

Id Cendoj: 28079230062007100615
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 947 / 2000
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE ARTURO FERNANDEZ GARCIA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

TRIBUNAL DE LA COMPETENCIA. POSICIÓN ABUSIVA DE LA ENTIDAD QUE EMITE CERTIFICADO DE UN PRODUCTO DERIVADO DEL ACERO PARA HORMIGÓN LLAMADO MALLAZO.

SENTENCIA

Madrid, a veintiocho de diciembre de dos mil siete.

Vistos los autos acumulados del recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo

Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 890/2000 (al que se acumula el 947/2000) se tramitan a

instancia de la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN(AENOR), representada por la

Procuradora de los Tribunales doña María Isabel Campillo García, y de la entidad G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO SA,

representada por el Procurador don Jacinto Gómez Simón, contra la resolución del Tribunal de la Competencia de 4 de

septiembre de 2001, por la que se le declara a la primera recurrente arriba reseñada incurso en una práctica restrictiva de la

competencia y se le intima a que cese en la misma y se declara no acreditadas las restantes practicas prohibidas imputadas

por el Servicio de Defensa de la Competencia. Es parte demandada la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO,

representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. Son partes codemandadas de los respectivos recursos acumulados

las indicadas G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO SA, representada por el Procurador don Jacinto Gómez Simón, y

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN(AENOR), representada por la Procuradora de los

Tribunales doña María Isabel Campillo García. La cuantía del procedimiento es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La primera parte recurrente arriba indicada interpuso en fecha 29/09/2000 este recurso respecto del acto antes aludido y, admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se entregó a dicha parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que solicitó se dicte sentencia en la que con estimación del recuso se anule la resolución recurrida en cuanto perjudica a esa parte, es decir, en cuanto a los pronunciamientos primero y segundo de la misma, y, en consecuencia, declare no acreditada la práctica prohibida a que se refieren dichos pronunciamientos.

La segunda parte recurrente arriba referida interpuso en fecha 3/11/2000 recurso registrado con el num. 947/2000, acumulado al principal arriba descrito, respecto del mismo acto arriba aludido y, admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a dicha también parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que solicitó se dicte sentencia en la que con estimación del recuso : a) Se anule parcialmente la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 4 de septiembre de 2000, en cuanto a no declarar acreditada la práctica imputada por el Servicio de Defensa de la Competencia, en el apartado 6.1,ii) de su Informe-Propuesta; b) Se declare que las dos conductas prohibidas imputadas a AENOR en el apartado 6.1.i) y ii) de dicho Informe-Propuesta, constituyen- además de un abuso de posición dominante-una infracción del *artículo 1.1.e) de la ley de Defensa de la Competencia* ; c) Se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a dictar la resolución parcialmente anulada, para que por el Tribunal de Defensa de la Competencia se determinen las medidas que procedan y las sanciones que, en su caso, deban imponerse.

De las demandas formuladas por ambas recurrentes se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó que habiendo por presentado ese escrito, lo admita y tenga por contestada a las demandas y previos los trámites legales se dicte sentencia desestimándolo y confirme la resolución impugnada.

La codemandada G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO SA se opuso a la demanda formulada por la recurrente ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN(AENOR), y solicita que se confirme la resolución recurrida.

La codemandada ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN (AENOR) se opuso a la demanda formulada por la recurrente G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO SA y solicita que se confirme la resolución recurrida en cuanto que declara la absolución de dicha parte de las dos conductas por las que era acusada por el Servicio de Defensa de la Competencia.

TERCERO.- Al solicitarlo las partes, se recibió el juicio a prueba, constando en autos el resultado de la admitida a trámite.

CUARTO.- A continuación, se sustanció el trámite de conclusiones por escrito. Señalándose para votación y fallo el 18 de diciembre de 2007, procediéndose a su deliberación votación y fallo con el resultado que a continuación se expresa.

Es ponente de esta sentencia el Ilmo. Magistrado Sr. don José Arturo Fernández García.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución del Tribunal de la Competencia de 4 de septiembre de 2001, por la que se le declara a la recurrente ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN(AENOR) incurso en una práctica restrictiva de la competencia y se le intima a que cese en la misma y se declara no acreditadas las restantes practicas prohibidas imputadas por el Servicio de Defensa de la Competencia.

En la parte dispositiva de dicho acto se declara acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el *artículo 6.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia* (en adelante LDC), aplicable al caso de autos, consistente en un abuso de posición de dominio por parte de AENOR por instaurar un sistema de certificación en cascada para los productos de acero para hormigón, a través de la modificación de los Anexos del *Reglamento Particular del Comité Técnico de Certificación 017. Igualmente* , se intima a AENOR para que cese en la misma y se abstenga de realizarla en el futuro.

Asimismo, el referido acto declara no acreditadas las restantes prácticas prohibidas imputadas por el Servicio de Defensa de la Competencia, que intervino a instancia de las denuncias presentadas, entre otras empresas, por la también recurrente G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO SA, como son: infracción del artículo 6 de la LDC al emitir nuevas normas UNE; la UNE 36092/96 para mallas; la UNE 36099/96 para alambres corrugados; y la UNE 36731 para alambres lisos que reforzaban esos efectos restrictivos de la competencia; e infracción del artículo 7 de la LDC, al desarrollar una campaña de publicidad engañosa, que ha falseado la libre competencia en el mercado relevante.

En la citada resolución se consideran probados los siguientes hechos:

" 1. AENOR, que es una empresa privada sin ánimo de lucro, reconocida por Orden del Ministerio de Industria y Energía de 26 de febrero de 1986, de acuerdo con el *Real Decreto 1614/1985, de 1 de agosto* y, posteriormente, por el *Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre*, se dedica a las actividades de Normalización y Certificación. Dichas actividades son desarrolladas en cada sector por los Comités Técnicos de Normalización y Certificación, siendo efectuadas en los productos de acero para hormigón por el Comité Técnico de Normalización 035 y el Comité Técnico de Certificación 017.

2. En la fabricación de los productos de acero para hormigón existen normas "obligatorias", que todo fabricante tiene que observar, como la homologación de los alambres y la certificación de conformidad de las mallas a las Normas UNE 3609/81. Para acreditar el cumplimiento de dichos requisitos se puede acudir a la vía de ensayos de laboratorios habilitados para ello, existiendo, desde el año 1994, en el plano voluntario, la posibilidad de certificar las mallas mediante obtención de la marca AENOR. La obtención de dicha marca exime de homologación y acreditación de conformidad, ostentando el 100% del alambro fabricado en España la marca AENOR y siendo entre un 63,8% y un 70% del mallazo vendido en España certificado. De este mallazo certificado, el 100% es certificado por AENOR.

3. A principios de 1994, el Comité Técnico de Certificación para productos de acero para hormigón modificó los Anexos Técnicos del Reglamento particular del citado Comité, estableciendo un sistema de certificaciones en cascada. Según este sistema para otorgar la marca N a las mallas(mallazo) es preciso que la materia prima-el alambro- tenga la marca N.

Antes de dicha modificación los anexos establecían: "El alambro debe estar en posesión de la marca AENOR o de cualquier otra de nivel de calidad y seguridad equivalente aceptada por el Comité de Certificación. Cuando se adquiera alambro no certificado, deberá notificarse previamente al Comité de certificación, y cada partida adquirida deberá ser decepcionada de acuerdo con un procedimiento previamente establecido por el fabricante y aprobado por el Comité de Certificación, bajo su vigilancia y comprobación directa, de la forma que estime oportuna".

La nueva redacción dice: "Cualquier producto de acero que se adquiera para la fabricación de mallas electrosoldadas, debe estar en posesión de la marca AENOR correspondiente"

4. A GP Manufacturas del Acero SA, que tenía concedida la marca "N" para sus mallas desde el 7 de junio de 1994, le fue retirada dicha marca el 31 de enero de 1995.

5. En el año 1996 AENOR emitió nuevas normas UNE para los productos de acero para hormigón, números 36092,36099 y 36731, que regulan, respectivamente, los requisitos técnicos de las mallas electrosoldadas, alambres corrugados para armaduras y alambres lisos para malas y armaduras.

Según dichas Normas, para ser conformes a las mismas, se establecen dos vías:

- El sometimiento de cada suministro del producto-el mallazo- a una serie de ensayos técnicos que aseguren el cumplimiento de una serie de requisitos técnicos(la vía de los ensayos).

- La certificación del producto, estableciéndose exclusivamente la certificación AENOR a través de la marca N.

En la carátula de la norma UNE 36092s aparece, bajo el título "observaciones", el siguiente texto "esta norma anula y sustituye las Normas UNE 36092/1 de fecha noviembre de 1981".

6. Durante los años 1996 y 1997, Calidad Siderúrgica, que desempeña la Secretaría del CTC-017, emitió unos Boletines Informativos sobre armaduras de hormigón y organizó, junto con la Administración, diversas jornadas informativas sobre la marca AENOR y los productos de acero para hormigón.

7. GP Manufacturas del Acero SA ha aumentado sus ventas desde el año 1994 al año 1997 un 125,28%(de 32.285 toneladas a 78.072 toneladas), y el valor del alambón importado desde el año 1996 hasta el año 1999, ha pasado de 401.390 pesetas a 6.012.730 pesetas"

La resolución impugnada, en sus argumentaciones jurídicas, razona que en el sector de los productos de acero de hormigón la obtención de la marca AENOR es voluntaria, sin embargo se produce un seguimiento de esa marca, entre otras razones porque de la obra pública se produce un 64% de los ingresos del sector de la construcción, exigiéndose por la Administración de forma frecuente la certificación AENOR, de manera que en este mercado el 100% del alambón fabricado en España posee la marca AENOR y que entre el 63,8 y un 70% del mallazo vendido en España sea certificado. De este mallazo certificado, el 100% es certificado por AENOR, siendo ésta la única entidad certificadora en este sector. En consecuencia, termina este punto la resolución declarando la posición de dominio que ostenta AENOR en el mercado de la certificación voluntaria.

Enlazando con el anterior razonamiento, se indica igualmente que AENOR, al modificar los Anexos del Reglamento Técnico de Certificación, exigiendo en cualquier caso la marca AENOR para el alambón (materia prima del mallazo), con supresión de las alternativas existentes(una de las cuatro empresas del sector, la recurrente GP Manufacturas del Acero SA, adquiriría en el extranjero la materia prima del mallazo, el alambón), sin que existan razones concretas justificativas de esa conducta y ocasionando una desventaja a las empresas que, importando dicha materia prima, compiten con los fabricantes nacionales, abusó de esa posición dominante, de modo que se ha infringido el *artículo 6.2 de la LDC* .

Sin embargo, la reiterada resolución rechaza las dos últimas imputaciones que efectúa el Servicio de Defensa de la Competencia. Así, señala que AENOR(empresa privada designada por el Mº de Industria y Energía para la realización de actividades y certificación), en su Comité CTN-036, encargado de las normas UNE en el campo de los productos de acero para el hormigón conforme al *Reglamento de los Comités Técnicos de Normalización de 8 de mayo de 1987* , emitió en el año 1996 nuevas normas UNE 36092/96 para mallas, la UNE 36099/96 para alambres corrugados y la UNE 36761/96 para alambres lisos, previendo dos supuestos para acreditar la conformidad de las mismas: la vía de ensayos, a través de laboratorios habilitados o la vía de certificación por AENOR.

Esta última actuación no se considera por la resolución recurrida abusiva pues esta certificación en cascada no es sino el resultado de la certificación sucesiva de comprobaciones anteriores y se encuentra justificada por su propio carácter de consecuencia, siendo un procedimiento común a la normativa europea, lo que ocurre en España es que sólo AENOR es la única empresa autorizada para la Administración para este tipo de actividades en este mercado. En definitiva, esta certificación en cascada establecida en esas normas UNE no infringe precepto alguno, ya que no se puede exigir a AENOR que otorgue su marca, que es voluntaria, sin comprobar las características técnicas.

Tampoco se entiende por el Tribunal de Defensa de la Competencia que AENOR haya infringido el *art. 7 de la LDC* por la publicidad de esas nuevas normas UNE, ya que no se ha acreditado la afectación del mercado ni del interés público ni existe engaño en la publicidad realizada, ya que la expresión que aparece en la carátula de esas normas responden a la realidad

Finalmente, resalta el acto recurrido que, habida cuenta de que sólo de las tres infracciones imputadas por el Servicio de Defensa de la competencia se acoge una de ellas y que dicha infracción no ha producido daños pues la denunciante GP Manufacturas de Acero SA no ha visto disminuido su volumen de ventas, y que tampoco se impide la importación de alambón fabricado en el extranjero, así como que AENOR no ha efectuado discriminación entre diferentes operadores, extranjeros o nacionales, para la concesión de la marca, exigiendo a todos las mismas condiciones, es por lo que considera que no cabe la imposición de multa sancionadora, estimando como mejor solución acomodada a derecho la declaración de conducta prohibida, con la intimación a su autora para que cese en la misma y se abstenga de realizarla en el futuro.

SEGUNDO.- La demandante AENOR alega en su demanda su oposición a la citada declaración contenida en el acto recurrido contra la misma, articulándola en los siguientes motivos:

1º) El mercado relevante en este caso enjuiciado es el de la prestación de servicios en la certificación voluntaria de las mallas electrosoldadas de acero para hormigón armado realizada por entidades de certificación reconocidas legalmente para esa actividad en el mercado nacional; siendo AENOR quien ostenta inevitablemente una posición dominante, ya que es la primera entidad que ha certificado el mallazo según norma UE en España.

2º) La Ley sólo sanciona el abuso de la posición dominante, lo que significa que aporte ventajas a quien así actúa, lo que no se da en el caso de autos, pues AENOR, mediante ese sistema de certificación en cascada, no impide que otros organismos de certificación establezcan sus propios sistemas de certificación de malla o de productos de acero para hormigón en general; y las supuestas restricciones a la competencia se refieren principalmente a otro mercado que no es el relevante sino el del mallazo, no operando en el mismo AENOR y no compitiendo, por tanto, con la denunciante.

3º) El sistema de certificación en cascada se aplica a todos los peticionarios de marcas N para productos de acero para hormigón en igualdad de condiciones, y si para obtener esa marca N para el mallazo la denunciante debe adquirir alambrión certificado, no es porque AENOR se vaya a beneficiar sino porque así se garantiza la calidad que es a lo que AENOR se dedica. El acceso a la marca está abierto para la denunciante pudiendo adquirir el alambrión certificado a cualquiera de los 7 fabricantes existentes entre los que se encuentra, además de su actual proveedor, de modo que esa entidad está en igualdad de condiciones para acceder a la marca N, pudiéndolo hacer a través de su proveedor habitual. El que no quiera puede estar al margen del mercado certificado, opción que tampoco provoca perjuicios (incrementos de ventas de esa parte), pero no se puede consentir que se tenga acceso a la marca N sin que su materia prima esté certificada, lo que supone penalizar al que se compromete con la acreditación de la calidad frente a otro que no lo hace.

4) El sistema de certificado en cascada no dificulta la importación de alambrión ya que el uso de la marca N es voluntario y la marca está abierta al alambrión extranjero en las mismas condiciones que para los fabricantes nacionales. La modificación del sistema de certificación está objetivamente fundada y no causa ventajas para AENOR ni desventaja competitiva para la denunciante que tiene las mismas condiciones de acceso a que los demás, pudiendo abastecerse de alambrión importado. El no aceptarse esas modificaciones supone que AENOR tenga que adoptar un sistema que tiene menos garantías respecto a la calidad del producto final, lo que supone un paso atrás en materia de calidad.

TERCERO.- Por el contrario, la recurrente G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO SA, cuya denuncia causó el inicio del presente expediente administrativo, ataca el particular de la resolución recurrida que sólo califica la conducta de AENOR en los términos arriba expuestos(*art. 6.2 LDC*), pues considera dicha parte que esa conducta es, por un lado, también una práctica concertada tendente a restringir o falsear la competencia (*art.1.1 LDC*); y, por otro, que esas dos calificaciones se extienden a la actividad normalizadora de AENOR(emisión de las normas UNE a que se refiere el Servicio de Defensa de la Competencia en su Informe-propuesta). Todo lo cual debe llevar a anular parcialmente la resolución recurrida y con retroacción de actuaciones al momento anterior a dictarla, para que sea el Tribunal de Defensa de la Competencia quien dicte la nueva resolución sancionadora que proceda.

Del extenso escrito de demanda interpuesto por dicha parte actora se deduce, en primer lugar, que a su entender el CTC O17 (Comité de Certificación) es un organismo colonizado y utilizado por el oligopolio del alambrión, materia prima de la que se fabrica el mallazo y que importada es más barata que la producida por los fabricantes nacionales. Esta circunstancia, acreditada con la prueba que se practique en autos y esencialmente por el hecho de que dicha secretaria del CTC-017 está en manos de una sociedad mercantil con ánimo de lucro como es Calidad Siderúrgica SL, ha de llevar a subsumir esa conducta de modificación de los anexos en el supuesto contemplado en el *artículo 1.1 de la LDC* . Añade dicha parte que aunque esas practicas son realizadas por fabricantes integrados, la imputación de las mismas se ha de efectuar contra AENOR por dos razones: porque esta actuación la han realizado en su condición de vocales de unos Comités de Certificación o Normalización de AENOR en el ejercicio de sus funciones, y esa actuación ha sido, al menos, consentida por AENOR, que pese a las denuncias de esa parte no ha adoptado nunca medidas para su corrección.

La consecuencia de esos hechos, resalta la citada recurrente, es que el abuso dominante por parte de AENOR en el ámbito de la certificación surgido con la nueva UNE 36092/92 para mallas abre el camino para que en el ámbito de la normalización se posea la marca N para dichas mallas, para lo que hay que utilizar materia prima N, sometándose al peculiar sistema de certificación en cascada AENOR. Es decir, estas nuevas exigencias de certificación en cascada, que refuerzan la posición de dominio de AENOR y los efectos restrictivos sobre el mercado de productos de acero para hormigón, que lógicamente conduce a que sólo sea AENOR quien emita esas certificaciones de conformidad, pues es la única entidad autorizada para ello (y que es el argumento para que el TDC desestime la segunda imputación del Servicio de Defensa de la Competencia), en realidad es una estrategia diseñada por el CTN-036(Comité de Normalización) que en la práctica no deja otra alternativa que la certificación de AENOR, exactamente igual que ocurría en la primera imputación.

Por lo tanto, en este caso de la normalización, al igual que ocurría en el ámbito de la certificación, no sólo se está ante un abuso de posición dominante sino también ante un acuerdo colusorio alcanzado en el seno de un Comité controlado por los fabricantes integrados; acreditándose en fase de prueba que la composición y actuación del CTN-036 han sido similares a las de su homólogo para la certificación el CTC-017.

En definitiva, se solicita la anulación parcial del acto recurrido en el sentido de que se declare también dos prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por el *artículo 1.1 de la LDC*: la primera, en relación con la instauración de un sistema de certificación en cascada para los productos de acero para hormigón, a través de la modificación de los Anexos del *Reglamento Particular del Comité Técnico de Certificación O-17*; y la segunda, a través de la aprobación de unas normas UNE, UNE 36092/96, UNE 3099/96 y UNE 36731/96, y que la infracción de abuso de posición dominante relativa al primer supuesto, se extienda también al segundo.

CUARTO.- La defensa del Estado opone que AENOR ejerce una posición de dominio absoluto en el mercado español de servicios de certificación de un producto derivado del acero, concretamente el "mallazo", que es usado al parecer en la construcción. Dicha parte actora reconoce que esa posición de dominio llega a un 100% del mercado.

Recalca la defensa de la Administración demandada que la concreta imputación que se le hace por el TDC es que ha abusado de esa clara posición de dominio cuando, cambiando las normas por las que hasta ahora se regía AENOR en sus relaciones de certificaciones con terceros, exige para la expedición de esos certificados del mallazo que la materia utilizada en su fabricación, el alambión, se tenga que obtener también certificado AENOR, suprimiendo las anteriores alternativas de obtención del certificado AENOR del mallazo sin necesidad de obtener otro certificado AENOR del alambión, como era la aportación de un certificado del alambión equivalente al del AENOR y un proceso alternativo de reconocimiento del alambión empleado con la intervención de determinado Comité de AENOR.

Esta conducta supone extender la posición dominante de AENOR en el ámbito de la certificación del mallazo a la de la certificación del alambión, campo en el que también ostenta una posición de absoluto dominio, lo cual, como de forma razonada se contiene en la resolución del TDC recurrida, produce efectos restrictivos de la competencia en otro mercado distinto a la de los servicios de certificación, como el mercado nacional de la producción o comercialización del mallazo y/o del alambión, circunstancias éstas que se han de tener en cuenta para valorar la trascendencia real de la conducta prohibida en autos.

La referida conducta prohibida no tiene ninguna justificación objetiva ni razonable. La alegación de que no existen certificados de alambión equivalentes al de AENOR, y por ello se ha de suprimir la posibilidad anterior de aportar un certificado de alambión equivalente al de AENOR para obtener un certificado de mallazo, no se puede aceptar; en primer lugar, porque no se ha probado que no existieran en esa fecha certificados de alambión equivalentes al de AENOR, y aunque fuera así no se puede impedir que en el futuro existan esos certificados equivalentes de alambión de cara expedir certificados AENOR de mallazo.

El hecho de que los servicios de certificación de AENOR son de solicitud y recepción voluntaria, no puede servir de justificación, pues gozan de unos determinados efectos legales y administrativos privilegiados, con arreglo al actual sistema diseñado por la Ley de Industria, que ha de dar lugar a matizar el carácter de voluntario. Y aunque a modo de hipótesis se asumiera que dichos servicios tienen ese supuesto carácter de voluntarios, ello no impide la aplicación de las limitaciones que el Derecho de la Competencia impone al titular de una posición de dominio en el mercado a la hora de explotarla.

Respecto a las alegaciones de G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO SA, señala el Sr. Abogado del Estado, en primer lugar, que es conceptualmente incompatible una conducta de abuso de dominio con un acuerdo restrictivo del *artículo 1 de la LDC*, puesto que el abuso consiste en imponer una determinada conducta de modo unilateral y el acuerdo restrictivo es por su propia naturaleza bilateral o multilateral. Por ello, no se puede sostener, ni acudiendo a la doctrina del concurso ideal de delitos (como hace esa parte recurrente) que con la misma conducta prohibida en los autos AENOR hubiera incurrido a un tiempo en un supuesto de abuso de dominio prohibido (unilateral), y en un acuerdo restrictivo prohibido por el *artículo 1.1 de la LDC*, que es bilateral o multilateral según su propia definición.

Otra cosa, añade la defensa del Estado, es que con esa actuación de abuso de dominio AENOR haya facilitado un supuesto acuerdo restrictivo de la competencia en el mercado nacional de producción o/y comercialización del mallazo y/o del alambión, prohibido por el *art. 1.1 LDC*, pero que habría sido

concertado no por la entidad imputada en los autos, AENOR, sino por diversas empresas del sector de acero, que, además, tienen presencia en los órganos colegiados de AENOR. Pero este supuesto acuerdo restrictivo de la competencia no ha sido objeto del expediente de autos ni sus supuestos autores han sido parte del mismo. Lo que ha hecho la resolución recurrida es valorar una conducta de AENOR que ha considerado abusiva en el mercado nacional de servicio de certificación de ciertos productos de acero y que es prohibida por la LDC, de modo que dicho abuso puede tener además efectos, directos o indirectos, no sólo en el mercado monopolista del servicio de certificación sino también en el mercado nacional de producción y/o comercialización de los mismos productos del acero, que no es mercado de AENOR, aunque sí haya algunas empresas de ese mercado que sean vocales de AENOR.

QUINTO.- La aplicación estricta del orden cronológico de presentación de los presentes recursos acumulados ha de llevar a conocer y resolver en primer lugar la demanda interpuesta por AENOR, y se ha de hacer en el sentido de su desestimación al coincidir esta Sala, tras la práctica de la prueba practicada en estas actuaciones, con los razonamientos que a tal efecto se recogen en la resolución recurrida, y corroborados por la contestación de la defensa del Estado, de que dicha entidad incurre al cometer los hechos probados contenidos en el acto recurrido, y debidamente acreditados en autos, en la referida infracción del artículo 6.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), aplicable al caso de autos, cuyo literal dice, tras establecerse en el apartado 1 que queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional, que:

El abuso podrá consistir, en particular, en:

a) La imposición, de forma directa o indirecta de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos.

b) La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.

c) La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

d) La aplicación en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

3. Se aplicará también la prohibición a los casos en que la posición de dominio

Ninguna de las partes en este proceso niega la posición de dominio que AENOR ostenta en el campo español de la certificación voluntaria de las mallas electrosoldadas de acero para hormigón armado (mallazo), pues es la única entidad que de hecho presta tal servicio y, como ya decíamos en nuestra sentencia de 18 de mayo de 1999 (rec. 659/1996), aunque tal certificación es voluntaria, de hecho es necesaria por su exigencia en el mercado.

La cuestión se centra ahora en determinar si AENOR (como se recoge en el apartado 3 de los hechos probados), cuando a través del Comité Técnico de Certificación de productos de acero para hormigón (CTC-017) modifica los Anexos técnicos del Reglamento de Certificación de la marca voluntaria "N", en los términos expuestos en los hechos probados de la resolución recurrida (extremo no desvirtuado por la indicada recurrente según se deduce de las alegaciones arriba expuestas de su demanda), es decir, exigiendo que el alambrón, materia prima del mallazo, lleve la marca de calidad como requisitos para otorgar tal marca al citado acero de armar hormigón, ha explotado abusivamente la posición de dominio según los términos recogidos en dicho art. 6.2 de la LDC.

Efectivamente, con la referida modificación se eliminaban dos alternativas que hasta ese momento permitía la importación del alambrón sin la referida marca, como eran, por un lado, la posesión de otra marca de calidad y seguridad equivalente, o, por otro, la recepción de cada partida de acuerdo con un procedimiento previamente establecido por el fabricante y aprobado por el Comité de Certificación. Ello ha supuesto, obviamente, un cambio trascendental que afecta a la importación del alambrón, materia importada con la que trabajaba la codemandada GP Manufacturas del Acero SA y que supone una limitación en este campo al dificultarse la entrada en el exterior de esa materia prima, sin que en ningún caso se haya justificado técnicamente tal cambio, como se deduce de la contestación del propio Ministerio de Fomento,

recogida en el expediente que indica que responde más a una motivación comercial que técnica, lo cual enlaza con la acertada afirmación de la citada codemandada de que no es lógico que ambas certificaciones estén otorgadas por el mismo certificador final, más cuando la materia prima de este producto es extranjera.

Esta actuación tiene una especial incidencia en un campo como el de la referida certificación, en el que aunque la misma sea voluntaria y no es imprescindible para la comercialización del alambón, lo cierto es que al ser muy mayoritaria (entre el 63,87 y el 70%) la fidelidad del mercado español por esa certificación, la imposición de la misma también a la materia prima del mallazo supone una barrera comercial impuesta por AENOR que, además, es la única empresa que presta tal servicio.

Como correctamente se indica en la resolución recurrida, es cierto, según la prueba practicada hasta ese momento, en que las importaciones de alambón aumentaron y que AENOR no ha discriminado en la concesión de su marca, pero también es más cierto que dicho cambio, dada esas consecuencias, tenía que estar justificado técnicamente, y no basta con una mera alegación sin base probatoria objetiva alguna de que con ello se mejora los controles de calidad, más cuando se trata de una empresa de certificación de productos que circulan por el mercado, actividad que por su propia naturaleza supone una restricción de la libre competencia, ya que estas normas de homologación, aunque sean voluntarias, se están extendiendo e influyen notablemente en la competencia al incidir sobre las acciones y estrategias empresariales del futuro.

Finalmente, se ha de resaltar que las dos periciales practicadas en autos no han desvirtuado en absoluto las anteriores conclusiones. La del Ingeniero Industrial concluye señalando, en esencia, que si bien es cierto que es posible técnicamente el cumplimiento de las Normas UNE 36092/96, UNE, 36099/96 y UNE 36731/91 mediante ensayos de coste inferior a los exigidos por AENOR, la solución constructiva la elige el cliente final. El informe del Ingeniero de Caminos termina afirmando que también es posible el cumplimiento esas mismas normas mediante ensayos de coste muy inferior a los exigidos por AENOR, aunque ello depende del plan de muestreo finalmente aceptado por los agentes implicados en el proceso. Los citados pronunciamientos no contradicen ni justifican técnicamente la referida modificación de normas y su repercusión en la libre competencia.

En consecuencia, esta modificación sin justificación técnica alguna por parte de AENOR de los referidos Anexos del Reglamento Técnico de Certificación, que exige también la certificación de la AENOR para la materia prima del mallazo, supone un abuso de esa posición de dominio en dicho mercado que restringe la competencia en los términos de ocasionar que unas empresas se encuentren en situación desventajosa frente a otras, concretadas en aquellas que tienen que importar dicho alambón frente a las que no lo hacían, claro caso encuadrable en el *artículo 6.2, de la LDC* .

SEXTO.- Igual suerte desestimatoria ha de correr el recurso formulado por la otra demandante GP MANUFACTURAS DEL ACERO SA. Se ha de coincidir plenamente con el razonamiento del acto recurrido en que no se ha probado la concurrencia de la segunda conducta imputada por el Servicio de Defensa de la Competencia (única a la que se refiere la demanda de la citada segunda demandante y que no cuestiona en ningún momento el pronunciamiento de la resolución recurrida que tampoco declara acreditada la tercera imputación efectuada por el Servicio de Defensa de la Competencia).

La indicada actora no acredita con prueba objetiva su pretensión de extensión de esa conducta de la parte recurrente recogida en los hechos declarados probados en la resolución recurrida (y cuya certeza no desmiente) a los arriba citados tipos de infracción de la LDC(*art.1.1*), pues las alegaciones de la misma sobre la existencia de un supuesto acuerdo entre AENOR y empresas de la competencia de dicha entidad recurrente con el fin de perjudicarla a través de la referida modificación de anexos, y las posteriores conductas que la imputan, carecen de todo material probatorio que las acredite.

Coincide esta Sala con el acto recurrido en que AENOR, cuando, tal como se recoge en el apartado 5 de los hechos probados, emite en 1996 nuevas normas UNE, no incurre en una actuación abusiva de su posición dominio, puesto que los dos procedimientos previstos para que dicha entidad emita certificaciones de conformidad(ensayos o previas comprobaciones) es consecuencia de la certificación sucesiva de comprobaciones anteriores, siendo lógico y razonable este sistema dado que AENOR, por su naturaleza y características, no puede otorgar su marca, que es voluntaria, sin comprobar las características técnicas.

Pero es que, además, las alegaciones de GP MANUFACTURAS DEL ACERO SA respecto a que existe un posible acuerdo colusivo que implicaría la existencia de un concurso de infracciones, aparte de la dificultad de acreditar una relación concursal entre abuso de dominio con acuerdo restrictivo del *art.1 de la LDC* , no se apoyan en ninguna base probatoria, puesto que no se ha acreditado en autos un posible acuerdo entre esa entidad que emite la referida certificación y las empresas del sector que supuestamente

se han visto beneficiadas de una posible actuación restrictiva de la competencia en el sentido de que hubieran llevado a cabo tal acuerdo con esa ilícita finalidad. La indicada demandante se limita a exponer, a criterio de esta Sala, meras sospechas y suposiciones, pero en ningún caso, y no se ha de olvidar que estamos en materia sancionadora, se acredita la existencia de tal hecho(supuesto pacto con terceros) , que además no es objeto del acto recurrido, pues dicho elemento fáctico exige la concurrencia de terceros, esas empresas del sector que supuestamente se han visto beneficiadas de ese supuesto acuerdo restrictivo de la competencia en el mercado del mallazo y del alambón, las cuales no han sido nunca partes en dicho expediente sancionador. Finalmente, se ha de resaltar que la presencia de algunas de esas empresas, competidoras de dicha recurrente en el referido mercado, en los órganos colegiados de AENOR no supone por si mismo la existencia del acuerdo de voluntades que exige todo pacto colusorio como el alegado por la referida demandante.

En definitiva, por todos los anteriores razonamientos expuestos se ha de confirmar también por ser ajustado a derecho, el referido pronunciamiento de la resolución recurrida impugnado por la reiterada demandante

SEPTIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el *artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa* .

FALLAMOS

DESESTIMANDO el recurso contencioso administrativo interpuesto por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN(AENOR), representada por la Procuradora de los Tribunales doña María Isabel Campillo García, así como el presentado por la entidad G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO SA, representada por el Procurador don Jacinto Gómez Simón, ambos contra la resolución del Tribunal de la Competencia de 4 de septiembre de 2001, por la que se le declara a la primera recurrente arriba reseñada incurso en una práctica restrictiva de la competencia y se le intima a que cese en la misma y se declara no acreditadas las restantes practicas prohibidas imputadas por el Servicio de Defensa de la Competencia, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS la citada resolución recurrida por ser conforme a derecho.

No procede expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el *art. 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* .

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.