

RESOLUCIÓN (Expte. 469/99, AENOR)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Huerta Trolèz, Vicepresidente
Hernández Delgado, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal
Comenge Puig, Vocal
Martínez Arévalo, Vocal
Franch Menéu, Vocal
Muriel Alonso, Vocal

En Madrid, a 4 de septiembre de 2000

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia (el Tribunal, TDC), con la composición expresada al margen y siendo Ponente la Vocal Dña. M0 Jesús Muriel Alonso, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente 469/99 (1050 del Servicio de Defensa de la Competencia: el Servicio, SDC), iniciado por denuncia de GP Manufacturas del Acero S.A. contra la Asociación Española de Normalización y Certificación, (en adelante, AENOR), por haber incurrido en prácticas anticompetitivas tipificadas en los artículos 6 y 7 de la Ley de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El día 17 de enero de 1994, tres empresas fabricantes de mallas electrosoldadas de acero para hormigón (mallazo), Pérez Curto-La Coruña, Riviere y GP Manufacturas del Acero S.A., formularon denuncia contra AENOR. Los hechos que eran objeto de denuncia consistían, básicamente, en los siguientes: el 7 de octubre de 1993, el Comité Técnico de Certificación de productos de acero para hormigón de AENOR (en adelante, CTC-017), aprobó una modificación de los Anexos del Reglamento Particular del CTC-017 por la que, para lograr la certificación del mallazo, era necesario que el alambrón estuviera también certificado.

Según las denunciantes, con este cambio, en España sólo podrá obtener la marca de calidad AENOR el mallazo que utilice en su fabricación alambrón con marca AENOR y no, como sucedía antes, que existía la posibilidad de utilizar alambrón con marca AENOR u otra equivalente o, en su defecto, se

establecía la posibilidad de un procedimiento de recepción y comprobación por el Comité Técnico de Certificación. Ahora, al no contemplarse alternativas y dado que la marca AENOR sólo se concede al alambión producido en España; las empresas transformadoras (como las denunciadas), que utilizan como materia prima el alambión, tienen que utilizar el fabricado en España, siendo imposible la utilización de alambión importado.

Según las denunciadas, esta modificación responde a la política de las empresas siderúrgicas que, de un lado, han llevado a cabo una integración vertical mediante la creación o compra de empresas transformadoras que compiten con las empresas independientes del sector y, por ello, tratan de aprovechar en beneficio propio su presencia en el CTC-017 de AENOR, de modo que quieren lograr el privilegio de la exclusividad del suministro de dicha materia prima -el alambión-, a toda la industria transformadora.

2. El Servicio, tras abrir una información reservada (durante la que se requirió información del M1 de Industria, de la propia AENOR, y se realizó un informe sobre la situación del sector siderúrgico en España, así como de las funciones y papel que desempeña AENOR en este mercado, que obra en los folios 487 y siguientes del expediente), acordó el 27.09.1995 el archivo de la denuncia. Contra dicho Acuerdo se formuló recurso (expte. r 136/95) sólo por la empresa GP Manufacturas del Acero S. A., siendo estimado por Resolución de este Tribunal de 17 de junio de 1996 (obra en los folios 577 y siguientes). Con fecha 3 de julio de 1996 se dicta Providencia acordando incoar expediente sancionador contra AENOR.
3. El 29 de octubre de 1996, GP presenta nuevo escrito de alegaciones. En dicho escrito, además de ratificarse en su primitiva denuncia, la amplía señalando nuevos hechos, que consistían en los siguientes:
 - afirma que en abril de 1996, AENOR, en virtud de las facultades de normalización que tiene encomendadas por la normativa vigente, ha aprobado nuevas versiones de las siguientes normas UNE: la UNE 26092, relativa a mallas electrosoldadas, la UNE 36099, relativa a alambres corrugados para armaduras de hormigón armado y la UNE 36731 relativa a alambres lisos de acero para mallas electrosoldadas y para armaduras básicas para viguetas armadas. Según estas nuevas normas es preciso la certificación de producto AENOR para obtener la conformidad a las normas UNE, de manera que ahora existen dos posibilidades para lograr la conformidad a las normas UNE:
 - * tener la marca AENOR, exigiéndose la certificación en cascada.

- * someterse a una serie de ensayos, que resultan muy costosos, por lo que este sistema es prácticamente inviable.

De esta forma, lo que se está produciendo es una utilización discriminatoria de las facultades públicas que tiene AENOR en favor de quienes están en posesión de su marca, incurriéndose en una infracción del art.6.2 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, al exigirse condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, colocando a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

4. Mediante Acuerdo del Director del Servicio de 17 de diciembre de 1996, se propusieron al Tribunal medidas cautelares, que fueron denegadas (expte. MC 19/96) por Resolución de este Tribunal de 24 de febrero de 1997. Tras la práctica de diversas actuaciones, por Providencia del Director del Servicio de 22 de mayo de 1998 se acordó una incoación complementaria, siguiéndose el expediente contra AENOR por las siguientes conductas:

- * por la modificación de los Anexos técnicos del Reglamento del CTC-017 a través de la cual se establece un sistema de certificación en cascada de los productos de acero para hormigón.
- * por la emisión de nuevas normas UNE para productos de acero para hormigón.
- * y por la publicidad y presentación al mercado de dichas normas.

5. Por providencia de 19 de octubre de 1998, se formula el correspondiente Pliego de Concreción de Hechos, estableciéndose acreditados, entre otros, los siguientes hechos:

1. *A principios del 94, AENOR modificó los anexos técnicos del reglamento particular del Comité Técnico de Certificación (RP del CTC-017) de los productos de acero para hormigón, estableciendo un particular sistema de certificación en cascada. Como consecuencia de este sistema, para certificar y poseer la marca N para las mallas se hace imprescindible que la materia prima, el alambrón, tenga la marca N.*

Antes de la modificación de los anexos se admitía la posibilidad de utilizar alambrón certificado bien por AENOR o bien por una marca equivalente. En concreto, los anexos decían: Ael alambrón utilizado deberá 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 alambrón no certificado, deberá

notificarse previamente al Comité de Certificación, y cada partida adquirida deberá ser recepcionada 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.

- 2. El Comité Técnico de Certificación CTC-017 “Productos de acero para hormigón”, aprobó en su reunión del día 01-31-1995 la retirada a G-P. Manufacturas del Acero, S.A de la Marca AENOR para alambres corrugados (según el anexo 3.3 al RP/CT-017) y para mallas electrosoldadas (según el anexo 3.4 al RP/CTC-017).*

- 3. En el año 1996 AENOR emitió unas nuevas normas UNE para los productos de acero para hormigón, la UNE 36092/96, para mallas, la UNE 36099/para alambres corrugados y la UNE 36731/96 para alambres lisos. Para ser conforme a dichas normas se admiten dos vías alternativas:*
 - * El sometimiento de cada suministro del producto a una serie de ensayos técnicos (la vía de ensayos).*

 - * La certificación del producto. Es decir, se admite que el producto será conforme a las mismas siempre que éste se haya sometido a un proceso de certificación, estableciéndose en dichas normas, única y exclusivamente, la certificación de AENOR a través de la marca N, y no de otras entidades certificadoras equivalentes.*

- 4. AENOR, junto con Calidad Siderúrgica que desempeña la Secretaría del CTC-017 realizan una intensa campaña de promoción de la marca N y de las nuevas normas UNE/96 entre el sector y profesionales de la construcción.*

En la carátula de dichas normas aparece el siguiente Texto: “esta norma sustituye y anula a las normas UNE 36092/1 de fecha noviembre de 1981 y UNE 36092/2 de fecha septiembre de 1981.

Siendo esta afirmación falsa, puesto que las normas UNE no han quedado eliminadas al estar todavía vigente la instrucción EH-91.

5. *El borrador de la nueva instrucción EHE-98, que sustituirá a la actual EH-91 como instrucción obligatoria para las obras de hormigón armado reconoce parcialmente las normas UNE/96 para los aceros para hormigón, concretamente reconoce la vía de los requisitos técnicos o ensayos, pero no la vía de certificación de estas normas por considerarla restrictiva”.*
6. Notificado dicho Pliego de Concreción de Hechos a los interesados, por Providencia de 23 de diciembre de 1998, se acordó por el Instructor la práctica de nuevas pruebas a instancia de la denunciante, dictándose con fecha 13 de septiembre Providencia dando por concluidas las actuaciones. El 15 de septiembre de 1999 se emite el Informe-Propuesta, remitiéndose el expediente al Tribunal.

En dicho Informe-Propuesta se mantienen los hechos declarados probados en el Pliego de Concreción de Hechos antes señalado y, después de rechazar las alegaciones efectuadas por AENOR al mismo, efectúa la siguiente calificación de las infracciones que imputa a AENOR:

- a) La primera infracción se refiere a la modificación de los anexos técnicos del Reglamento de Certificación de la marca de calidad voluntaria. Según el Servicio, la creación de este sistema de certificación en cascada puede constituir un abuso de posición de dominio de AENOR prohibido por el art. 6 de la LDC, porque refuerza su posición de dominio en el mercado relevante, establece condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y erige barreras al comercio internacional.
- b) La segunda de las imputaciones consiste en la emisión de las nuevas normas UNE para mallas electrosoldadas, alambres corrugados para armaduras y alambres lisos para mallas y armaduras. En virtud de dichas normas, para obtener la marca AENOR para los productos citados, es preciso que la materia prima tenga la marca AENOR, limitando considerablemente la posibilidad de ser conforme a ellas.

Según el Servicio, este nuevo sistema refuerza la posición de dominio de AENOR en la actividad de certificación, constituyendo un monopolio para dicha actividad que debería realizar con otras entidades certificadoras y estableciendo condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Por ello, considera que ha infringido el art. 6 de la LDC, si bien expresa que ha hecho uso de sus facultades de normalización.

7. Finalmente, la última de las infracciones que se imputan a AENOR consiste en la realización de un acto de competencia desleal tipificado en el art. 7 de la LDC por haber realizado una publicidad excesiva y engañosa de las normas UNE antes expresadas. Así, afirma el Servicio que AENOR efectuó una publicidad masiva de dichas normas habida cuenta que publicó más de 20.000 ejemplares y que, además, era engañosa toda vez que en dicha publicidad se afirmaba “que las nuevas normas sustituían a las normas UNE 36092/81, cuando éstas estaban todavía vigentes y son las únicas obligatorias”.

El Servicio concluye dicho Informe con la siguiente Propuesta:

PRIMERO: que se declare la existencia de las siguientes conductas prohibidas:

1. Infracción del artículo 6 de la LDC 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 técnicos del RP del CTC-017.
2. 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 36731/96 para alambres lisos.
3. Infracción del artículo 7 de la LDC, al desarrollar una campaña de publicidad engañosa, que ha falseado la libre competencia en el mercado relevante.

SEGUNDO: que se intime a AENOR para que en el futuro se abstenga de realizar estas prácticas prohibidas.

TERCERO: que se ordene a AENOR la publicación a su costa, de la parte dispositiva de la Resolución que se dicte en el BOE y en un diario de información general que tenga difusión en todo el territorio nacional.

CUARTO: que se impongan las correspondientes sanciones económicas.

7. El día 16 de septiembre de 1999 tuvo entrada el expediente en el Tribunal, dictándose el día 22 del mismo mes la Providencia de admisión a trámite, nombramiento de Ponente y puesta de manifiesto del expediente a los interesados por plazo de quince días para proposición de prueba y solicitud de vista.

En el expediente tramitado ante este Tribunal ambas partes han presentado alegaciones y propuesto prueba, solicitando la celebración de Vista. Por Auto

de fecha 23 de diciembre de 1999, se aceptó la práctica de ciertas pruebas, decidiéndose en el mismo Auto celebrar Vista.

8. Concluido el período de prueba, por Providencia de 8 de febrero de 2000, se puso su resultado de manifiesto a los interesados para que la valoraran, por un plazo de 10 días, formulando los interesados los correspondientes escritos alegando cuanto consideraron oportuno en defensa de sus intereses. Por Providencia de 17 de abril de 2000, se señaló la celebración de Vista, que tuvo lugar el día 8 de junio del corriente año, en la sede de este Tribunal, y en la que intervinieron el Servicio y ambos interesados.

En dicho acto, el Servicio de Defensa de Competencia reiteró el contenido del Pliego de Cargos y del Informe-Propuesta, estimando suficientemente justificada la realidad de las infracciones imputadas a AENOR, solicitando que se dictase una Resolución en tal sentido.

La denunciante, GP Manufacturas del Acero S.A., compartiendo los razonamientos expuestos por el Servicio, insiste en los perjuicios que para ella se han derivado de la actuación de AENOR, solicitando también que en la Resolución que se dicte por este Tribunal se declaren las infracciones imputadas a AENOR por el Servicio, imponiéndole la sanción que proceda.

Por contra, la parte denunciada, AENOR, se opone a las pretensiones del Servicio y de la denunciante, reiterándose en sus anteriores alegaciones que, básicamente, consisten en lo siguiente:

- En primer lugar, atribuye al expediente tramitado determinadas vulneraciones de carácter procedimental. Así señala que, con posterioridad a la formulación del Pliego de Concreción de Hechos, se han practicado diversas pruebas a instancia de la denunciante, prescindiéndose por ello del procedimiento establecido, que no prevé dicha actuación.
- En segundo lugar, niega la existencia de posición de dominio de AENOR en el mercado de productos de Acero para Hormigón, señalando que AENOR no opera en el mismo mercado en el que actúa la denunciante y que, en consecuencia, no tiene interés alguno en beneficiarla ni perjudicarla .
- Niega también la existencia de “abuso”, señalando que la certificación es voluntaria “de iure” y “de facto”, no siendo necesaria la marca AENOR para operar en el mercado de malla, existiendo un mercado de malla sin certificar que asciende al 36,8% del total. Señala, además, la inexistencia de discriminación alguna por parte de AENOR, toda vez

que ésta concede su marca con independencia del origen de la materia prima, pudiendo acceder la denunciante al mercado de malla certificada en las mismas condiciones que los demás, indicando que las cifras de importación de alambión no han descendido como consecuencia de la implantación del sistema de certificación en cascada, de lo que se desprende claramente que dicho sistema no constituye una barrera a la importación.

- Finalmente, señala que la norma UNE 36092 continúa siendo voluntaria, y que el hecho de que la misma sólo mencione como vía de certificación la marca AENOR se debe a que en España no existe otro sello de calidad que certifique conforme a dichas Normas UNE, niega la existencia de engaño en la publicidad de las Normas UNE, señalando que no existe confusión alguna en cuanto a las normas realmente vigentes, e indicando, además, que dicha publicidad se realizó por Calidad Siderúrgica.

Por todo ello, solicita se declare la inexistencia de conductas infractoras de la competencia por parte de AENOR, acordando el sobreseimiento del expediente.

9. El Pleno del Tribunal deliberó y adoptó la presente Resolución en su reunión del día 18 de julio de 2000.

Son interesados:

- GP Manufacturas del Acero S.A.
- La Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR)

HECHOS PROBADOS

El Tribunal considera 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 la obtención de la marca de AENOR. La obtención de dicha marca exime de la homologación y acreditación de conformidad, ostentando el 100% del alambrón 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 certificación en cascada. Según este sistema para otorgar la marca N a las mallas (mallazo) es preciso que la materia prima -el alambrón- tenga la marca N.

Antes de dicha modificación los anexos establecían: “El alambrón utilizado 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 alambrón no certificado, deberá notificarse previamente al Comité de certificación, y cada partida adquirida deberá ser recepcionada 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 S.A., 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 mallas 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 de 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 a 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 S.A. 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 alambroón importado desde el año 1996 hasta el año 1999, ha pasado de 401.390 pesetas a 6.012.730 pesetas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Constituye el objeto de la presente Resolución determinar si, como afirma el Servicio, AENOR ha infringido los artículos 6 y 7 de la LDC.

Para ello, siguiendo el orden de las alegaciones que en su defensa efectúa AENOR, se han de examinar, básicamente, tres cuestiones:

- Una primera, relativa a los defectos formales en la tramitación del expediente por haberse practicado prueba a instancia de la denunciante, después de la formulación del Pliego de Concreción de Hechos.
- Otra segunda, referente a si AENOR ostenta o no una posición dominante.
- Finalmente, en el caso de que se diese una respuesta afirmativa, determinar si AENOR ha abusado de la misma en los términos señalados por el Servicio, realizando también actos de competencia desleal en los términos prohibidos por el artículo 7 de la LDC.

Entrando en el análisis de la primera de las cuestiones, conviene precisar que, como es sabido, el Pliego de Concreción de Hechos es el acto que fija los hechos que configuran la acusación y las personas imputadas, de manera que todo el procedimiento posterior no puede desviarse de los allí fijados. En este sentido no resulta ocioso recordar que el Tribunal de Justicia Europeo ha declarado reiteradamente (entre otras, Sentencia 13 de febrero de 1979, Hoffman-La Roche, 18 de diciembre de 1992 Cimenteries CBR y otros/Comisión y de 23 de febrero de 1994, CB y Europa/Comisión) que *“el respeto de los derechos de defensa exige que, desde la fase del procedimiento administrativo, se ofrezca a la empresa interesada la posibilidad de manifestar adecuadamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos, imputaciones y circunstancias alegadas por la Comisión, de manera que el pliego de cargos debe facilitar a la empresa todos los elementos necesarios para que pueda defenderse de forma eficaz. En el pliego de cargos deben mencionarse con claridad todos los elementos esenciales...”*.

Pues bien, en el presente caso es claro que se ha respetado dicho principio. En efecto, debe destacarse que las pruebas de cuya práctica se queja la denunciada no han alterado ni variado los hechos declarados probados en el Pliego de Concreción de Hechos, resultando inconsistentes y de nula relevancia para la resolución del expediente, por lo que es evidente que la práctica de dichas pruebas no ha podido producir indefensión alguna a AENOR, que en ningún momento alega de qué modo ha podido afectar a su derecho de defensa el hecho de haberse practicado dichas pruebas, pudiendo tan sólo constituir una “irregularidad no invalidante”, que, según criterio jurisprudencial aplicado con carácter general (entre otras STS , Sala 30 1 octubre 1999), no puede ser aceptada como causa de nulidad del expediente tramitado ante el Servicio.

En este sentido se ha pronunciado también el Tribunal de Justicia Europeo, Sala tercera, en Sentencia 7 octubre 1999, Irish Sugar plc, pues, si bien no se refiere concretamente a la práctica de pruebas, es aplicable al presente caso cuando señala que *“el hecho de haber tenido en cuenta un argumento alegado por una empresa no constituye, en cuanto tal, una violación de los derechos de defensa, cuando dicho argumento no modifica la naturaleza de los cargos que se imputan”*.

En definitiva, teniendo en consideración que la práctica de las pruebas denunciadas no ha modificado los cargos imputados a la expedientada y que dichos cargos se expusieron con la suficiente claridad y

precisión en el pliego de concreción de hechos para que AENOR pudiera tomar conocimiento de los mismos y defenderse, ha de concluirse que no existe infracción alguna de las normas que rigen los actos y garantías procesales que le hayan producido una efectiva y real indefensión, procediendo la desestimación de la alegación formulada por AENOR.

SEGUNDO: En lo que respecta ya al fondo del asunto dado que, como antes se ha señalado, las prácticas anticompetitivas que, en primer término, el Servicio imputa a AENOR consisten en la infracción del artículo 6 de la LDC mediante la explotación abusiva de la posición dominante que ocupa en el mercado de la certificación voluntaria de las mallas electrosoldadas de acero para hormigón armado es necesario exponer brevemente los siguientes datos que resultan del expediente acerca de la situación de AENOR en el mercado de los productos de acero para hormigón, así como la normativa aplicable a este sector:

- a) AENOR surge, como se ha indicado en los hechos declarados probados, al amparo de la Orden del Ministerio de Industria y Energía, de 26 de febrero de 1986, que, de acuerdo con el Real Decreto 1614/1985, de 1 de agosto, reconoce a AENOR como Organismo de normalización y certificación. Posteriormente, se le reconoce dicho carácter en el RD2200/1995, de 28 de diciembre, dictado en desarrollo de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial.

AENOR, como entidad de normalización, tiene obligación de efectuar una relación de normas técnicas. Las normas técnicas se definen en el art. 8.3 de la Ley de Industria como “la explicación técnica de aplicación repetitiva o continuada cuya observancia no es **obligatoria**, establecida con participación de todas las partes interesadas, que aprueba un Organismo reconocido, a nivel nacional o internacional, por su actividad normativa”.

Las normas técnicas no son obligatorias, si bien la Administración, al regular los requisitos que deben cumplir determinados productos, puede convertirlas en obligatorias, es decir, la Administración dentro de sus potestades reglamentarias puede acudir o remitirse a dichas Normas.

En la elaboración de dichas normas técnicas, AENOR tiene que someterse a determinados controles (existe un trámite de

información pública en el B.O.E y un control supranacional, regulado en la Directiva 83/189/CEE).

Por otro lado, AENOR actúa como entidad certificadora en diversos sectores. En algunos de ellos, en competencia con otras entidades certificadoras (Certiand, Eac, etc...). En el sector del acero actúa como entidad de certificación desde el año 1994, (por Orden Ministerial de 8 de marzo de 1994 se reconoce la marca N como alternativa a la homologación en el sector de productos de acero para hormigón).

- b) En cuanto a la normativa aplicable a los productos de acero para hormigón durante el período de tiempo en el que ocurrieron los hechos objeto de este expediente, está principalmente comprendida por el RD 2365/85 de 20 de noviembre, el RD 2702/85 de 18 de diciembre, el RD 800/1987 de 15 de mayo, el RD 1039/91, que aprobó la EH-91, que convirtió en obligatorias 74 normas UNE, entre ellas la UNE 36092/81, para mallas electrosoldadas) y el RD 1630/1992 de 29 de diciembre.(en la actualidad está en elaboración la EHE-98).

Según esta normativa todo fabricante de acero tiene que fabricar el mismo con alambres homologados y certificar para sus mallas el cumplimiento de conformidad a la UNE 3609/81. Esto lo puede hacer a través de ensayos de laboratorios habilitados para ello.

Ahora bien, en el plano **voluntario**, desde el año 1994 existe la posibilidad de certificar las mallas con la marca N (que significa el cumplimiento de todas las normas UNE). La posesión de la marca N exime de la homologación o certificación de conformidad.

Finalmente, y para decirlo todo, se ha de indicar que, si bien es cierto que en el sector de los productos de acero para hormigón la obtención de la marca AENOR es voluntaria, como se señala repetidamente por ésta, también lo es que en dicho mercado se produce un seguimiento de dicha 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 frecuentemente la certificación de AENOR.

Es comprensible, por ello, que en este mercado nos encontremos con los siguientes datos:

- que el 100% del alambión fabricado en España tenga la marca AENOR (sin duda ello es así porque la obtención de una marca supone un 1% del precio del producto, mientras que las posibles reclamaciones por defectos de calidad suponen un 10% del mismo).
- y que entre el 63,8% y un 70% del mallazo vendido en España sea certificado.

Pues bien, de este mallazo certificado, el 100% es certificado por AENOR, siendo ésta la única entidad certificadora en este sector.

Por tanto, ha de estimarse acertada la definición dada por el Servicio del mercado relevante referido al “de la prestación de servicios consistentes en la certificación voluntaria de las mallas electrosoldadas de acero para hormigón armado realizada por entidades de certificación reconocidas legalmente para dicha actividad en el territorio nacional”, así como la afirmación de que en dicho mercado, la hoy denunciada, AENOR, ostenta una posición de dominio toda vez que es la única entidad que de hecho presta dicho servicio de certificación voluntaria. En tal sentido, no resulta ocioso recordar que, como señala el Tribunal de Justicia Europeo, *“la posición dominante se caracteriza por una situación de fuerza económica ocupada por una empresa, que permite a ésta obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado en cuestión al ofrecer la posibilidad de actuar independientemente de sus competidores, de sus clientes y, finalmente, de los consumidores”*, indicando que *“la noción de comercio del artículo 86 del tratado se refiere no sólo al intercambio de mercancías, sino también a las prestaciones de Servicios, y que Cuando una empresa tiene una parte de mercado del 100% es claro que ostenta una posición de dominio, no revistiendo las razones por las que ostenta dicha cuota ninguna importancia, pudiendo estar fundada, incluso, en un monopolio legal”*, (entre otras, Sentencias de 25-October-1979, Greenwich Film Production/Société des auteurs y 11-julio-1985, Télémarketing (CBEM)/ CLT).

En conclusión, ha de compartirse la afirmación del Servicio relativa a la posición de dominio que ostenta AENOR en este mercado de la certificación voluntaria, sin que deban ser aceptados los únicos argumentos en contra que se utilizan por ésta, consistentes en el carácter voluntario de la marca AENOR y en no ser competidora de la empresa denunciante, toda vez que, si bien es cierto que los fabricantes de alambión y mallas y demás productos de acero para hormigón no compiten con AENOR, y no dependen de ella para fabricar

sus productos, sí que dependen de la misma para comercializarlos, dadas las exigencias de calidad impuestas al sector de la construcción, sector en el que el papel de la certificación, como señalización que proporciona una cualificación a los productos certificados sobre los productos no certificados, tiene sin duda un efecto importante.

En tal sentido y pese a que la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo que el Servicio cita en el Informe-Propuesta, (de 11-11-1986, British Leyland), no contempla un caso exactamente como el que aquí se analiza, (pues en dicho supuesto la empresa certificadora era también fabricante de coches, existiendo una competencia intra-empresa); es cierto que admite la distinción entre el mercado de “la entrega de certificados de conformidad”, donde estima que la empresa denunciada ostenta una posición de dominio, conferida legalmente, y otros mercados secundarios que se ven afectados, como en dicho caso, “el mercado del automóvil”, que se ve afectado por la actuación de dicha empresa en el primero.

TERCERO: Una vez resuelta la anterior cuestión, el tema se centra en indagar si AENOR, mediante su comportamiento en el mercado de la certificación voluntaria de productos de acero para hormigón ha explotado abusivamente la posición dominante que ocupa.

La primera imputación que el Servicio realiza se refiere a la modificación por el Comité Técnico de Certificación de productos de acero para hormigón (CTC-017) de los Anexos técnicos del Reglamento de Certificación de la marca voluntaria “N”. El Servicio considera que, a través de esta modificación, que se produce en los términos señalados en el hecho probado tercero de esta Resolución, AENOR ha cometido un abuso de su posición de dominio prohibido por el artículo 6 de la LDC, puesto que refuerza su posición de dominio en el mercado de la certificación, establece prestaciones desiguales para prestaciones equivalentes a los fabricantes de productos de acero para hormigón y erige barreras al comercio internacional de estos productos.

Para el adecuado examen de dicha imputación, es preciso comenzar recordando los principios por los que se rige la determinación del carácter abusivo de las prácticas de una empresa en posición dominante.

Según reiterada jurisprudencia (Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, Europemballage y Continental Can/Comisión, sentencia Hoffman-La Roche /Comisión, entre otras), “*el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las*

actividades de una empresa en situación de posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trata, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada y que producen el efecto de obstaculizar, recurriendo a medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios basada en las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de dicha competencia”, habiéndose también señalado “que el hecho de que una empresa que ocupa una posición dominante, incluso cuando dicha posición tiene su origen en disposiciones legislativas o reglamentarias, se reserve, sin una necesidad objetiva, una actividad que podría ser ejercida por una tercera empresa, constituye una clara práctica unilateral abusiva”, (Sentencia de 3 de octubre de 1985, TBCM-Telemarketing).

Por consiguiente, aunque la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate, sí supone que incumbe a ésta una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada. Del mismo modo, si bien la existencia de una posición dominante no priva a una empresa que se encuentra en dicha posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se vean amenazados y, si bien dicha empresa puede, en una medida razonable, realizar los actos que considere adecuados para proteger sus intereses, no cabe admitir tales comportamientos cuando su objeto es precisamente reforzar dicha posición dominante .

Pues bien, a la luz de la anterior doctrina, procede ahora examinar el caso concreto que nos ocupa y para ello se hace imprescindible iniciar con la exposición peculiar del mercado de los productos de acero para hormigón, en concreto, del alambrón y mallazo.

A este respecto, se advierte que en realidad son cuatro las empresas que ocupan la práctica totalidad de dicho mercado, CELSA, Marcial UCIN, MEGASA y la denunciante, GP Manufacturas del Acero S.A., con la peculiaridad de que, en tanto las tres primeras están verticalmente integradas, es decir, no sólo producen mallazo, sino también fabrican la materia prima, el alambrón, el cual, desde el comienzo de la actividad de AENOR, cuenta con la marca de dicha entidad; sin embargo, la última de dichas empresas (GP) importa dicha materia prima del extranjero, (especialmente del Reino Unido, Alemania y Portugal), con lo que el alambrón integrante del mallazo que fabrica

esta empresa, no se veía afectado por la exigencia de la marca AENOR, aunque sí estaba sometido a un sistema de recepción y seguimiento por el Comité Técnico de Certificación. AENOR tenía perfecto conocimiento de dicha situación, entre otras cosas porque GP había solicitado el 11 de marzo de 1993 la marca AENOR y, si bien le fue ésta concedida el 16 de febrero de 1994, (después de la modificación de los anexos señalados), en la inspección que posteriormente se efectuó por AENOR, ya se le indicó la necesidad de que la materia prima ostentase la marca AENOR, siéndole ésta retirada el 31 de enero de 1995, entre otras causas, por la ausencia de la dicha marca en su materia prima.

Así las cosas, es claro que puede afirmarse que AENOR, al introducir la modificación de los citados Anexos, exigiendo, sin alternativa posible, que el alambión ostente la marca AENOR, ha alterado las condiciones a que se ve sometida una de las empresas competidoras, sin justificación objetiva alguna, ocasionando a ésta una desventaja competitiva. En consecuencia y, si bien es cierto que, como se señala por AENOR, las manifestaciones de la denunciante relativas a la composición del CTC-017 han de ser rechazadas, no sólo porque, pese a que GP ha formulado ante el órgano correspondiente cuantas impugnaciones la Ley le permite respecto a la composición de dicho Comité, habiendo sido todas ellas desestimadas, señalándose la corrección de la composición del mismo, sino también porque en la fecha en que se modificaron los anexos controvertidos, el CTC-017 estuvo formado por 25 miembros, (14 no fabricantes, 11 fabricantes, de los que tres, uno de ellos Megasa -que es fabricante integrado-, votaron en contra), es claro que el cambio introducido en los citados Anexos incide en la estructura de dicho mercado, dificultando la entrada en el mercado nacional del alambión importado, sin justificación técnica alguna para ello, (contestación del Ministerio de Fomento, obrante en el folio 2562).

Por otro lado, es importante también destacar que, aunque es verdad, como señala AENOR, que los hechos que se analizan se producen en el plano de la certificación voluntaria y que ésta no es imprescindible para la comercialización del alambión; 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 aunque ello, directamente, no haya tenido una trascendencia definitiva pues, como se desprende de la prueba practicada y que obra en el expediente, las importaciones del

alambrón durante los últimos años han aumentado (de 3.401.390 miles de pts. a que ascendieron en el año 1996, han pasado a 6.012.789 miles de pts.) y AENOR no ha efectuado discriminación alguna en la concesión de su marca, pues a todos los fabricantes, nacionales y extranjeros, se les exigen las mismas condiciones, siendo el precio y el tiempo de concesión similar (en la actualidad se ha concedido a cinco marcas extranjeras), no obstante, no debe olvidarse, de una parte, la necesidad de debida justificación objetiva en este tipo de conductas, y de otra, la exigencia aún mayor de tal justificación cuando nos hallamos ante una especie de empresas, las que prestan estos servicios de certificación de productos que circulan por el mercado, que ya por su propia naturaleza y fines presentan el riesgo de condicionar gravemente la competencia. Motivo por el que, frente a ellas, se debe ser más pulcramente cuidadoso.

En efecto, las normas, reglas y criterios de homologación y estandarización, tanto las de obligado cumplimiento como las voluntarias que poco a poco se van convirtiendo en necesarias, en la medida que van siendo incorporadas por los diferentes operadores económicos de cada sector y se convierten en costumbre generalmente aceptadas, influyen notablemente sobre la competencia dinámica en dichos mercados al incidir sobre las acciones y estrategias empresariales de cara al futuro, por lo que son cruciales para entender los procesos de interdependencia. Por ello, las entidades que establecen este tipo de normas, además de tener en cuenta las especificaciones técnicas y de calidad, tienen que tener en cuenta y no vulnerar las leyes que protegen la competencia en los diferentes mercados.

En conclusión, se debe declarar que AENOR, al adoptar la modificación de los Anexos del Reglamento Técnico de Certificación, exigiendo en todo caso la marca AENOR para el alambrón, con supresión de las alternativas antes existentes, sin que existan razones concretas que justifiquen dicha conducta y ocasionando una desventaja a las empresas que, importando dicha materia prima, compiten con los fabricantes nacionales, abusó de la posición dominante y, por tanto, debe considerarse que ha infringido el art. 6.2 de la LDC, como señala el Servicio.

CUARTO: Por lo que se refiere a la segunda de las imputaciones que el Servicio efectúa a AENOR consistente también en una infracción del artículo 6 de la LDC al emitir nuevas normas UNE, UNE 36092/96 para mallas, la UNE 36099/96 para alambres corrugados y la UNE 36731/96 para alambres lisos, limitando considerablemente la posibilidad de ser

conforme a ellas, el adecuado análisis de la misma exige poner de manifiesto determinados factores.

- a) AENOR, como se ha señalado antes, es una asociación privada designada por el Ministerio de Industria y Energía para la realización de actividades de normalización y certificación. AENOR fue reconocida por Orden del Ministerio de Industria y Energía, de 26 de febrero de 1986, de acuerdo con el Real Decreto 1614/1985 y con el Real Decreto 2200/1995, como organismo de normalización, habiendo sido declarado también dicho carácter por Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 30, Sección 30, de 5-4-1999. El Real Decreto 2200/95, de 28 de diciembre, define en su artículo 8 los Organismos de normalización como “entidades privadas sin ánimo de lucro, cuya finalidad es desarrollar en el ámbito estatal las actividades relacionadas con la elaboración de normas, mediante las cuales se unifiquen criterios respecto a determinadas materias y se posibilite la utilización de un lenguaje común en campos de actividad concretos”.
- b) El artículo 8.3 de la Ley de Industria define como norma técnica “la especificación técnica aprobada por una institución reconocida con actividades de normalización, para su aplicación reiterada o continúa, y cuya observancia no es obligatoria. Las normas UNE son normas emanadas de las entidades con facultades de normalización”.
- c) Dentro de AENOR, es el Comité CTN-036 el encargado de la elaboración de las normas UNE en el campo de los productos de acero para hormigón conforme al Reglamento de los Comités Técnicos de Normalización de 8 de mayo de 1987, exigiéndose también en dicho Reglamento una composición equilibrada de dicho Comité, que en el presente caso no se ha puesto en duda.
- d) Para adoptar las normas UNE, que no son obligatorias, si bien la Administración al regular los requisitos que deben cumplir determinados productos puede convertirlas en obligatorias, es decir, la Administración puede acudir o remitirse a ellas, AENOR tiene que someterse a determinados controles: ha de cumplir los trámites que exige el Real Decreto 1614/1985, de 1 de agosto, y el procedimiento de información establecido en la Directiva 88/102/CEE, del Consejo de 22 de marzo de 1988 y 94/10/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de marzo de 1994.

Pues bien, en el año 1996, el CTN-036 emitió las nuevas normas UNE antes señaladas. Dichas normas, en cuya emisión se observaron todos los requisitos legales, como indica la Sentencia dictada por el Juzgado de 10 Instancia nº 39 de los de Madrid, de fecha 13 de marzo de 1998, prevén dos posibilidades para acreditar la conformidad a las mismas:

- la vía de los ensayos, a través de laboratorios habilitados.
- o la vía de certificación por AENOR.

Esta actuación que el Servicio considera también abusiva en cuanto que refuerza la posición de dominio de AENOR como entidad certificadora, estimando que también produce efectos anticompetitivos en el mercado de los productos de acero para hormigón, no puede, sin embargo, ser considerada como tal porque, a diferencia del supuesto anterior, sí que existen motivos lógicos y razonables para su exigencia.

Es decir, AENOR, para emitir las certificaciones de conformidad, establece dos procedimientos: la vía de los ensayos o las previas comprobaciones de que el producto se ajusta a la normativa (certificación). Por tanto, en este segundo caso, la certificación en cascada no es sino el resultado de la certificación sucesiva de comprobaciones anteriores y se encuentra, en definitiva, justificada por su propio carácter de consecuencia. Pero es que, además, este procedimiento es común a la normativa europea, con la única peculiaridad de que en España AENOR es, hoy por hoy, la única empresa autorizada por la Administración para este tipo de actividad en este mercado. Por lo que, difícilmente, puede infringir principios de la competencia en esta situación, cuando no le es posible hacer referencia a otras entidades certificadoras. Todo ello máxime cuando tampoco se advierte un interés lucrativo por parte de AENOR, que no obtiene ventaja económica apreciable por el desarrollo de dicha actividad (los ingresos por dicho concepto oscilan aproximadamente entre 4 y 5 millones de pesetas).

En definitiva, la certificación en cascada establecida en las normas UNE expresadas no infringe precepto alguno, siendo razonable y lógico dicho sistema pues no se puede exigir que AENOR otorgue su marca, que es voluntaria, sin comprobar las características técnicas.

QUINTO: Consecuencia ineludible de lo expuesto en el anterior Fundamento es la inexistencia de la última infracción que el Servicio imputa a AENOR, consistente en la vulneración del artículo 7 de la LDC por la publicidad de las normas antes expresadas.

En efecto, además de que para la aplicación de dicho precepto sería preciso que se hubiera acreditado la afectación del mercado y del interés público, aspectos que no aparecen probados, difícilmente se puede apreciar la existencia de “engaño” en la publicidad realizada, toda vez que la expresión que aparece inscrita en la carátula de dichas normas, bajo el título de observaciones, dice “*estas normas sustituyen a las normas UNE 81*”, expresión que se corresponde totalmente con la realidad, no observándose que en momento alguno se indicase el carácter obligatorio de dichas normas, como expresa el Servicio.

Por lo tanto, sin necesidad de entrar en el análisis de otras argumentaciones relativas al autor material de dicha campaña publicitaria, que AENOR plantea, se estima que tampoco se puede apreciar la existencia de esta última conducta imputada.

SEXTO: Finalmente, habida cuenta de que, de las tres infracciones que imputa el Servicio a AENOR, se acoge la primera, en concreto, la existencia de 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 Técnicos del RP del CTC-017, ha de aludirse a las consecuencias que de la misma se han de derivar en el ámbito sancionador.

A tal efecto, es de indicar que, al amparo de lo dispuesto en los artículos 46, 9 y 10 de la LDC, el Tribunal podrá intimar a quienes realicen actos de los descritos en los artículo 1, 6 y 7, pudiendo también, cuando se realicen deliberadamente o por negligencia, imponer multas de hasta 150.000.000 de pesetas.

Para llegar a la solución procedente en el presente caso, se ha de tener en cuenta, por un lado, que no consta acreditado que la conducta infractora haya producido perjuicios concretos, toda vez que, como antes se ha indicado, la empresa denunciante, GP Manufacturas del Acero S.A., no ha visto disminuido su volumen de ventas; por contra, durante el período comprendido entre los años 1994 a 1997 éste ha aumentado un 125%, y la posible duda que puede surgir sobre la limitación de dicha empresa a un sector más relegado del mercado (el de productos no certificados), debe resolverse en favor de la expedientada pues, ante la falta de acreditación de dicho extremo, es obvio que ésta, que no está obligada a soportar la carga de la prueba, no debe correr con las consecuencias perjudiciales que de ello se derivan.

Igualmente, ha de tenerse en cuenta que la infracción cometida tampoco ha impedido la importación del alambión fabricado en el extranjero, así como que AENOR no ha efectuado discriminación alguna entre los diferentes operadores, extranjeros y nacionales, para la concesión de su marca, exigiendo a todos las mismas condiciones, siendo el precio similar en todos los casos (documentos obrantes al folio 2686) y el tiempo para su obtención también (documentos obrantes al folio 2685).

Las razones expuestas nos llevan a concluir, en una aplicación equitativa de las normas antes expresadas, que la infracción cometida no ha de merecer la imposición de multa sancionadora alguna, estimando, como solución más acomodada a Derecho, la declaración tan sólo de la conducta prohibida, con intimación a su autora para que cese en la misma y se abstenga de realizarla en el futuro.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal

HA RESUELTO

PRIMERO: Declarar 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.

SEGUNDO: Intimar a AENOR para que cese en la misma y se abstenga de realizarla en el futuro.

TERCERO: Declarar no acreditadas las restantes prácticas prohibidas imputadas.

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra ella no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.