FERIMET.

Por tanto, habiendo constado que el requerimiento de la DC de 28 de julio de 2020 constituye un mero acto de trámite no recurrible por no ser capaz de producir por sí mismo ni indefensión, por cuanto no es definitivo, no decide sobre el fondo del asunto, no tiene contenido sancionador dado que no prejuzga, no resuelve un procedimiento sancionador y no impide a la parte ejercer ulteriormente su derecho de defensa, ni producir perjuicio irreparable alguno a la recurrente, cabe inadmitir el recurso interpuesto por FERIMET. En estos términos ya se pronunció la extinta CNC en su Resolución de 2 de febrero de 20107:

“[...] los actos de instrucción examinados no son definitivos ni resuelven el procedimiento sancionador en que han sido dictados, siendo consecuencia necesaria de dicha apreciación que cualesquiera de las alegaciones que pudieran efectuarse denunciando la vulneración del derecho reconocido por el artículo 24 de la CE deban ser inadmitidas sin entrar en mayores consideraciones.”

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia,

⁵ Resolución de 2 de febrero de 2010, Expte. R/0032/09, TRANSITARIOS 6.

HA RESUELTO

ÚNICO.- Inadmitir el recurso interpuesto por FERIMET, S.L. contra el requerimiento de información de la DC de 28 de julio de 2020, realizado en el marco del expediente sancionador S/0012/19 CHATARRA Y ACERO.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.