

RESOLUCIÓN

SIDERÚRGICA SEVILLANA, S.A.

R/AJ/125/21

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 María Salas Prat

Secretario del Consejo

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 19 de enero de 2022.

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente R/AJ/125/21 SIDERÚRGICA SEVILLANA, S.A, por la que se resuelve el recurso administrativo interpuesto por SIDERÚRGICA SEVILLANA, S.A (en adelante **SISE**), al amparo del artículo 47 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (**LDC**), contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 2 de noviembre de 2021, por el que se procede al cierre de la fase de instrucción del expte. S/DC/0012/19 CHATARRA Y ACERO

I. ANTECEDENTES

1. El 20 de julio de 2020, la Dirección de Competencia incoó el expediente sancionador S/DC/0012/19 CHATARRA Y ACERO, contra catorce empresas, entre ellas la recurrente, por posibles prácticas anticompetitivas en los mercados de compra de chatarra férrica y de fabricación y comercialización de productos finales de acero al carbono, en especial, de productos largos.
2. El 2 de agosto de 2021, la DC notificó a las partes interesadas el Pliego de Concrección de Hechos, concediéndoles, de conformidad con el artículo 50.3 de la LDC, un plazo de 15 días para efectuar alegaciones y proponer, en su caso, las pruebas que considerasen adecuadas para el ejercicio de su derecho de defensa
3. Con fecha 13 de septiembre de 2021, previa ampliación del plazo solicitado por la recurrente, SISE presentó escrito de alegaciones al Pliego, siendo las mismas completadas el 17 de septiembre de 2021.
4. El 2 de noviembre de 2021, se dio traslado a SISE del Acuerdo de cierre de la fase de instrucción.
5. Con fecha 16 de noviembre de 2021, tuvo entrada en la CNMC recurso interpuesto por la representación de SISE, con base en el artículo 112 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 2 de noviembre de 2021.
6. Con fecha 16 de noviembre de 2021, conforme a lo indicado en el artículo 24 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 262/2008, de 22 de febrero (en adelante RDC), el Consejo de la CNMC remitió copia del recurso a la DC, para recabar su informe junto con la correspondiente copia del expediente.
7. El 23 de noviembre de 2021 la Dirección de Competencia emitió el preceptivo informe sobre el recurso.
8. El 30 de noviembre 2021, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó admitir a trámite el recurso de SISE y le concedió un plazo de 15 días para que, previo acceso al expediente, pudiera formular alegaciones.
9. El día 1 de diciembre de 2021, SISE tuvo acceso al expediente. La empresa no ha presentado alegaciones complementarias al informe de la DC.

10. La Sala de Competencia del Consejo de la CNMC deliberó y falló el asunto en su reunión de 19 de enero de 2022.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

1. Objeto y naturaleza del recurso

En la presente Resolución esta Sala de Competencia deberá pronunciarse sobre el recurso interpuesto por SISE contra el acuerdo de la Dirección de Competencia (DC) de 2 de noviembre de 2021, por el que se acuerda el cierre de la fase de instrucción del expte. S/DC/0012/19 CHATARRA Y ACERO.

Los recursos administrativos contra actos y resoluciones dictados por la Dirección de Competencia vienen regulados en el artículo 47 de la LDC que establece que:

“Las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días”.

La recurrente interpone su recurso contra el acuerdo de la DC de 2 de noviembre de 2021 al amparo del artículo 112.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Sin embargo debemos puntualizar que, de conformidad con el artículo 45 de la LDC, la aplicación de la LPAC tiene carácter supletorio quedando la aplicación de la LPAC reservada para aquello no previsto en la normativa de defensa de la competencia: *“Los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se regirán por lo dispuesto en esta Ley y su normativa de desarrollo y supletoriamente, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.*

La LDC contempla en el artículo 47 el cauce de impugnación de los actos y resoluciones de la Dirección de Investigación (actualmente Dirección de Competencia), que excluye la aplicación supletoria de la LPAC y en particular del artículo 112, como sostiene la recurrente. En este sentido, esta Sala de Competencia en su Resolución de 7 de febrero de 2014 (Expte R/DC/ 0013/14 Auditorías de Gestión) ha señalado que: *“Como explica la Audiencia Nacional en su sentencia de 18 de mayo de 2011: “El Tribunal Supremo en múltiples*

sentencias en las que se interpreta la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 al procedimiento administrativo de Defensa de la Competencia (entre otras las sentencias de 26-IV-2005, 11-X1-2005 y 24-15-2006) ha establecido que la supletoriedad de dicha ley en relación con la Ley de Defensa de la Competencia significa que es aplicable en lo que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la LDC". En esta misma línea, la Resolución de 7 de marzo de 2014 (Expte R/AJ/0055/15 Interesado en COPE/VOCENTO/PUNTO RADIO) ya afirmó que "los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se rigen por lo dispuesto en la LDC y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, siendo el artículo 47 de la LDC el que establece la regulación del recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI".

No estamos, pues, por tanto, ante los recursos regulados en la Ley 39/2015, 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. Dicho lo anterior, y teniendo en cuenta que el artículo 115.2 de la LPAC dispone que: "El error o la ausencia de la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter", el presente recurso se considera interpuesto al amparo de lo establecido en el artículo 47 de la LDC.

2. Motivos del recurso y Pretensiones de la recurrente.

La recurrente considera que el cierre de la fase de instrucción, sin la práctica de la prueba solicitada, ni pronunciamiento alguno al respecto, supone una denegación implícita de la prueba solicitada en sus escritos de alegaciones de fecha 13 y 17 de septiembre de 2021 en contestación al Pliego de Concreción de Hechos (PCH), causándole indefensión.

Alega SISE que las pruebas solicitadas permitirían corroborar la posición de SISE, formulada asimismo en el escrito de alegaciones, tanto en relación con el funcionamiento del mercado de compra de chatarra como en relación con el comportamiento de SISE en dicho mercado. Entiende, por tanto, que la inadmisión de la práctica de tal prueba causaría indefensión a SISE. Por todo ello, SISE solicita que se admita y practique la prueba solicitada.

3. Informe de la DC.

Frente a lo alegado por la recurrente, la DC considera en su informe de 23 de noviembre de 2021, que el acuerdo de 2 de noviembre de 2021 no es un acto susceptible de recurso y no concurren los requisitos de indefensión o perjuicio

irreparable exigidos por el artículo 47 de la LDC. Señala la DC que el acto por el que se cierra la fase de instrucción es un acto de trámite que señala el límite temporal a partir del cual la DC no entra ya a valorar las alegaciones o práctica de pruebas que se presenten con posterioridad al acto de cierre, y ello sin perjuicio de su posterior valoración ante la Sala de Competencia, tal y como establece el artículo 36 RDC.

La recurrente no ha presentado alegaciones complementarias al informe de la DC.

SEGUNDO.- Inadmisión del recurso por ausencia de los requisitos del artículo 47 de la LDC.

La primera cuestión a dilucidar, antes incluso de entrar a analizar el fondo del asunto, es si el Acuerdo por el que se procede al cierre de la fase de instrucción es, como pretende la recurrente, un acto administrativo recurrible ante el Consejo o si, por el contrario, no lo es y, por tanto, procede la inadmisión del recurso.

La base del recurso de SISE es la consideración de que el cierre de la fase de instrucción, sin la práctica de la prueba solicitada ni pronunciamiento alguno al respecto, supone una denegación implícita de la prueba solicitada en sus escritos de alegaciones de fecha 13 y 17 de septiembre de 2021 en contestación al Pliego de Concreción de Hechos (PCH), causándole indefensión.

Las pruebas cuya práctica se solicita por la recurrente son dos, concretamente: (i) documental consistente en que se tengan por reproducidos los documentos anejos a sus alegaciones al PCH y (ii) testifical de dos directivos, cuyos testimonios permitirían corroborar la posición de SISE, tanto en relación con el funcionamiento del mercado de compra de chatarra como en relación con el comportamiento de SISE en el mismo.

Tal y como establece el artículo 32.2 del RDC, contra la denegación de práctica de prueba no cabe recurso alguno. Ya en el propio Acuerdo de la DC objeto de recurso por SISE se señalaba que no cabía recurso alguno contra el mismo por ser un acto de mero trámite que no cumplía los requisitos previstos en el artículo 47 de la LDC, sin perjuicio de que su eventual oposición pudiera alegarse para su consideración en la resolución que pusiese fin al procedimiento y para la impugnación en el recurso contencioso-administrativo que, en su caso, se interpusiera contra la misma. Como se ha anticipado, conforme con este entendimiento, en la posterior valoración que el órgano instructor hace en su informe de 23 de noviembre de 2021, la DC se ratifica en dicha conclusión, considerando que el acuerdo controvertido no es susceptible de recurso.

La DC, para apoyar su tesis, recurre a la cita de varias resoluciones de la Autoridad de competencia recaídas en supuestos en los que el acto recurrido era asimismo el cierre de la instrucción, entre otras, Resoluciones de la CNC de 26 de marzo de 2009, Expte. R/0018/09 INPROVO; de 1 de diciembre de 2009, Expte. R/0031/09 Transitarios 5; de 2 de febrero de 2010, Expte R/0032/09 Transitarios 6; de 23 de marzo de 2011, Expte. R/0067/11 AISGE CINES; de 29 de octubre de 2012, Expte. S/0114/12 ATEIA-OLT y de 1 de julio de 2013, Expte R/0140/13, HERTZ ESPAÑA y Resolución de la CNMC de 17 de marzo de 2016, Expte R/AJ/019/16 SURGYPS que recoge y reproduce la doctrina anterior.

Este Consejo comparte el parecer de la DC y considera plenamente aplicables al presente recurso los argumentos expuestos en el fundamento de derecho segundo de la Resolución de 17 de marzo de 2016 (R/AJ/019/16 SURGYPS), en lo referido a la supuesta indefensión o perjuicio irreparable y en lo relativo al carácter del cierre de la fase de instrucción, que se reproducen a continuación:

*“En primer lugar, **respecto a la supuesta indefensión**, es necesario traer a colación la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas, su Sentencia de 7 de febrero de 2007, en la que se declara que "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", matizando que "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.*

Como ya se advertía en la Resolución de este Consejo de 2 de febrero de 2010 (Expte. R-0032-09, Transitarios 6), ninguna de las dos condiciones exigidas por la constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo se pueden apreciar en casos como el presente pues, como resulta evidente, 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

***En cuanto al supuesto perjuicio irreparable**, el Tribunal Constitucional entiende que es "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). Como se argumentará posteriormente, la corrección en el actuar administrativo, por un lado, y la*

existencia de trámites posteriores en los que la recurrente puede hacer valer sus derechos, por otro, impide hablar de vulneración alguna de derecho fundamental. En todo caso, en el hipotético caso de producirse vulneración de algún derecho nada impide su restablecimiento, por lo que tampoco cabe apreciar la presencia de este requisito.

*Es preciso considerar, además, cuál es el **carácter del cierre de la fase de instrucción**. Para ello, hay que estar a lo dispuesto en el artículo 33.1 del RDC, según el cual la DI, tras recibir las alegaciones y propuestas de prueba al PCH o, en su caso, transcurrido el plazo de quince días, procederá al cierre de la fase de instrucción, notificándolo a los interesados, con el fin de redactar la propuesta de resolución prevista en el artículo 50.4 de la LDC y en el artículo 34 del RDC. Es decir, su actuación reviste un carácter marcadamente reglado por no existir otra posibilidad distinta de actuación a la que adoptó mediante la decisión en cuestión. En cualquier caso, el cierre de la fase de instrucción es un mero acto de trámite y por ello precisamente no produce indefensión ni perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, por lo que no es un acto recurrible, como así lo ha declarado el Consejo de la CNC en su Resolución de 2 de febrero de 2010, citando resoluciones anteriores (Resolución de 26 de marzo de 2009; Expt. R/0018/09, INPROVO): "(...) el acuerdo de cierre de la instrucción de la Dirección de Investigación es un acto de mero trámite que, por su propia naturaleza, no puede causar indefensión ni perjuicios irreparables en derechos o intereses legítimos de los interesados".*

En cualquier caso, no puede hablarse de indefensión ni de perjuicio irreparable ya que tras la elaboración de la Propuesta de Resolución, el interesado puede formular alegaciones durante otros 15 días (artículos 50.4 de la LDC y 34.1 del RDC), lo que supone otra oportunidad para reproducir sus alegaciones, y, con posterioridad, en la tramitación ante el Consejo, que es el órgano al que corresponde resolver, cuenta con la posibilidad de proponer la práctica de pruebas que considere oportunas para la defensa de sus intereses (Artículo 36 del RDC).

En ese sentido, conviene recordar aquí lo manifestado por el Consejo de la CNC en la precitada Resolución de 26 de marzo de 2009 (ver también la de 24 de septiembre de 2009 (Expte. 2805/07, Empresas Estibadoras): "(...) A mayor abundamiento de lo anterior, con la nueva tramitación del expediente, derivada de la reciente Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, la producción de indefensión o perjuicios irreparables en derechos o intereses legítimos en la fase procedimental en la que se ha interpuesto el recurso deviene imposible, porque aunque se cierre la fase de instrucción no se impide la audiencia a los interesados. Tal como se prevé en los artículos 50 y 51 de la citada Ley 15/2007, una vez emitido el informe y la propuesta de resolución por la Dirección de

Investigación los interesados tienen un nuevo trámite de alegaciones, que, de acuerdo con el artículo 34.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, incluirá "las propuestas de las partes en relación con la práctica de pruebas y actuaciones complementarias ante el Consejo". Lo que quiere decir que aunque la Dirección de Investigación deniegue la presentación de alegaciones o la práctica de pruebas, las partes tendrán un trámite ulterior para poder reiterar sus peticiones ante el órgano de resolución del expediente".

En consecuencia, entiende esta Sala de Competencia que, siendo los presupuestos de estas resoluciones anteriores y de la presente coincidentes, se debe llegar a la misma conclusión, esto es la inadmisión del recurso presentado por SISE contra el acuerdo de la DC de 2 de noviembre de 2021, por cuanto que se presenta contra un acto de trámite que, bajo ninguna perspectiva, puede haber causado indefensión ni perjuicio irreparable a los derechos de la recurrente.

Refuerza estas conclusiones la sentencia de la Audiencia Nacional de 11 de julio de 2012, en la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por MOTOR CITY S.L contra la Resolución del Consejo de la CNC de fecha 26 de mayo de 2011 (exp. R/0073/11, Motor City), que inadmitió el recurso interpuesto frente a la propuesta de Resolución de la DI de 31 de marzo de 2011 dictada en el expediente S/0154/09.

Entendía el Consejo en dicha Resolución, y ha confirmado la Audiencia Nacional, que la protección inherente al derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución Española sólo podría invocarse en relación a actos administrativos que, además de haber sido dictados en el marco de un procedimiento que pudiese calificarse de sancionador, fuesen definitivos. La Propuesta de Resolución del artículo 50.4 de la LDC, frente a la cual había interpuesto su recurso Motor City S.L, no era, según el criterio del Consejo, apoyado por la Audiencia Nacional, un acto definitivo ni resolvía el procedimiento sancionador en el marco del cual había sido dictado por lo que, al ser un mero acto de trámite, no se podía invocar la posible vulneración del derecho del artículo 24 CE.

La Audiencia Nacional compartió los planteamientos del Consejo, afirmando que la propuesta de Resolución de la DI era un acto de trámite que ni era vinculante ni incidía en la esfera jurídica del interesado. Así, no podía apreciarse que la misma causara ni indefensión *"pues, de una parte, se ha seguido la tramitación marcada en la Ley 15/2007 en cuanto a las alegaciones de los interesados, y, de otra parte, la recurrente pudo ejercitar los medios de defensa que se establecen en el ordenamiento jurídico"* ni la existencia de perjuicio irreparable *"porque, como hemos dicho la propuesta de Resolución no incide en la esfera jurídica de la interesada, pues ni implica una decisión administrativa con efectos ejecutivos"*

sobre los particulares, ni altera la situación jurídica de la actora. Se trata de una propuesta que puede ser modificada en todos sus aspectos por el Consejo”.

Asimismo, a mayor abundamiento cabe destacar que, tal y como manifiesta la DC en su informe de 23 de noviembre de 2021, la Propuesta de resolución, dictada por la Directora de Competencia con fecha 16 de noviembre de 2021, no ha mantenido la imputación de la recurrente, teniendo en cuenta para ello sus alegaciones al PCH.

Además, dicha propuesta contiene un pronunciamiento expreso en relación con la solicitud de práctica de prueba efectuada por la Recurrente. La DC admite expresamente la procedencia de practicar íntegramente la prueba documental solicitada y motiva el rechazo de las testificales interesadas- de un directivo de la empresa y de otro de una empresa competidora-, al entender que las mismas no resultan decisivas en términos de defensa, a la vista de que no se propone la sanción de la empresa.

Así las cosas, esta Sala de Competencia coincide con el parecer de la DC en el que el acuerdo de cierre de la fase de instrucción no es un acto susceptible de recurso al tratarse de un mero acto de trámite, posteriormente al cual tendrán los interesados la posibilidad además de solicitar la práctica de las pruebas y las actuaciones complementarias que consideren convenientes ante la Sala de Competencia de la CNMC, tal y como establece al artículo 36 del RDC.

Por todo ello, no reuniendo los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC, esta Sala entiende que el recurso examinado en la presente resolución debe ser inadmitido.

En su virtud, vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia

III. RESUELVE

ÚNICO.- Inadmitir el recurso presentado por SIDERÚRGICA SEVILLANA, S.A contra el acuerdo de la Directora de Competencia de la CNMC de 2 de noviembre de 2021, por el que se procede al cierre de la fase de instrucción de instrucción del expte. S/DC/0012/19 CHATARRA Y ACERO.

Comuníquese esta resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese al interesado, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede 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.