

RESOLUCIÓN**Expte. R/AJ/011/21, FERIMET****CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA****Presidente**D^a. Cani Fernández Vicién**Consejeros**D^a. María Ortiz AguilarD^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 27 de abril de 2021

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. (FERIMET) contra el acuerdo de la Dirección de Competencia de 13 de enero de 2021, por el que se deniega la confidencialidad de determinada información facilitada por FERIMET en contestación al requerimiento de información realizado en el ámbito del Expte. S/DC/0012/19 CHATARRA Y ACERO.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 20 de julio de 2020, la Dirección de Competencia (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 por los artículos 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y 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 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 estructura de propiedad y funcional; (ii) principales cargos directivos y administradores en la empresa; (iii) el proceso de toma de decisiones dentro de la empresa y, en su caso, del grupo empresarial y, en relación al mercado de compra de chatarra: (i) marco normativo y régimen de autorizaciones; y, (ii) concreción del ámbito geográfico e identificación de los principales agentes participantes en dicho mercado, tanto desde el punto de vista de la demanda (compradores) como de la oferta (proveedores).

Mediante escrito de 14 de agosto de 2020, FERIMET contestó a dicho requerimiento, solicitando la confidencialidad de parte de la información aportada.

3. El 17 de agosto de 2020, FERIMET también interpuso recurso, al amparo del artículo 47 de la LDC, contra el citado requerimiento de información, sosteniendo que; (i) no le resultaba aplicable el deber de colaboración recogido en el artículo 39 de la LDC, ya que el mismo va referido a terceros no interesados en el procedimiento y (ii) que la obligación de proporcionar la información, constituía una vulneración del artículo 24.2 de la Constitución Española y del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Mediante Resolución de 8 de septiembre de 2020 la CNMC declaró la inadmisibilidad del recurso, al entender que el requerimiento de información constituía un mero acto de trámite no recurrible por no ser capaz de producir por sí mismo ni indefensión ni perjuicio irreparable a la recurrente.

4. El 13 de enero de 2021 la DC acordó denegar la confidencialidad solicitada por FERIMET en su escrito de 10 de agosto de 2020 de, entre otra información, la que declaraba la confidencialidad del listado de clientes en el mercado de fabricación y comercialización de productos finales de acero al carbono, en particular, de productos largos, proporcionada a la DC en respuesta a la pregunta 6.e) del requerimiento (folios 41021 a 41024). Dicho acuerdo fue notificado a FERIMET el 21 de enero de 2021.

5. El 5 de febrero de 2021, tuvo entrada en la CNMC recurso administrativo interpuesto por FERIMET, basado en lo dispuesto en el artículo 47 de la LDC, contra el acuerdo de la DC de 13 de enero de 2021, por el que se deniega la confidencialidad de determinada información facilitada por FERIMET en contestación al requerimiento de información realizado en el ámbito del expediente S/DC/0012/19 CHATARRA Y ACERO.
6. El 5 de febrero de 2021, 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.
7. El 12 de febrero de 2021, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso, en el que propuso la desestimación del recurso interpuesto.
8. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 27 de abril de 2021.
9. 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 acuerdo de la DC de 13 de enero de 2021, por el que se deniega la confidencialidad de determinada información facilitada por FERIMET en contestación al requerimiento de información realizado en el ámbito del expediente S/DC/0012/19 CHATARRA Y ACERO.

1.1. Motivos del recurso

FERIMET solicita al Consejo de la CNMC que declare la confidencialidad del listado de clientes en el mercado de fabricación y comercialización de productos finales de acero al carbono, en particular, de productos largos, proporcionada a la DC en

respuesta a la pregunta 6.e) del requerimiento de información de 28 de julio de 2020, alegando que el mismo constituye información de naturaleza confidencial porque: (i) se trata información secreta, dado que no es conocida por terceros ni fácilmente accesible por ellos; (ii) de importante valor comercial; y, (iii) que nunca hubiera desvelado de no ser en cumplimiento de una obligación legal, como es dar respuesta al requerimiento de la CNMC con apercibimiento de multas y/o sanciones económicas en caso de no hacerlo. Añade que la DC no niega la confidencialidad de la información sino que simplemente justifica la misma señalando que constituye información necesaria para delimitar la responsabilidad de FERIMET en el expediente de referencia y que esta motivación no resulta suficiente (folios 1 a 5).

La recurrente solicita al Consejo de la CNMC, que estime el recurso, deje sin efecto el Acuerdo de la DC de 13 de enero de 2021 y declare confidencial el listado de clientes.

1.2. Informe de la DC

La DC indica, en primer lugar, que únicamente solicitó a FERIMET la *“Identificación de los principales agentes participantes en el mercado de compra de chatarra tanto desde el punto de vista de la demanda (compradores) como de la oferta (proveedores).”* (subrayado añadido), no el listado de sus principales clientes.

En cuanto a la confidencialidad solicitada, considera que no está suficientemente motivada ya que se limita a señalar que constituye secreto de negocio sin ni siquiera señalar cuál es el perjuicio grave que la divulgación de dicha información podría ocasionar a FERIMET, razón por la que entiende que ello debería conducir a la desestimación del recurso sin entrar a analizar la controversia de fondo.

No obstante lo anterior, añade que no es posible aceptar la confidencialidad de la información controvertida dado que se trata de información relevante para la fijación del alcance, contenido y/o efectos de las prácticas objeto de investigación. Indica que ello es así en la medida que el objeto de las prácticas investigadas en el expediente sancionador consiste en acuerdos para el intercambio de información comercialmente sensible y estratégica entre empresas fabricantes y/o comercializadores 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 y FERIMET es una de las catorce empresas incoadas en dicho expediente. Entiende, por tanto, que los datos facilitados por ella en respuesta al requerimiento de la DC de 28 de julio de 2020 son muy importantes para conocer el funcionamiento y estructura de los mercados de compra de chatarra férrea y de venta de productos

finales de acero al carbono, en especial de productos largos, pero también el posicionamiento de la recurrente y de otros operadores en esos mercados y la interrelación de FERIMET con competidores y/o proveedores, ya que permiten dimensionar su actuación en dichos mercados y los intercambios de información comercialmente sensible en su seno. Considera, por tanto, que constituye información necesaria para delimitar la responsabilidad de las incoadas, entre las que se encuentra la recurrente.

Por todo ello, la DC propone la desestimación del recurso en la medida que el mismo no ha dado lugar a indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de la recurrente, por lo no reúne los requisitos exigidos por el artículo 47 de la LDC.

1.3. Alegaciones de la recurrente al informe de la DC

FERIMET no ha presentado alegaciones al informe de la DC de 13 de enero de 2021.

SEGUNDO.- NATURALEZA DEL RECURSO INTERPUESTO

Al respecto, el artículo 47 LDC prevé la posibilidad de presentar recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por el órgano de instrucción, que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

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 sin que abra la vía a cualquier otro motivo de impugnación, como ha venido señalando el Tribunal Supremo¹.

TERCERO.- SOBRE LA CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN CONTROVERTIDA

El artículo 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 consideren confidenciales”*. 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. Asimismo, el artículo 20 del

¹ Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013.

RDC precisa que cuando se solicite la confidencialidad de datos o informaciones, el solicitante “*deberá hacerlo de forma motivada*”.

Por ello, esta Sala viene señalando expresamente la necesidad de una justificación explícita de los motivos por los que se solicita la confidencialidad de los documentos incorporados al expediente administrativo².

No obstante, ello no constituye un principio absoluto ni un derecho de la recurrente. Habrá que tener en cuenta la existencia de otros principios adicionales, igualmente tutelables aunque contradictorios, como son el derecho de defensa de quienes son imputados en el procedimiento y el de no producir indefensión al órgano que debe resolver la materia sujeta a expediente o a terceros interesados. Igualmente, habrá que atender a las circunstancias de cada caso para concretar el carácter confidencial o no de determinada información³.

En el presente caso la recurrente solicita la confidencialidad del listado de clientes que aportó en su respuesta al requerimiento de información de la DC de 28 de julio de 2020. Si bien la DC indica que no solicitó dicho listado de clientes, sino simplemente el listado de principales agentes participantes en el mercado de fabricación y comercialización de productos finales de acero al carbono, en particular, de productos largos, desde el punto de vista de la demanda (esto es, compradores), lo cierto es que en su escrito de respuesta la recurrente afirmó que se trataba de su listado de clientes. En ese mismo escrito, de 14 de agosto de 2020, la recurrente solicitaba la confidencialidad de dicha información. No consta en el expediente que el órgano instructor solicitara la subsanación de dicho escrito en orden a requerir lo solicitado.

En la medida, pues, en que la recurrente afirma que facilitó el listado de sus principales clientes, ha de tenerse en cuenta lo dispuesto tanto en la *Comunicación de la Comisión relativo a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado CE (la Comunicación de la Comisión)* como en la jurisprudencia aplicable y la *Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007, de 4 de junio de 2020 (la Guía de la CNMC)*.

La *Comunicación de la Comisión* señala en su apartado 18 que “*cuando la divulgación de información sobre la actividad económica de una empresa pueda causarle un*

² Por todas, resoluciones de la Sala de Competencia de la CNMC de 13 de diciembre de 2018, Expte R/AJ/068/18 CAF SIGNALLING y de 23 de julio de 2020, Expte. R/AJ/014/20 ACEINSA.

³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de diciembre de 2011.

perjuicio grave, dicha información tendrá carácter de secreto comercial". Y cita como ejemplos de información que puede considerarse secreto comercial, entre otros, los ficheros de clientes.

Los tribunales, por su parte, han venido avalando que para que una información pueda calificarse de secreto comercial, se tiene que tratar de una información cuya divulgación pueda causar un perjuicio grave⁴. El Tribunal Supremo ha establecido que los secretos comerciales afectan decisivamente a la misma subsistencia de las empresas en un entorno competitivo y en tal medida adquieren acomodo dentro de los derechos fundamentales de la propiedad cuya divulgación pueda causarle un perjuicio grave⁵.

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).

Por otra parte, en *la Guía de la CNMC*, esta Autoridad ha afirmado que los *"los ficheros, listados o datos concretos de clientes"* constituyen secreto de negocio y que, por tanto, son susceptibles de ser declarados confidenciales por entender que su divulgación puede causar un perjuicio grave a la empresa correspondiente.

Adicionalmente, cabe tener en cuenta que la información controvertida no ha sido divulgada.

En consecuencia, esta Sala considera que los listados de clientes aportados por FERIMET al requerimiento de información de la DC de 28 de julio de 2020 constituyen secreto de negocio y, por tanto, deben ser declarados confidenciales. Todo ello sin perjuicio de que el órgano instructor pueda solicitar, en su caso, la subsanación de la respuesta de la recurrente al requerimiento mencionado para que se adecue a las concretas preguntas formuladas por la DC.

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

⁴ Sentencia de la AN de 2 de diciembre de 2011, en el ámbito del Expte. R/0054/10 BBR.

⁵ Auto del TS de 5 de octubre de 2006.

HA RESUELTO

ÚNICO.- Estimar el recurso interpuesto por FERIMET, S.L. contra el acuerdo de la DC de 13 de enero de 2021, realizado en el marco del expediente sancionador S/0012/19 CHATARRA Y ACERO.

SEGUNDO.- Que se declare confidencial el listado de principales clientes de FERIMET contenido en el apartado 6.e) del escrito de respuesta de la recurrente, de 14 de agosto de 2020, al requerimiento de la DC de 28 de julio de 2020 (folio 36).

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.