

Id. Cendoj: 28079130032010100325
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Resolución:
Fecha de Resolución: 11/11/2010
Nº de Recurso: 1220/2008
Jurisdicción: Contencioso
Ponente: EDUARDO ESPIN TEMPLADO
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA (expte. 469/99 TDC; 1050/94 SDG): ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO POR INSTAURAR AENOR UN SISTEMA DE CERTIFICACIÓN EN CASCADAS PARA LOS PRODUCTOS DE ACERO PARA HORMIGÓN AL MODIFICAR LOS ANEXOS DEL REGLAMENTO PARTICULAR DEL COMITÉ TÉCNICO DE CERTIFICACIÓN 017.Art. 16 Ley 16/89 (17-7) de Defensa de la Competencia.Ausencia de efectos anticompetitivos en mercado afectado y conexo.Actuación legítima en el mercado en que actúa AENOR y sin consecuencias anticompetitivas en otros mercados.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de Noviembre de dos mil diez.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1,220/2.008, interpuesto por la ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE NORMALIZACIÓN Y CERTIFICACIÓN (AENOR), representada por la Procuradora D^a M^a Isabel Campillo García, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 28 de diciembre de 2.007 en los recursos contencioso-administrativos acumulados 890 y 947/2.000 sobre práctica restrictiva de la competencia (expte. 469/99 del Tribunal de Defensa de la Competencia).

Son partes recurridas la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado, y G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO, S.A., representada por el Procurador D. Jacinto Gómez Simón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 28 de diciembre de 2.007, desestimatoria de

los recursos promovidos por la Asociación Española de Normalización y Certificación (en lo sucesivo, AENOR) y por G.P. Manufacturas del Acero, S.A. contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia dictada en el expediente de dicho organismo nº 469/99 (1050/94 del Servicio de Defensa de la Competencia) en fecha 4 de septiembre de 2.000. En dicha resolución se declaraba acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia, prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia, 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, intimándose a AENOR para que cesara en la misma y se abstuviera de realizarla en el futuro, al tiempo que declaraba no acreditadas las restantes prácticas prohibidas imputadas.

SEGUNDO .- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante AENOR presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 24 de abril de 2.008, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO .- Emplazadas las partes, la representación procesal de AENOR ha comparecido en forma en fecha 19 de junio de 2.008, mediante escrito interponiendo recurso de casación al amparo del apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, formulando un único motivo por infracción del artículo 6.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

Termina su escrito suplicando que se dicte sentencia por la que se anulen la recurrida y la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia en cuanto a los pronunciamientos recurridos, con las consecuencias inherentes en cuanto a las costas.

El recurso de casación ha sido admitido por providencia de la Sala de fecha 31 de octubre de 2.008.

CUARTO .- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se desestime el mismo e imponga las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo establecido en la Ley jurisdiccional.

Asimismo se ha opuesto al recurso de casación la también comparecida G.P. Manufacturas del Acero, S.A., cuya representación procesal suplica en su escrito que se dicte sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso, confirmando la recurrida, con imposición de las costas a la recurrente.

QUINTO .- Por providencia de fecha 1 de julio de 2.010 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso el día 26 de octubre de 2.010, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Objeto y planteamiento del recurso de casación.

La Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) impugna en casación la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 4 de septiembre de 2.000, por la que se declaraba acreditada la realización de una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia 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, intimándole para que cesase en dicha práctica y se abstuviera de realizarla en el futuro.

La Sentencia recurrida desestimó el recurso contencioso administrativo entablado previamente por AENOR con las siguientes razones jurídicas:

" 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 adquiriera 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 adquiriera 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 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 esa 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 alambrión 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.

[...]

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 alambroón, 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 alambroón 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 alambroón, 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 alambroón, 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 alambroón 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 alambro frente a las que no lo hacían, claro caso encuadrable en el artículo 6.2, de la LDC." (fundamentos jurídicos primero y quinto)

El recurso se formula mediante un único motivo, acogido al apartado 1.d) del artículo 88 de la Ley de la Jurisdicción . En él se arguye que se ha infringido el artículo 6.2 de la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio), por entender que la conducta sancionada no constituía una práctica abusiva de su posición de dominio en el ámbito de la certificación ni en ningún otro mercado conexo.

SEGUNDO .- Sobre el significado de la conducta sancionada según el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Sentencia impugnada.

Como se puede constatar en los hechos declarados probados en la resolución administrativa sancionadora, recogidos en el fundamento de derecho primero de la Sentencia impugnada que se ha reproducido supra -y no discutidos por la parte-, en 1.993 la entidad certificadora AENOR modificó los anexos del Reglamento Particular del Comité Técnico de Certificación 017 de la propia entidad, de forma que se instauró un sistema de certificación en cascada para los productos de acero para hormigón, según el cual la obtención de la marca AENOR (marca N) para el producto final (la malla electrosoldada o mallazo, comúnmente denominado hormigón armado) requería que los productos de acero empleados para su fabricación (materia prima -alambro- y productos intermedios -alambres lisos o corrugados-) estuviesen también en posesión de la citada marca N. También constituye un hecho no controvertido que dicha modificación supuso eliminar dos alternativas previamente existentes para admitir la certificación del mallazo, que eran el que los productos de acero empleados poseyeran otra marca de calidad y seguridad equivalentes o bien la realización de pruebas a cada partida por un procedimiento establecido por el fabricante y admitido por el Comité de Certificación.

En síntesis, de acuerdo con la resolución sancionadora y con la Sentencia impugnada, al modificar AENOR sus reglamentos y suprimir los medios alternativos para aceptar los productos de acero a los efectos de poder certificar el hormigón armado resultante, se perjudicaba la importación del alambro, puesto que aunque la obtención de la marca N fuese voluntaria, al ser muy mayoritaria constituía una barrera comercial impuesta por AENOR. Tanto el Tribunal de Defensa de la Competencia como la Sala de

instancia consideran que pese a que dicha barrera no tuvo efectos perjudiciales para la importación y uso de alambón no certificado, dadas las circunstancias de absoluto predominio en los mercados del alambón y del hormigón del uso de la marca de calidad N, dicho cambio requería estar justificado técnicamente. De lo contrario, se afirma, supone una restricción de la libre competencia, pues las normas de homologación, aunque sean voluntarias, influyen notablemente en la competencia. En términos de la resolución sancionadora, aunque es verdad que "los hechos se producen en el plano de la certificación voluntaria, y que esta no es imprescindible para la comercialización del alambón, dada la fidelidad masiva que se produce a la marca N (como antes se ha dicho, entre el 63,87% y el 70% de las mallas vendidas en España ostenta dicha marca), la necesidad de someter a certificación la materia prima constituye un nuevo obstáculo y barrera comercial impuesto unilateralmente por AENOR, que es la única empresa que presta, de hecho y de derecho, este servicio de certificación". Y, en palabras de la Sala, recogiendo afirmaciones de la propia resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, la modificación realizada, sin justificación técnica alguna, que requiere la certificación de AENOR también 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 una empresas se encuentren en situación desventajosa frene a otras, concretadas en aquellas que tienen que importar dicho alambón frene a las que no lo hacían, caso claro encuadrable en el artículo 6.2 de la LDC" (fundamento de derecho quinto , in fine de la Sentencia recurrida).

TERCERO .- Sobre la conducta sancionada en el mercado de los servicios de certificación de calidad.

Frente a la decisión adoptada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y avalada por la Sentencia de instancia, según se comprueba en el fundamento jurídico quinto que se ha reproducido, la entidad recurrente entiende que dicha exigencia de una certificación en cascada para los productos de acero para hormigón no constituye un abuso de posición dominante ni en el mercado de la certificación, ni tiene efectos anticompetitivos en otros mercados conexos como el de los productos de acero para hormigón o del propio hormigón.

Veamos en primer lugar la imputación relativa al abuso de posición dominante en relación con el mercado de la actividad propia de AENOR, la certificación de calidad. Y, en realidad, de las consideraciones incorporadas en la Sentencia recurrida, que en sustancia reproducen las de la resolución sancionadora, apenas hay referencias a este mercado en el que la parte recurrente desarrolla su actividad. En efecto, toda la ratio decidendi de la justificación de la sanción se refiere a la repercusión de la conducta sancionada en la importación y uso de los productos de acero empleados para fabricar el hormigón armado, como consecuencia de la indiscutible posición dominante de AENOR en el mercado de la certificación. Pero tiene razón la recurrente en que en ningún caso se justifica que su conducta le haya originado una posición más ventajosa en el propio mercado de su actividad. En el momento en que tuvo lugar la conducta supuestamente infractora, AENOR era la única entidad que ejercía funciones de certificación, por lo que su posición dominante -en puridad, única-, esta fuera de discusión. Y sin embargo, con posterioridad, a partir de 1.997 y por tanto estando vigentes la nuevas exigencias de certificación de AENOR que han ocasionado la sanción por abuso de posición dominante, la entidad AIDICO se ha incorporado a la actividad de certificación, lo que constituye un hecho a tener en cuenta respecto de los posibles efectos anticompetitivos de la conducta sancionada.

En realidad, de los hechos declarados probados por la Sentencia recurrida y de la propia naturaleza del mercado principal en el caso de autos, esto es, el del mercado de los servicios de certificación, debe concluirse que la conducta sancionada no incurre en abuso de posición de dominio en el mismo. En primer lugar, hay que tener en cuenta que dicho mercado es, por definición, abierto, de forma que no existe limitación alguna a la incorporación de nuevas entidades certificadoras que compitan en el mismo, para las que basta que cumplan las exigencias legales previstas en la normativa correspondiente. Y, por otra parte, en el caso que se examina la certificación de calidad (del alambión y del hormigón armado) es voluntaria, no obligatoria para las empresas que adquieren o emplean dichos productos.

En segundo lugar, si bien es necesario admitir que una entidad certificadora dominante como lo es AENOR pudiera incurrir en prácticas abusivas de su posición, en principio no parece verosímil que la imposición de normas de calidad más estrictas para obtener una determinada certificación pueda constituir un abuso de posición de dominio en el propio mercado de los servicios de certificación. En efecto, una conducta semejante, como lo es la sancionada, resulta evidentemente más beneficiosa para otras eventuales entidades certificadoras, que pueden mantener unas exigencias menores, pero suficientes desde el punto de vista técnico, para certificar la calidad de un producto.

Así, si AENOR exige a partir de 1.994 que los productos de acero empleados para el mallazo estén previamente certificados por la propia entidad, ello abre más posibilidades de certificación a entidades hipotéticamente competidoras, quienes podrían aceptar la certificación del mallazo aun sin estar certificado previamente el alambión empleado para producirlo. En la medida en que una entidad certificadora eleva sus exigencias más allá de lo estrictamente necesario por razones técnicas, abre más campo a las entidades competidoras que podrían, en su caso, especificar sus requerimientos técnicos en el margen existente entre los límites técnicamente indispensables y los exigidos por la entidad dominante.

En suma, ni por la naturaleza de la conducta y del mercado de los servicios de certificación, ni porque se hayan podido comprobar efectos anticompetitivos en el mismo, cabe calificar la conducta de AENOR como incurso en abuso de posición dominante en dicho mercado.

CUARTO .- Sobre la conducta sancionada en el mercado del de alambión y del hormigón armado.

Tal como se ha dicho antes, en realidad todas las consideraciones relevantes de la resolución administrativa sancionadora y de la Sentencia impugnada se refieren a los efectos de la conducta sancionada en el mercado del alambión destinado a la fabricación del mallazo u hormigón armado.

Debe señalarse en primer lugar que, efectivamente, puede haber supuestos en los que una conducta realizada en un mercado tenga efectos anticompetitivos contrarios a las previsiones del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia en otro mercado. Y en el caso presente, aunque no se diga expresamente, todos los razonamientos de la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Sentencia impugnada recogidos en el fundamento de derecho segundo de esta Sentencia lo que sostienen es que la conducta de AENOR, dominante en el mercado de los servicios de certificación, ha producido efectos anticompetitivos en otro mercado, el del alambión destinado a la fabricación de mallazo. En efecto, sólo en referencia a

dicho mercado cobran sentido las imputaciones que expresamente se le dirigen a AENOR de que su decisión de instaurar el sistema de certificación en cascada que se discute "supone una limitación en este campo -de la importación del alambro- al dificultarse la entrada en el exterior de esa materia prima, sin que en ningún caso se haya justificado técnicamente tal cambio-"; que aunque la certificación sea voluntaria "lo cierto es que al ser muy mayoritaria (entre el 63 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"; que "dicho cambio, dadas 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 son voluntarias, se están extendiendo e influyen notablemente en la competencia al incidir sobre las acciones y estrategias empresariales del futuro"; y, en fin, que "en consecuencia, esta modificación sin justificación técnica alguna por parte de AENOR a 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 alambro frente a las que no lo hacían, claro caso encuadrable en el artículo 6.2, de la LDC" (citas todas ellas del fundamento de derecho quinto de la Sentencia recurrida, reproducido íntegramente más arriba).

En definitiva, de lo que se acusa a AENOR y por lo que se le sanciona es de que, siendo dominante en el ámbito de los servicios de certificación, al instaurar el nuevo sistema de certificación en cascada ya descrito en el campo del alambro y del hormigón armado, impuso condiciones anticompetitivas a las empresas que importaban alambro no certificado para hormigón, dado el seguimiento masivo que en España posee la marca de certificación N de AENOR; todo ello a pesar de no detectarse pérdida de mercado de la empresa denunciante ni del uso del alambro no certificado en España en los años posteriores a adoptar AENOR el referido sistema de certificación cascada.

Pues bien, es preciso admitir el motivo también en este punto y estimar el recurso de casación de AENOR. En primer lugar, hay que tener en cuenta la falta de efectos anticompetitivos de la conducta sancionada, como se recoge en la propia resolución sancionadora y en la Sentencia recurrida. Es verdad que ello no impide que una conducta pueda infringir el derecho de la competencia porque pueda bien perjudicar a los competidores, bien suponer una ventaja anticompetitiva sin estar amparada por una estrategia comercial legítima (por ejemplo, en el supuesto visto en la reciente Sentencia de 1 de junio de 2.010 -RC 4.222/2.007 -, en el sector del gas natural). Pero ciertamente en tales supuestos la conducta debe estar claramente caracterizada por los dos circunstancias mencionadas: en primer lugar, la de ser susceptible de perjudicar a los competidores o de originar una ventaja a la empresa dominante y, en segundo lugar, no estar amparada por una estrategia comercial legítima (véase, a este efecto, la Sentencia de esta Sala de 20 de junio de 2.006 -RC 9.174/2.003 -).

Ahora bien, en el presente supuesto es preciso tener presente que estamos considerando los efectos de una conducta no en el propio mercado (el de los servicios

de certificación), sino en un mercado conexo, el del alambión, por lo que el carácter anticompetitivo de la conducta debe ser especialmente claro. Y del examen de las circunstancias de hecho que concurren se deduce que, por un lado, no se constata la posibilidad de que la conducta discutida pueda causar un perjuicio a los sujetos actuantes en dicho mercado conexo y que, por otro, que en contra de lo que se sostiene en la resolución sancionadora y en la Sentencia recurrida, cuenta con una justificación empresarial legítima y suficiente.

En cuanto a la causación de perjuicios, no es posible admitir los razonamientos del Tribunal de Defensa de la Competencia, avalados por la Sentencia de instancia. La importación de alambión no resulta perjudicada puesto que el origen importado o no de dicho material no predetermina que se le pueda someter o no a la certificación AENOR. La empresa denunciante puede importar alambión de más o menos calidad, lo que depende exclusivamente de su estrategia comercial y, en cualquier caso, de ella depende someterlo a dicha certificación y, de no obtenerla, importar otro de más calidad. Pero que AENOR haya establecido un sistema de certificación del hormigón armado que requiere la previa certificación del alambión no supone por sí mismo un perjuicio para las empresas que importen alambión frente a las que no lo hacen. El alambión, importado o no, puede ser sometido a la certificación AENOR y ello dependerá exclusivamente de la voluntad de la empresa que emplea dicha materia prima, así como de la calidad del alambión que adquiera, sea nacional o importado.

En cuanto a la justificación de la conducta supuestamente anticompetitiva, tampoco es posible aceptar las afirmaciones de la resolución sancionadora, reiteradas en la Sentencia recurrida. En esencia, se sostiene que la conducta sancionada es ilegítima porque tiene efectos anticompetitivos en el mercado conexo sin estar justificada técnicamente, en el sentido de que no hay razones técnicas que exijan la implantación de un sistema de certificación en cascada. En primer lugar, una vez descartado el que la adopción de dicho sistema de certificación sea susceptible de provocar efectos anticompetitivos en el mercado conexo, no resulta ya imprescindible encontrar una especial justificación para dicha decisión. Pero, en todo caso, no es posible aceptar que sólo fuera posible instaurar el referido sistema de certificación en el supuesto de que fuese el único medio técnicamente posible para certificar el producto resultante, el hormigón armado o mallazo. Antes al contrario, teniendo en cuenta que la entidad sancionada actúa en el mercado de los servicios de certificación, basta para entender que su decisión es admisible su opción empresarial de elevar o garantizar más plenamente el standard técnico requerido para certificar voluntariamente el mallazo, exigiendo una certificación en cadena de los materiales empleados en su fabricación, o bien su deseo de facilitar por ese medio el procedimiento para otorgar dicha certificación. Cualesquiera de dichas razones constituye una opción empresarial legítima en el ámbito en el que AENOR actúa, tanto más, como ya se ha indicado, cuanto que no es posible percibir los efectos anticompetitivos en los mercados conexos del alambión y del hormigón armado que se han atribuido a su decisión. A lo que se ha de añadir la circunstancia, ya mencionada, de que semejante elevación del standard de una certificación tampoco puede considerarse perjudicial, sino al contrario, para otras entidades que quisiesen entrar en el mercado de los servicios de certificación.

Estimado el recurso de casación, las razones expresadas en los dos últimos fundamentos de derecho llevan también, como es obvio, a la estimación del recurso contencioso administrativo previo 890/2.000 entablado por la propia entidad AENOR. Por contra, nuestra decisión en esta casación deja en sus propios términos la desestimación del recurso contencioso administrativo 947/2.000, acumulado con el anterior y entablado por la empresa denunciante GP Manufacturas del Acero, S.A.,

contra la misma
recurrida en esta casación.

Sentencia de instancia 28 de diciembre de 2.007

QUINTO .- Conclusión y costas.

Las consideraciones expuestas en los anteriores fundamentos de derecho significan la estimación del recurso de casación entablado por AENOR y la estimación asimismo del recurso contencioso administrativo previo número 890/2000 interpuesto por la misma entidad, declarando nula y sin efecto la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 4 de septiembre de 2.000 en lo que respecta a los apartados primero y segundo de su parte dispositiva, relativos a la primera de las imputaciones examinadas en dicha resolución.

Según lo previsto en los artículos 95.3 y 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción , no concurren las circunstancias para imponer las costas ni en la instancia ni en la casación.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

1. Que HA LUGAR y por lo tanto ESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por la Asociación Española de Normalización y Certificación contra la sentencia de 28 de diciembre de 2.007 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en los recursos contencioso-administrativos acumulados 890 y 947/2.000 , sentencia que casamos y anulamos en cuanto a la desestimación de la demanda formulada por dicha Asociación, manteniendo la desestimación del recurso formulado por G.P. Manufacturas del Acero, S.A. que la misma declara.

2. Que ESTIMAMOS el citado recurso contencioso-administrativo formulado por la Asociación Española de Normalización y Certificación contra la resolución del Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia de 4 de septiembre de 2.000 dictada en el expediente administrativo 469/99 (1050/94 del Servicio de Defensa de la Competencia), resolución que anulamos en lo que respecta a los apartados primero y segundo de su parte dispositiva.

3. No se hace imposición de las costas causadas en el recurso contencioso-administrativo ni de las del de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Pedro Jose Yague Gil.-Manuel Campos Sanchez-Bordona.-Eduardo Espin Templado.-Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.-Maria Isabel Perello Domenech.-Firmado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Espin Templado, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Secretario, certifico.-Alfonso Llamas Soubrier.-Firmado.-