

RESOLUCIÓN (Exp. S/0010/07, AENOR-1)

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Fernando Torremocha García-Sáenz, Vicepresidente
D. Emilio Conde Fernández-Oliva, Consejero
D. Miguel Cuerdo Mir, Consejero
D^a. Pilar Sánchez Núñez, Consejera
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 3 de marzo de 2009

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición expresada al margen y siendo Consejero ponente D. Emilio Conde Fernández-Oliva, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/0010/07, AENOR-1 iniciado por denuncia de D. XXX y D. XXX en representación de Mueller Europe Ltd. (en adelante Mueller), por el que se formulaba denuncia contra AENOR, Outokumpu, Almesa, XXX y La Farga por supuestas conductas contrarias por los artículo1 y 2 del la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), consistentes en la decisión discriminatoria, no equitativa e irrazonable de retirar a Mueller la licencia para uso de la marca de calidad de AENOR para tubos sanitarios de cobre, tras una decisión de su Director General, siguiendo las indicaciones del Comité Técnico de Certificación (CTC-004) del que forman parte las denunciadas y que tendría como consecuencia su expulsión del mercado.

ANTECEDENTES DE HECHO

I

El 9 de diciembre de 2008 se notificó la propuesta de resolución que literalmente a continuación se transcribe:

“PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

Vista la Providencia del Instructor de fecha 4 de noviembre de 2008, que a continuación se transcribe:

“PLIEGO DE CONCRECIÓN DE HECHOS

(artículo 33.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia)

I.- ANTECEDENTES

Con fecha 14 de septiembre de 2007 tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia escrito de D. XXX y D. XXX (folios 1-243), en nombre y representación de Mueller Europe Ltd. (en adelante Mueller), por el que se formulaba denuncia contra AENOR, Outokumpu, Almesa, XXX y La Farga, por supuestas conductas prohibidas en los artículos 1 y 2 de la LDC, consistentes en la decisión discriminatoria, no equitativa e irrazonable de retirar a Mueller la licencia para uso de la marca de calidad de AENOR para tubos sanitarios de cobre, tras una decisión de su Director General, siguiendo las indicaciones del Comité Técnico de Certificación (CTC-004) del que forman parte las denunciadas y que tendría como consecuencia su expulsión del mercado.

II.- ACTUACIONES PRACTICADAS

II.1. Información reservada

Con el objeto de confirmar las manifestaciones de los denunciantes se acordó llevar a cabo una información reservada como diligencia previa a la incoación del correspondiente expediente, si procediera, en su caso.

1. Con fecha 1 de octubre de 2007 se dirigió una solicitud de información a AENOR con el fin de conocer el procedimiento para la obtención del certificado de calidad de AENOR, la normativa aplicable a los tubos de cobre, así como la tramitación del proceso contra Mueller y el funcionamiento del Comité Técnico encargado del caso referido (folios 244-246). Con fecha 19 de octubre de 2007, tuvo entrada la respuesta de AENOR (folios 269-458).

2. El 12 de noviembre y 12 de diciembre de 2007 tuvieron entrada escritos de Mueller proporcionando documentos adicionales que envió a AENOR en el contexto de una audiencia celebrada en las oficinas de AENOR el 23 de

octubre de 2007 (folios 459-490) y copia de la decisión de la Junta Directiva de AENOR relativa al recurso presentado por Mueller contra la decisión del Director General de AENOR de retirarle la licencia de uso de la marca AENOR (folios 491-493).

II.2. Incoación del expediente

Estimando que en la denuncia existían indicios racionales de conductas prohibidas por la LDC, con fecha 14 de enero de 2008¹ se acordó la admisión a trámite de la denuncia y la incoación de expediente sancionador por conductas restrictivas de la competencia prohibidas en el artículo 1 de LDC y 81 del TUE contra AENOR, Outokumpu, Almesa, XXX y La Farga (folios 494-495).

El 15 de enero de 2008 se notificó dicha incoación a todas las partes interesadas: AENOR, Outokumpu, Almesa, XXX, La Farga y Mueller (folios 495-505).

II.3. Actuaciones posteriores a la incoación

El 28 de enero de 2008 tuvo entrada escrito de Mueller adjuntando copia de la carta que remitió el 23 de enero de 2008 a AENOR ante la demora en la devolución de su licencia (folios 511-512).

II.4. Alegaciones a la incoación del expediente

1. Alegaciones de las denunciadas:

Entre los meses de marzo y abril de 2008 tuvieron entrada escritos de alegaciones de las cuatro denunciadas: La Farga (folios 530 a 543), XXX (folios 561-563), AENOR (folios 609-794), ALMESA (folios 810-834) y Outokumpu (folios 932-1019). Posteriormente, con fechas de 23 de julio y 7 de octubre de 2008 tuvieron entrada dos escritos de AENOR complementado sus alegaciones (folios 1099-1103 y 1173-1313). Las alegaciones, que se resumen a continuación, se refieren a:

- La denuncia

¹ En la providencia se transcribió por error mal el año en la fecha de incoación y en la fecha de notificación que no correspondían al año 2007 sino al 2008.

- La denuncia de Mueller es del todo infundada, plagada de meras conjeturas, sin ninguna base probatoria, y de calumnias, en la medida en que se atribuyen actuaciones totalmente falsas con ánimo de causar un daño evidente a las entidades denunciadas, pues atentan gravemente contra su honor.

- Mueller utiliza la denuncia como medio de presión contra AENOR en relación con la tramitación de su marca ante el CTC-004.

- La adopción de la sanción de retirada del certificado a Mueller

- Mueller se comprometió voluntariamente a cumplir una norma de calidad para obtener una marca acreditativa de la misma, incumplió su compromiso, como ella misma reconoce, y fue sancionada por dicho incumplimiento de acuerdo con la normativa de AENOR, que fue también aceptada voluntariamente por Mueller cuando firmó el contrato.

- Dicha normativa prevé que un Comité pueda proponer una sanción de retirada de la marca AENOR cuando un licenciataria no cumpla la norma de referencia. Para ello, los Comités pueden tomar en consideración todos los elementos que estimen oportunos, ya que las normas no recogen limitación alguna en este sentido.

- El Comité tuvo en cuenta el historial de sanciones de AENOR ya que dicho historial no es confidencial para sus integrantes; lo que es confidencial es la identidad de los licenciarios.

- La decisión de retirar a Mueller la licencia para uso de la marca de calidad de AENOR para tubos sanitarios de cobre, adoptada por el Director General de AENOR, a propuesta del CTC fue justa y fundamentada habida cuenta del incumplimiento grave y reiterativo de los estándares de calidad, entre otras razones, por la falta de peso mínimo en cobre, detectados en los tubos fabricados y distribuidos por Mueller. Incumplimientos que la propia Mueller reconoce en su denuncia.

- Aunque el CTC propuso la retirada de la licencia fue el Director General, el que libremente adoptó la decisión. Por tanto, las empresas que forman parte del Comité no tienen "legitimación pasiva" para ser denunciadas por unos hechos adoptados por una entidad jurídica absolutamente independiente de ellas.

- El Director no siempre sigue las propuestas de los Comités Técnicos, sino que tiene criterio propio y total independencia a la hora de decidir, y en base a los informes técnicos del CEIS (Centro de Ensayos, Innovación y Servicios) acuerda lo que estima conveniente en ejercicio de sus funciones.

▪ La existencia de acuerdo colusorio

- XXX y Almesa son distribuidores no sólo de Outokumpu sino también de otros fabricantes, incluso han comprado tubo a Mueller, por lo que su interés radica en que exista un mayor número de fabricantes certificados para tener más alternativas de producto a distribuir. Tienen, por tanto, intereses distintos a los de los fabricantes denunciados, por lo que resulta difícil suponer una concertación entre ellos.

- No se puede sostener un acuerdo colusorio de unos pocos cuya base probatoria es un acuerdo tomado no sólo por ellos sino también por otros de manera unánime.

- Pese a que las decisiones se adoptaron por consenso, Mueller no formula denuncia contra los otros miembros del Comité.

- El “supuesto esfuerzo colectivo” por parte de las denunciadas para inducir al Director General de AENOR a retirar la licencia a Mueller no sólo es rotundamente contrario a la verdad, sino que ni siquiera reúne los elementos que configuran la existencia de boicot, establecidos por la doctrina especializada y por el Tribunal de Defensa de la Competencia en numerosas resoluciones. Outokumpu, Almesa, XXX y La Farga no pudieron inducir al Director general de AENOR para que acordara la retirada de la marca AENOR, ya que no existe ninguna relación de dependencia.

▪ La tramitación del procedimiento sancionador contra Mueller

- El proceso sancionador a Mueller ha sido en todo momento transparente y conforme a la normativa aplicable, siguiendo los procedimientos establecidos en los Reglamentos de AENOR, procedimientos que garantizan la objetividad, confidencialidad e imposibilidad de prácticas colusorias.

- La proximidad de la fecha del informe del incumplimiento del fósforo con la celebración de la reunión del 12 de abril determinó que no se incluyera expresamente como uno de los motivos de la retirada. No obstante, sí se

conocía cuando se tomó la decisión y en el acta de la reunión de 8 de junio se puede comprobar que este incumplimiento era conocido por la denunciante.

- Se ha observado una conducta exquisita frente a los derechos de defensa del denunciante que le ha permitido exponer las alegaciones que ha estimado convenientes antes de que se elevara la propuesta al Director General de AENOR para su toma en consideración. Tras la ratificación de la sanción de retirada por el Director General de AENOR Mueller presentó un recurso contra dicha decisión frente a la Junta Directiva de AENOR y tuvo la oportunidad de alegar ante el Comité de Apelaciones de la Junta Directiva de AENOR todo aquello que estimó oportuno.

- Dicho Comité confirmó la retirada del certificado AENOR, pero se apartó de la decisión en lo que respecta al plazo para poder solicitar nuevamente la marca, autorizando a Mueller para que pudiera proceder a la solicitud de manera inmediata, lo que pone de manifiesto la independencia del Director General. Así lo hizo Mueller, y tras una auditoría de AENOR en la que pudo comprobar la implantación de un sistema de medición nuevo mejorando la calidad en los aspectos dimensionales que anteriormente fallaban, en la reunión del 26 de marzo de 2008 del CTC-004 se le ha concedido nuevamente la marca. Por lo que AENOR ha cumplido estrictamente con su función, denegando la marca cuando el producto no debería tenerla y concediéndola cuando el producto cumple y el propio sistema y sus sanciones han redundado en una mejora en el control del sistema de producción de la denunciante.

- La restitución de la licencia AENOR se ha desarrollado con la máxima celeridad y diligencia.

- La absoluta independencia de AENOR en su actuación queda garantizada por el hecho de que los acuerdos del Comité pueden ser recurridos ante una nueva instancia, el Comité de apelaciones de la Junta Directiva.

- Es una práctica habitual de los Comités que un fabricante que ha sido sancionado con una retirada de marca no pueda pedirla de nuevo y así se recoge en algunos Reglamentos. Sin embargo, en el Reglamento Particular para el tubo de cobre no se recogía, y por esa razón la Comisión de Apelación anuló esa parte de la decisión del Comité. Por este motivo el mencionado Reglamento se ha modificado.

- La composición del Comité

- Las propias reglas de composición de los Comités Técnicos de certificación garantizan la imposibilidad de que se produzcan situaciones, no ya de colusión, sino de dominio o preponderancia de intereses dentro del Comité.

- Entre los integrantes del CTC-004 no sólo se encuentran las cuatro empresas denunciadas, sino que también hay otros integrantes: otros fabricantes, asociación de fabricantes, Ministerios y Administraciones varias, el Colegio Superior de Arquitectos..., garantizando una representación plural sin intereses preponderantes. En el caso de AENOR además ni siquiera tiene voto.

- Es un hecho habitual que los comités técnicos de las entidades certificadoras estén compuestos por los propios fabricantes del producto en cuestión, pues nadie mejor que éstos conocen con total detalle las especialidades del producto que fabrican.

- La actuación del CTC-004

- Los procedimientos de actuación del CTC-004 hacen imposible que los miembros del comité sepan quién es el infractor, toda vez que cuando se someten a deliberación del comité expedientes de incumplimiento de la norma EN 1057, siempre se utilizan referencias numéricas y en ningún caso se conoce el nombre de la empresa infractora. Solamente en el supuesto de que los supuestos infractores decidan efectuar alegaciones mediante comparecencia personal se sabe la identidad de éstos y cuando esto se produce, ya hay previamente una propuesta de sanción.

- La actuación del CTC-004 es absolutamente imparcial; tan es así, que incluso uno de los denunciados ha sido sancionado en el pasado por dicho Comité.

- La decisión de comprobar nuevamente los valores tras la implantación de las medidas correctivas es, conforme al Reglamento General para la Certificación de Productos y Servicios, facultad del Comité. En el caso de Mueller la Secretaría del CTC-004 dio la oportunidad, con anterioridad, de presentar medidas correctivas y las implementadas no sirvieron para remediar las no conformidades detectadas, lo que determinó que el Comité

considerase que había un fallo sistemático en el producto que no se resolvería de manera puntual.

- La sanción discriminatoria contra Mueller

- La retirada de la licencia de Mueller no fue discriminatoria y no se puede comparar con los demás fabricantes, ya que no hay ningún otro fabricante en la misma situación.

- Desde el año 2002 el CTC-004 sólo se ha propuesto la retirada de la marca a dos licenciarios Mueller y Silmet S.P.A. Además se han producido tres propuestas de suspensión del uso de la misma durante un periodo de tres meses a Forma, La Farga (siendo entonces también miembro del Comité) y la propia Mueller, con lo que se demuestra no sólo la actuación no discriminatoria del Comité y sus miembros, sino también la reiteración de incumplimiento por parte de Mueller.

- En el presente caso la norma se ha incumplido en dos puntos, por lo que procede una sanción. Habida cuenta de que ya anteriormente, desde el año 2002 Mueller presentó desviaciones periódicamente en alguno de los cuatro controles anuales, de hecho en el año 2006 fue sancionada con una suspensión temporal, y tras ésta se produjeron nuevos incumplimientos, resulta imperativo que se imponga la siguiente sanción más grave, que es la retirada del certificado.

- Mueller ha sido el licenciario que desde el año 2002 ha cometido más desviaciones. No obstante, cuando el Comité toma sus decisiones analiza las desviaciones caso por caso y toma las decisiones que estima oportunas.

- No cabe entrar a discutir si se incumplió “mucho” o “poco”. La norma vigente establece unos márgenes, AENOR comprueba si se cumplen y lo que esté fuera de ellos es incumplimiento y conlleva sanción.

En todo caso, hay que precisar que el incumplimiento del diámetro es de suma importancia en la medida que en España el método más empleado para unir tubos de cobre es el de la soldadura y desviaciones sobre el diámetro exterior medio pueden dar problemas a la hora de soldar.

- Los informes² presentados por Mueller

AENOR plantea algunas cuestiones a los informes presentados por Mueller: la desviación en el contenido de fósforo supone que los productos ensayados están un 30% fuera de la tolerancia máxima permitida por la norma, la desviación dimensional afecta a la correcta ejecución de la soldadura (que es el método de unión más empleado en España) y los informes realizados por el British Standardisation Institute no aportan información relevante para el presente caso ya que las mejoras se realizaron con posterioridad a la sanción.

Además, considera que los informes presentados por Mueller confirman sus incumplimientos y que las cuestiones sobre los márgenes de tolerancia que establece la norma UNE/EN 1057 deben plantearse ante el Comité Europeo de Normalización, que ha sido el encargado de elaborar la citada norma, para que considere, en su caso su revisión. En este sentido, dicha norma ha sido revisada en el 2007 y se han mantenido los valores de referencia tanto para el contenido en fósforo como para las mediciones dimensionales (folios 744-749).

- Los daños a la reputación de Mueller

- El denunciante debe acreditar el nexo causal entre los pretendidos daños y el hecho que supuestamente los motiva. Más en el caso de Mueller que ha seguido utilizando la marca AENOR en su página web tras la retirada de la marca AENOR.

- La retirada de marca AENOR a Mueller se publicó, en los medios que AENOR utiliza habitualmente en los casos de retirada de licencia, en cumplimiento de lo establecido en el Reglamento General de AENOR.

- El prestigio de AENOR

² Mueller adjuntó a su denuncia tres informes técnicos: uno elaborado por el CEIS, TUC 30-S-M/07, de 11 de septiembre de 2007 relativo a la inspección de mercado del primer trimestre que da resultados conformes a la norma y otros dos del British Standardisation Institute de 25 de septiembre de 2007 y del Sr. Robin Oakley de 26 de septiembre que certifican el buen funcionamiento del nuevo sistema de producción con medidores láser introducido en la fábrica de Mueller y cuestionan los márgenes de tolerancias para el contenido en fósforo y para las mediciones dimensionales establecidos en la norma UNE/EN 1057 (folios 228-243).

- AENOR es un organismo certificador de indudable prestigio en España y Europa, que cuando detecta un incumplimiento flagrante y reiterado, como es el caso de Mueller, consistente, entre otras desviaciones de la Norma, en que sus tubos tienen un peso en cobre inferior al establecido en la norma de referencia, lo penaliza retirando al incumplidor su marca de calidad. De no actuar de este modo esa certificación de calidad perdería toda su credibilidad.

- El prestigio alcanzado por la marca AENOR en el sector de los tubos de cobre, que el propio denunciante afirma, es gracias a la imparcialidad de los procedimientos y no tendría sentido con un Comité dominado por Outokumpu, sus distribuidores y La Farga.

▪ Las decisiones adoptadas por la Comisión Europea y mencionadas en la denuncia de Mueller.

- Las decisiones adoptadas por la Comisión Europea en los asuntos nº C.38069 y nº C.38240, mencionados por el demandante en su denuncia no tienen vinculación con el objeto del presente procedimiento. Mueller también ha participado en otras infracciones del artículo 81 y sólo por su cooperación con la Comisión se ha beneficiado de una exención total de la multa.

2. Con fechas 13 de marzo y 24 de julio de 2008 tuvieron entrada escritos de Mueller, en los que manifestaba las siguientes alegaciones (folios 545-547 y 1108-1161):

- El proceso de toma de decisiones de AENOR que llevó a la imposición de la sanción de retirada a Mueller permitió a los competidores influir fácilmente a su favor ya que, como el propio AENOR admite, las decisiones se adoptan normalmente por consenso. Además, Mueller afirma que en este caso hubo una votación formal y, sin embargo, nada en el expediente apoya esta afirmación. Al contrario, las actas de la reunión no indican este método de votación excepcional.

- La decisión del Director General de imponer la sanción de retirada fue adoptada sobre la base de una carta de dos párrafos que indicaba solamente que el CTC-004 había decidido proponer la imposición de una sanción y que ésta consistiría en la retirada de la licencia de Mueller y en la prohibición de volver a presentar una solicitud de licencia durante un periodo de seis meses. De tal manera que el Director General no estaba debidamente informado de las razones para recomendar dicha sanción.

- La sanción de retirada a Mueller fue discriminatoria al compararla con las sanciones impuestas a otros licenciarios. La respuesta de AENOR revela que el CTC-004 trata desviaciones con frecuencia y, sin embargo, la sanción de retirada es excepcional, dado que además de Mueller sólo otra empresa, Silmet, fue amenaza con dicha sanción. Pero en este caso Silmet tenía la reputación de fabricar productos de baja calidad; en cambio, Mueller lleva más de 20 años vendiendo tubos de cobre en España para satisfacción de un gran número de clientes.

- La repetición de desviaciones no es una violación perseguible en virtud de las normas de AENOR. Además AENOR cita dos fuentes: el Reglamento de Régimen Interior y los precedentes de las sanciones de AENOR, cuando el primero jamás ha sido comunicado a Mueller y no está públicamente disponible y el historial de las sanciones no se puede contar como precedente ya que tiene carácter confidencial.

- AENOR impuso una sanción no prevista en las normas de AENOR al prohibir a Mueller solicitar una licencia por un periodo de seis meses. Sanción que sí ha incluido AENOR, posteriormente, en la modificación del 26 de marzo de 2008 del Reglamento Particular de la Marca AENOR para Tubos Redondos de Cobre Sin Soldadura para Conducción de Agua y Gas en Aplicaciones Sanitarias y de Calefacción.

II.5. Cambio de instructor

Con fecha 3 de abril de 2008, el Director de Investigación acordó, por necesidades del servicio, nombrar una nueva Instructora (folio 564). La Providencia fue notificada el 7 de abril a los interesados (folios 566-587).

II.6. Requerimientos de información posteriores a la incoación

1. Mediante escrito de fecha 15 de abril de 2008, la Dirección de Investigación cursó una solicitud de información a Mueller con el fin de conocer la situación en ese momento del proceso de restitución de la licencia de Mueller para el uso de la marca AENOR y datos que demuestren los efectos reales que ha tenido en Mueller la pérdida de dicha licencia (folio 800).

El 28 de abril de 2008 tuvo entrada la respuesta de Mueller (folios 844-930).

2. Mediante escrito de fecha 15 de abril de 2008, la Dirección de Investigación cursó una solicitud de información a AENOR con el fin de conocer los criterios

que sigue para la graduación de las infracciones y posterior aplicación de las correspondientes sanciones y aclarar distintos aspectos del procedimiento de sanción a Mueller. Así mismo se solicitó una tabla que recogiera los expedientes de no conformidades desde el año 2002 de cada una de las empresas titulares de la marca AENOR para tubos de cobre describiendo la causa de la no conformidad, las medidas acordadas por el Comité y en su caso la correspondiente sanción (folios 804 y 805).

El 5 de mayo de 2008 tuvo entrada la respuesta de AENOR (folios 1027-1094).

III.- LAS PARTES

1. Mueller Europe Ltd. (Mueller) es un productor de tubos de cobre para tuberías, calefacción, refrigeración y diversas aplicaciones industriales, establecido en Reino Unido. Mueller Europe es una filial de Mueller Industries Inc, Memphis (Estados Unidos) y comercializa sus productos en toda la Unión Europea. En España, Mueller abastece el mercado a través de un distribuidor local independiente, TRADESA.

2. Outokumpu Copper Tubes S.A. (Outokumpu) es parte de la División de Tubos de Cobre y Latón (Copper Tube and Brass Division) del grupo Outokumpu. Outokumpu es un proveedor líder de acero inoxidable y de productos de cobre y tiene actividades en alrededor de 30 países, incluido España, donde es el principal distribuidor de tubos de cobre y tiene instalaciones de producción en Zaratamo (Vizcaya).

3. Almesa es un distribuidor independiente de distintos productos industriales, incluidos tubos de cobre. Distribuye tubos de distintos fabricantes, entre ellos Outokumpu.

4. XXX es un distribuidor independiente de distintos productos industriales, entre ellos, tubos de cobre. Distribuye tubos de distintos fabricantes, entre ellos Outokumpu.

5. La Farga es un productor español de tubos de cobre y es parte del holding español La Farga Group, que está especializado en la fabricación de productos de cobre.

6. AENOR (Asociación Española de Normalización y Certificación) es una asociación privada sin ánimo de lucro, reconocida para llevar a cabo actividades de normalización y certificación en el ámbito de la calidad³. Corresponde a AENOR, como organismo de normalización, la elaboración de las normas españolas, Normas “UNE”.

La marca N, propiedad de AENOR, acredita que un determinado producto cumple con los requisitos técnicos establecidos en la normas UNE de aplicación, que son objeto de evaluaciones y controles por parte de AENOR.

IV.- LA CERTIFICACIÓN EN ESPAÑA

1. Características generales

La calidad y seguridad industrial en España se encuentran reguladas en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria y en el Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y Seguridad Industrial.

La certificación consiste en la acreditación voluntaria, a través de un sello o marca, de que un producto cumple determinadas normas de calidad. Las actividades relativas a la acreditación o calidad del ámbito voluntario son desarrolladas por entidades de certificación, laboratorios de ensayo, entidades auditoras y de inspección.

De acuerdo con el Real Decreto 2200/1995, AENOR es un organismo de normalización y entidad de certificación industrial, siendo su cometido, como entidad de certificación, establecer la conformidad de una determinada empresa, producto, proceso o servicio con los requisitos definidos en normas o especificaciones técnicas. Para ello se realizan dos auditorias anuales (que incluyen toma de muestra y ensayos en fábrica) más dos tomas de muestras en mercado con sus correspondientes ensayos (folios 270 y 934-936).

AENOR está acreditada para la certificación de 22 sectores. Para el caso de los tubos sanitarios de cobre, es la única empresa que proporciona tales certificaciones en España (folio 132).

³ Por OM de 26 de febrero de 1986, de acuerdo con el RD 1614/1985 y RD 2200/1995, en desarrollo de la Ley 21/1992, de Industria.

2. El Comité CTC-004 (folios 938-939)

AENOR lleva a cabo su actividad de certificación a través de los Comités de Certificación (CTC), cuyo régimen de actuación se encuentra establecido en el Reglamento de los Comités Técnicos de Certificación (en adelante Reglamento General CTC).

En el caso de los tubos de cobre, la norma de aplicación es la “norma UNE-EN 1057 cobre y aleaciones de cobre. Tubos redondos de cobre, sin soldadura, para agua y gas en aplicaciones sanitarias y de calefacción”, que establece los requisitos y especificaciones técnicas para los tubos de cobre entre 6 y 267 mm destinados a redes de distribución de agua fría o caliente, incluidos en el sistema de calefacción por suelo radiante; distribución doméstica de gas y combustibles líquidos; y evacuación de aguas residuales sanitarias.

El Comité Técnico de Certificación de Tubos y Accesorios de Cobre y Otros Componentes para su Instalación (CTC-004) es el órgano encargado de verificar la conformidad de los tubos de cobre con la norma UNE-EN 1057, siguiendo el procedimiento establecido por AENOR en el “Reglamento General para la Certificación de Productos y Servicios. Marca AENOR. Marca AENOR Medio Ambiente” (en adelante Reglamento General Marca AENOR) y en el “Reglamento Particular de la Marca AENOR para Tubos Redondos de Cobre sin Soldadura para Conducción de Agua y Gas en aplicaciones Sanitarias y de Calefacción” (en adelante Reglamento Particular Marca AENOR).

El ámbito de actividad, la composición y el procedimiento de elección de los vocales miembros del CTC-004 se definen en el “Reglamento Particular del Comité Técnico de Certificación AEN/CTC-004 tubos y accesorios de cobre y otros componentes para su instalación” (en adelante Reglamento Particular CTC-004), de acuerdo con lo establecido en el Reglamento General CTC.

a. Composición

El Reglamento General CTC establece en su artículo 3.1 que “la composición de los CTC deberá asegurar una representación equilibrada entre las partes interesadas, incluyendo en su composición representantes de Administraciones, usuarios, consumidores, empresas y en su caso laboratorios y entidades de evaluación. En aquellos casos en que fuera

necesaria la participación de otros agentes, ésta deberá ser tenida en cuenta” (folio 365).

De acuerdo con el artículo 3 del Reglamento Particular CTC-004, este Comité está compuesto por 18 vocales (Folios 939-945 y 991-992):

- Fabricantes y asociaciones de fabricantes (5 vocales): 4 representantes de fabricantes (entre ellos La Farga y Outokumpu) y 1 de SERCOBE (Asociación Española de Fabricación de Bienes de Equipo).
- Consumidores y Usuarios (5 vocales): entre ellos 2 representantes de los almacenistas de tubería (Almesa, XXX) y 1 representante de UNICOBRE⁴.
- Administraciones y centros oficiales de investigación (5 vocales).
- Otros 3 vocales: 2 representantes de AENOR y otro de la empresa de consultoría PRYSMA.

El cargo de Presidente del Comité lo desempeña el representante de UNICOBRE.

b. Funciones

Las funciones del CTC-004 son (folios 371 y 946):

- Velar por el correcto uso del Certificado y marca AENOR para los tubos, accesorios y otros componentes para su instalación concedido a las empresas licenciatarias.
- Comprobar si las solicitudes y anexos presentados por los fabricantes cumplen las previsiones del Reglamento General Marca AENOR y del Reglamento Particular Marca AENOR.
- Analizar los informes de inspección y control así como los resultados de los ensayos realizados.

⁴ UNICOBRE (Unión Nacional de Industrias del Cobre) es una asociación que representa a empresas productoras de cobre (fundición y refinado), así como a las semitransformadoras que utilizan el cobre para la fabricación de alambroón, alambre, cable e hilo de cobre,...UNICOBRE está representada en el CTC-004 por el Director Comercial de Outokumpu, quien no forma parte del órgano de administración de Outokumpu.

- Proponer las sanciones previstas en el reglamento General de la Marca AENOR y en el particular correspondiente.

c. Toma de decisiones

La toma de decisiones viene regulada en el artículo 4.6.3 del Reglamento General CTC: “Los acuerdos del CTC se adoptarán preferentemente por consenso. No obstante, si fuera necesaria la votación, se adoptarán los acuerdos por mayoría simple de los votos presentes y representados no computándose las abstenciones. En caso de empate decidirá el voto de calidad del Presidente o de quien ejerza sus funciones en ese momento. Todo vocal tiene un voto que podrá delegar en otro vocal, acreditándose dicha delegación por escrito. Cada vocal del CTC sólo podrá votar por sí mismo y por un único delegante” (folios 373-374).

Los representantes de AENOR en el Comité no tienen voto conforme al artículo 3.1.5 del Reglamento General de los CTC (folio 366).

3.- Infracciones y sanciones

El artículo 10.1 del Reglamento General Marca AENOR establece que “la empresa licenciataria está obligada a cumplir las especificaciones contenidas en las normas y demás condiciones establecidas en el Reglamento Particular mientras el certificado esté en vigor e informar a AENOR en caso de que se detecte algún incumplimiento de las mencionadas condiciones”.

Por su parte, el artículo 11.1 del mencionado Reglamento dispone que “el Comité puede proponer al Director General de AENOR la imposición de sanciones. Antes de elevar una propuesta de sanción, el CTC comunicará al afectado y al Director General de AENOR su intención de hacerlo y asegurará al primero la oportunidad de ser oído. El afectado tiene un plazo de 15 días desde la recepción de la comunicación para solicitar ser oído por el CTC” (folios 164-165).

En su artículo 11.2, este Reglamento establece tres tipos de sanciones: apercibimiento, suspensión temporal del certificado y retirada del certificado (folio 165).

Por su parte, el artículo 11.3 establece que se dispondrá la suspensión temporal o la retirada del certificado, cuando se incumplan las condiciones establecidas en el contrato que la empresa peticionaria de la marca firme con

AENOR y lo indicado en los capítulos 9 “Uso de las Marcas”, 10 “Compromisos” (entre estos compromisos el ya mencionado artículo 10.1 obliga a la empresa licenciataria a cumplir las especificaciones contenidas en las normas y demás condiciones establecidas en el Reglamento Particular) y 17 de ese Reglamento “Uso abusivo de las Marcas” (folios 164-167).

En el Reglamento Particular Marca AENOR no se especifica o detalla más de lo que ya prevé el Reglamento General, esto es, los tipos de sanciones y las infracciones para las que se impondrán las sanciones de suspensión temporal o de retirada del certificado (folios 771 confidencial, 1028 y 1252).

Asimismo, de acuerdo con AENOR, el Reglamento de Régimen Interior de AENOR en su artículo 58 (Régimen Disciplinario) establece que en “la imposición de las sanciones se atenderá a la gravedad de la falta cometida... y a la reincidencia⁵ en aquélla en su caso” (folio 1028).

Para garantizar la objetividad y confidencialidad, el Reglamento General Marca AENOR establece en su artículo 5.1.5 que “... la secretaría confeccionará un informe de carácter confidencial en el que se indicarán, en su caso, las no-conformidades detectadas y el plan de acciones correctivas propuesto por el licenciatario, así como los posibles incumplimientos de los compromisos contraídos por el licenciatario”. Por tanto, los expedientes se presentan en el Comité de forma confidencial, de modo que los vocales no tienen oportunidad de saber a qué fabricante corresponde un expediente (folios 163, 812-813 y 1250).

Asimismo, conforme a lo establecido en el artículo 5.1.4 “en caso necesario, la secretaría del CTC solicitará a la empresa licenciataria un plan de acciones correctivas adecuadas para corregir las no-conformidades detectadas” (folios 163 y 623).

Los acuerdos de sanción adoptados por AENOR pueden ser recurridos ante el Comité de Apelaciones de la Junta Directiva conforme al artículo 12 del Reglamento General Marca AENOR. Se trata de una nueva instancia decisoria formada por personas y entidades no coincidentes con ninguno de los integrantes del CTC-004, con objeto de garantizar su independencia (folios 165 y 612-613).

⁵ La reincidencia es un criterio aplicado por el CTC-004 para graduar las sanciones (folios 625, y 775 y 776 confidenciales). La existencia de expedientes anteriores y la trayectoria de la empresa licenciataria son tenidas en cuenta para analizar las circunstancias que concurren en un nuevo incumplimiento.

Cuando se acuerda la retirada de la marca, la empresa debe esperar para solicitarla de nuevo un periodo de seis meses, con objeto de que transcurra tiempo suficiente para subsanar los motivos que dieron lugar a la sanción (folio 280). Esta previsión se recoge como una obligación en diversos Reglamentos de Certificación Particulares⁶.

En el artículo 16.2 del mencionado Reglamento se establece que “AENOR dará publicidad de las retiradas definitivas que se ocasionen”. En cumplimiento de lo cual, las retiradas de marcas se publican, al igual que las concesiones, en la publicación INFORMA de AENOR y en la página web oficial de AENOR (folios 166 y 1100 - 1101).

De acuerdo con AENOR, el tiempo que transcurre habitualmente desde la solicitud de una licencia nueva hasta la concesión de la licencia va desde los 8 a los 15 meses (folio 1101). Por su parte, Mueller estima en 44 semanas el tiempo necesario para la restitución de la marca (folio 225).

Desde el año 2002, en el seno del CTC-004 se ha propuesto la retirada del certificado en dos ocasiones: a Silmet S.P.A. (en este caso la empresa acordó la retirada voluntaria antes de aplicar la sanción a los efectos de evitar su publicidad) y a Mueller.

Además, se han producido tres propuestas de suspensión del uso de marca AENOR por tres meses a Foma (2004), La Farga (2003) y a la propia Mueller (2005). En todos los casos las empresas ya habían sido sancionadas con al menos un apercibimiento y en el caso concreto de Mueller con dos (folios 280, 563, 1032-1049).

Por otra parte, de las tres empresas para las que se propuso la suspensión, sólo Mueller repitió la desviación por la que ya había sido sancionado. Para la segunda de ellas se detectó una desviación similar a la que provocó la sanción de suspensión temporal, pero al repetirse los ensayos sobre las contra-muestras dieron un resultado conforme. Por último, la tercera empresa presentó disconformidades distintas a la que motivó la sanción de suspensión temporal (folios 1032-1049 y 1247).

⁶ Sin embargo, de acuerdo con AENOR, por un error formal no se recogía en el Reglamento Particular para el tubo de cobre, por lo que se ha modificado y en el nuevo Reglamento, aprobado en el 2008, se recoge en el punto 8 “Sanciones” (folio 1124).

V.- HECHOS ACREDITADOS

1. En el año 2001⁷, se concedió a Mueller la marca AENOR para su planta de Inglaterra por unanimidad del Comité (folios 283-284).

2. Desde el año 2002 hasta el año 2006, Mueller presenta desviaciones en alguno de los cuatro controles anuales, siendo sancionado, en los años 2003 y 2004, con apercibimientos y en el año 2005, con una suspensión temporal para el uso de la marca AENOR durante tres meses: julio, agosto y septiembre del año 2006 (folios 284, 621, 815, 951, 1032-1049).

3. Con fecha 23 de enero de 2007 el informe TUC-56-S-M/06 elaborado por el CEIS⁸ (Centro de Ensayos, Innovación y Servicios) para AENOR, correspondiente a la inspección de mercado del 2º semestre del 2006 a Mueller, detecta no conformidades con la norma UNE 1057 en lo relativo a las características dimensionales (folios 429 y 616).

4. Mediante correo electrónico enviado el 25 de enero de 2007 y carta de fecha 20 de febrero de 2007, AENOR informa a Mueller del resultado de los ensayos y le indica que tiene un plazo de 15 días para repetir ensayos y presentar alegaciones o acciones correctoras.

El representante del laboratorio CEIS, en un correo electrónico de fecha 26 de febrero de 2007, confirma a AENOR los resultados del informe TUC 56-S-M/06 mediante una repetición de las medidas ante un representante de Mueller.

Con fecha 10 de abril de 2007 el Secretario del CTC-004 informa a Mueller sobre estos nuevos ensayos y le indica que dispone de un plazo de 15 días para repetirlos y que en caso de aceptarlos, remita las alegaciones o acciones correctoras que estime oportunas (folios 1030, 1076, 1083 y 1085).

5. El 12 de abril de 2007, el CTC-004 acordó por unanimidad⁹ comunicar a Mueller su intención de proponer la retirada del certificado para el uso de la marca AENOR. Dicha comunicación se realizó mediante carta el 20 de abril de 2007. A dicha reunión asistieron 10 participantes, pero sólo 9 tenían

⁷ Siendo Presidente de AENOR la misma persona que ostenta ese cargo en el momento de elaboración de esta Propuesta.

⁸ Tanto CEIS como CEDEX son laboratorios de ensayos.

⁹ Esto es, por consenso de todas las partes, por lo que no fue necesario recurrir a votación (folio 977).

derecho a voto, entre ellos los representantes de Outokumpu, Almesa, La Farga y UNICOBRE. Por su parte, XXX no estuvo presente (folios 427-429, 445-446).

Los motivos que llevan a este Comité a adoptar dicho acuerdo y que se recogen tanto en el acta de la reunión como en la carta enviada a Mueller son (folios 429-430 y 445-446):

1- Resultados no conformes con la norma UNE 1057 en lo relativo a las características dimensionales, según informe TUC-56-S-M/06, correspondiente a la inspección en el mercado del 2º semestre del 2006.

2- Reiterados incumplimientos a lo largo de los años:

- Informe CEIS TUC-56-S-M/06 en características dimensionales.
- Informe CEIS TUC-24-S-M/05 en características dimensionales y calidad superficial.
- Informe CEIS TUC-40-S-M/05 en características dimensionales y calidad superficial.
- Informe CEDEX E-S-207/4/04 en ensayo dimensional.
- Informe CEDEX E-S-150/03 en carbono superficial.
- Informe CEDEX E-S-470/02 en ensayo dimensional y contenido de Carbono.

Asimismo, se informa a Mueller de que, de conformidad con lo establecido en el Reglamento General de la Marca AENOR, dispone de un plazo de 15 días para solicitar ser oído por el Comité y exponer las alegaciones que estime convenientes antes de que se eleve la propuesta de sanción al Director General de AENOR.

6. Con fecha 14 de mayo Mueller envió sus alegaciones al Secretario del CTC-004. Reconoce que el producto no cumple las especificaciones técnicas exigidas y que por ello ha efectuado una completa revisión de los sistemas y procedimientos. No obstante, encuentra desproporcionada la sanción teniendo en cuenta la extremadamente limitada naturaleza de la no conformidad y las medidas correctivas llevadas a cabo (folios 180-182 y 952-953).

7. El 8 de junio de 2007, el CTC-004 da audiencia a Mueller para que expusiera sus alegaciones. Asistieron 12 miembros del CTC-004, (sólo 11 con derecho a voto, entre ellos los representantes de Outokumpu, Almesa,

XXX, La Farga y Unicobre). En el acta de la reunión se recoge lo siguiente (folios 187-190, 276 y 432-435):

- En el informe de seguimiento de las no conformidades se incluye el ensayo TUC-67-S-F/06, por incumplimiento de la norma UNE 1057 en relación con el contenido en fósforo, correspondiente a la toma de muestras en fábrica del segundo semestre. Dicho informe no se incluyó en el informe del historial de Mueller de la reunión del 12 de abril porque el ensayo se realizó el 30 de marzo y todavía AENOR no tenía constancia de los resultados (folio 617).

- La propia Mueller reconoce los incumplimientos (informe TUC-56-S-M/06 y TUC-67-S-F/06), si bien alega que se trata de incumplimientos menores ante los que, sin embargo, se propone la más drástica de las sanciones; que no se le ha dado la oportunidad de elaborar un plan de medidas correctivas apropiadas con el fin de subsanar cualquier no conformidad, como establece el Reglamento General Marca AENOR; que la empresa tomó inmediatamente medidas correctivas y que tales desviaciones no han producido ningún efecto negativo, ya que Mueller no ha recibido ninguna queja del mercado relacionada con dichas desviaciones. Además, considera que los incumplimientos anteriores fueron corregidos mediante la aplicación de medidas correctivas que AENOR consideró apropiadas, por lo que no cabe tomarlos de nuevo como base para una sanción (folios 187-190).

El Comité solicita a Mueller que envíe las alegaciones expuestas por escrito con el fin de tomar un acuerdo definitivo sobre la sanción en la siguiente reunión. El 12 de junio de 2007 Mueller envía sus alegaciones por escrito (folios 184-185).

8. El 22 de junio de 2007 el Comité se reúne nuevamente y acuerda, por unanimidad, ratificar la propuesta de sanción consistente en la retirada del certificado de la marca N de AENOR, que no se podrá solicitar de nuevo hasta transcurrir un periodo de seis meses. A dicha reunión asistieron 12 participantes, pero sólo 11 tenían derecho a voto, entre ellos los representantes de Outokumpu, XXX, La Farga y UNICOBRE. Por su parte, Almesa, no estuvo presente (folios 276-277, 436 y 439).

9. El 27 de junio de 2007 el Director General de AENOR, mediante escrito, ratifica y comunica a Mueller la retirada de la licencia para usar la marca de calidad de AENOR y la prohibición de presentar una solicitud de licencia durante un periodo de seis meses. Asimismo, le informa de su derecho a

presentar alegaciones contra dicho acuerdo ante la Junta Directiva de AENOR en el plazo de 30 días (folios 147-148 y 623).

10. El 25 de julio de 2007 Mueller interpuso recurso ante el Comité de Apelaciones de la Junta Directiva de AENOR (folio 279).

11. El 23 de octubre se celebró audiencia de Mueller ante el Comité de Apelaciones (folio 460 y 493).

12. En la reunión del 15 de noviembre de 2007 la Comisión Permanente de la Junta Directiva de AENOR confirmó la retirada del certificado AENOR a Mueller. Sin embargo, modificó la prohibición de solicitar una nueva marca en seis meses, permitiendo a Mueller solicitarla a partir de esa misma fecha. Este acuerdo fue comunicado a Mueller mediante carta el 16 de noviembre de 2007 (folios 493 y 1256).

13. Con fecha 3 de diciembre de 2007 Mueller presentó nueva solicitud de certificado Marca AENOR (folio 889).

14. Los días 25 y 26 de febrero de 2008 se inspeccionaron las instalaciones de Mueller y el 17 de marzo el laboratorio de AENOR adoptó un informe confirmando que las muestras de los productos de Mueller cumplían los estándares (folio 890).

15. El 24 de marzo de 2008 el CTC-004 acordó conceder una nueva licencia a Mueller y el 15 de abril Mueller recibió el nuevo contrato de licencia (folio 890).

VI.- VALORACIÓN JURÍDICA

El artículo 1 de la LDC prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional.

Por su parte, el artículo 81 establece que serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por

objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

Y en particular ambos artículos prohíben los acuerdos que consistan en 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.

Lo que se enjuicia en este expediente es si la decisión de retirar a Mueller la licencia para usar la marca de calidad de AENOR para tubos sanitarios de cobre, tras una decisión de su Director General, siguiendo las indicaciones del Comité Técnico de Certificación (CTC-004) del que forman parte las entidades imputadas, constituye una infracción de estos artículos por ser discriminatoria y no equitativa.

AENOR es la propietaria de la Marca AENOR y como tal es responsable de la concesión y retirada de las licencias para el uso de la citada marca de calidad, de tal forma que cuando concede una licencia de uso de su marca a un fabricante está garantizando que sus productos cumplen con la normativa de obligado cumplimiento fijada por la U.E. (apartado III).

El CTC-004 es el órgano encargado de verificar la conformidad de los tubos de cobre con la norma UNE-EN 1057, siguiendo el procedimiento establecido por AENOR (apartado IV. 2).

Mediante acuerdos de 12 de abril y 22 de junio de 2007, este Comité propuso, por unanimidad, sancionar a Mueller con la retirada de la licencia para el uso de la marca AENOR. En ambos casos, las entidades imputadas, incluso considerando el voto del representante de UNICOBRE (no imputada), estaban en minoría en la toma de decisiones del Comité. Así, en la reunión de 12 de abril de 2007, de los nueve participantes con voz y voto, contando con el voto del representante de UNICOBRE, las imputadas sumaban cuatro votos (XXX ni siquiera estuvo presente); mientras que en la reunión de 22 de junio de 2007, de once asistentes con derecho a voto, contando con el voto del representante de UNICOBRE, las imputadas sumaban cuatro votos (en esta reunión Almesa no estuvo presente) (HA 5 y 8).

De esta forma, incluso si los denunciados hubieran votado en contra de la propuesta de sanción, ésta hubiera sido adoptada por mayoría simple del resto de miembros del CTC-004.

Por otra parte, dicha propuesta se adoptó sin que los miembros del Comité conocieran que Mueller era la empresa licenciataria objeto de dicho acuerdo, puesto que la identidad del fabricante, tal y como se describe en el apartado IV.3 “infracciones y sanciones”, se mantiene en el anonimato con el fin de garantizar la imparcialidad e independencia en la toma de acuerdos y la confidencialidad de los mismos.

Además, el CTC-004 únicamente elevó la propuesta de sanción al Director de AENOR y fue éste quien adoptó la decisión final de sancionar a Mueller (HA 9).

El acuerdo del Director General fue recurrido ante el Comité de Apelaciones de la Junta Directiva de AENOR, un órgano independiente de los integrantes del CTC-004, cuyos miembros no tienen interés en el mercado del tubo de cobre, que confirmó la sanción de retirada. Prueba de su independencia es que se apartó de la decisión en lo que respecta al plazo para poder solicitar nuevamente la marca, autorizando a Mueller a solicitarla de manera inmediata (HA 10 y 12).

En cuanto a la sanción impuesta, la propuesta de retirada de la licencia para el uso de la Marca AENOR a Mueller fue provocada por un incumplimiento en lo relativo a las características dimensionales, al que posteriormente se sumó otro relativo al contenido en fósforo (HA 5 y 7).

La certificación que realiza AENOR se limita a comprobar si el producto cumple una norma, en este caso la UNE/EN 1057, cuyos valores no son definidos por esa asociación ni por ninguna otra de las entidades imputadas en el expediente de referencia, sino que son acordados por el Comité Europeo de Normalización.

Mueller conocía la norma cuando firmó el contrato con AENOR para el uso de su marca, ha reconocido los incumplimientos que han llevado a la sanción (HA 7) y además ha incurrido en reiterados incumplimientos desde el año 2002 (HA 5) por lo que, de acuerdo con lo establecido sobre infracciones y sanciones en los Reglamentos de AENOR (apartado IV.3), parece coherente que se le haya sancionado con una sanción grave, como la retirada de la licencia.

Por otra parte, la decisión sobre Mueller no ha sido discriminatoria con respecto a las adoptadas en casos similares (apartado IV.3). Analizadas las sanciones que AENOR ha impuesto a fabricantes de tubos de cobre a

propuesta del CTC-004 desde el año 2002 (tres, una de ellas a Mueller y otra a una de las empresas denunciadas, La Farga, con un representante en el CTC-004), la pauta que ha seguido ha sido el apercibimiento como primera sanción ante el incumplimiento de los requisitos exigidos y la suspensión temporal si la empresa vuelve a incumplir. En el caso de Mueller, tras dos apercibimientos fue sancionada con una suspensión temporal.

De esas tres empresas que han sido sancionadas con una suspensión temporal sólo Mueller repitió la desviación por la que había sido sancionado.

No es la primera vez que el CTC-004 tiene en cuenta la reincidencia en una propuesta de sanción, de tal forma que si bien la reincidencia no inicia un expediente sancionador, sino que es un nuevo incumplimiento el que lo inicia, sí se tiene en cuenta la trayectoria seguida por la empresa en cuanto a incumplimientos de la norma UNE-EN 1057 para la imposición de la sanción correspondiente (apartado IV.3).

Finalmente, la tramitación de la solicitud para una nueva licencia se ha desarrollado con más celeridad de la usual, ya que los tiempos habituales van desde los 8 a los 15 meses y, sin embargo, en el caso de Mueller ha sido de cuatro meses (del 3 de diciembre de 2007 al 24 de marzo de 2008) (HA 13 y 15). De hecho, la propia Mueller estimaba en 44 semanas el tiempo necesario para la restitución de la marca y finalmente han sido entre 16 y 17 semanas (apartado IV.3).

En cuanto a la publicidad de la sanción, se trata de una obligación recogida en el Reglamento General Marca AENOR y no ha supuesto ningún trato discriminatorio contra Mueller, puesto que se ha seguido el mismo procedimiento que en cualquier otro caso de retirada de licencia y se ha publicado en los medios que habitualmente utiliza AENOR para la publicación de las retiradas de marca (apartado IV.3).

Por lo tanto, no queda acreditado que las decisiones de 12 de abril y 12 de junio de 2007 adoptadas por el CTC-004 de proponer una sanción de retirada del uso de la marca AENOR a Mueller tuvieran el objeto o efecto por parte de AENOR, Outokumpu, Almesa, XXX y La Farga de restringir la competencia, por lo que no queda acreditada la infracción del artículo 1.1.d de la LDC ni del artículo 81.1.d del TUE.

VII.- CONCLUSIÓN

A la vista de lo anterior, esta DI considera que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas por la LDC ni por el TUE.

Notifíquese esta providencia a los interesados.”

1. ALEGACIONES AL PLIEGO DE CONCRECIÓN DE HECHOS

En cuanto a las imputadas, únicamente AENOR y Outokumpu formularon alegaciones, mediante escritos (folios 1474 y 1479) de fechas 6 y 17 de noviembre de 2008, respectivamente, apoyando en ambos casos la propuesta de la Dirección de Investigación.

Por su parte, Mueller, mediante escrito de fecha 24 de noviembre de 2008, manifiesta su oposición al Pliego de Concreción de Hechos y expone las siguientes alegaciones que complementan a las que expuso a la incoación del expediente (folios 1480 a 1486):

1. Los competidores de Mueller han tenido la oportunidad de influir en el resultado del proceso de toma de decisiones del Comité CTC-004.

El papel del Director General de AENOR en el proceso de toma de decisiones en relación con la sanción impuesta a Mueller fue nominal, dado que no fue debidamente informado de las razones precisas del CTC-004 para recomendar dicha sanción y que en casi todos los casos sigue la propuesta formulada por un Comité, por lo que la decisión de imponer a Mueller la sanción de retirada de la licencia fue tomada de hecho por el Comité. Asimismo, el modus operandi¹⁰ del CTC-004 permitió a los competidores de Mueller influir a su favor en el proceso de toma de decisiones.

De acuerdo con Mueller, el Pliego de Concreción de Hechos indica que la propuesta de sanción a Mueller fue adoptada por consenso, dado que no se procedió a una votación formal sobre la misma, pero la Dirección de Investigación debería determinar la influencia que los competidores de Mueller fueron capaces de ejercer en el resultado del mencionado proceso de decisiones.

¹⁰ Mueller indicó (folios 545-547) que el procedimiento de votación del CTC-004 asume consenso unánime sobre la propuesta avanzada por el Presidente del Comité a menos que alguien se oponga.

Es irrelevante que la propuesta inicial de sanción fuera adoptada sin que los miembros del CTC-004 conocieran la identidad del licenciataria, dado que cuando se celebró la audiencia y cuando se aprobó la propuesta de sanción sabían que el licenciataria era Mueller.

También es irrelevante la composición del Comité de Apelaciones para la valoración de la predisposición contra Mueller en la adopción de la sanción impuesta cuando la sanción cobró plena efectividad en cuanto fue confirmada por el Director General y no podía ser suspendida durante el proceso de apelación. El mencionado Comité se limitó a una revisión marginal del respeto de la decisión con las normas de AENOR y no condujo un verdadero análisis de la predisposición del CTC-004 contra Mueller.

2. La sanción de retirada fue desproporcionada en comparación con la seriedad de las desviaciones cometidas por Mueller.

En defensa de este argumento Mueller se ha apoyado en cuatro informes técnicos (folios 459-482 del expediente), que considera que la Dirección de Investigación no ha tomado en cuenta en su valoración.

El primer informe (British Standards Institute) demuestra que las medidas correctivas que Mueller adoptó poco después de ser informado de las desviaciones fueron efectivamente aplicadas y el CTC-004 fue informado de la adopción de tales medidas correctivas antes de la adopción de la propuesta final de retirada.

El segundo informe (Oakley) demuestra que la desviación cometida por Mueller era tan ínfima que era "irrelevante para todos los efectos prácticos".

El tercer informe (Jager) demuestra que la desviación relativa al fósforo no afectó a la aptitud para sus fines de los tubos de cobre para aplicaciones sanitarias de Mueller.

Y el cuarto informe (AENOR) de septiembre de 2007 probó que Mueller Europe fabricaba tubos de cobre de conformidad con los estándares.

Asimismo, hay que clarificar que, en contra de lo que indicó AENOR (folio 1253) y el Pliego de Concreción de Hechos (Sección VI, Valoración Jurídica), los estándares aplicables no son una normativa de obligado cumplimiento fijada por la U.E. Simplemente se presume que los productos son aptos para sus fines si cumplen con los estándares aplicables.

3. La repetición de desviaciones no es una violación perseguible en virtud de las normas de AENOR.

Mueller responde a los comentarios realizados por AENOR afirmando que el Reglamento de Régimen Interior no puede invocarse contra Mueller dado que no está públicamente disponible y nunca le ha sido comunicado. Tampoco el historial de las sanciones puede ser utilizado contra Mueller porque es confidencial para esta empresa. Además, se ignora el principio “nulla poena sine lege” y que la repetición de infracción es una circunstancia agravante sólo cuando el régimen sancionador lo establece así.

El Pliego de Concreción de Hechos sugiere que la Dirección de Investigación ha aceptado que la repetición de desviaciones puede ser usada contra Mueller basándose en que supuestamente ya ha sido tomada en cuenta en previas decisiones sancionadores y cita en la Sección IV.3 “Infracciones y sanciones”, entre otros, el artículo 58 del Reglamento de Régimen Interior de AENOR. Pero no tiene en cuenta los argumentos expuestos por Mueller que explican por qué previas decisiones sancionadoras y el mencionado Artículo 58 no pueden invocarse contra Mueller y solicita que los tenga en consideración en su valoración final.

4. La sanción de retirada fue discriminatoria

Mueller sostiene que la sanción de retirada de su licencia fue discriminatoria si se compara con las sanciones impuestas a otros licenciarios. Aunque cuatro licenciarios (licenciarios 1, 5, 10 y 11) cometieron infracción casi cada año, sólo al licenciario 5 se le retiró la licencia.

La situación de Mueller no es diferente a la de otros licenciarios:

- El licenciario 1 cometió una serie de desviaciones del mismo tipo, que condujeron a dos apercibimientos y a una suspensión temporal, y continuó cometiendo desviaciones del mismo tipo tras la suspensión de su licencia.
- El licenciario 10 ha recibido solamente apercibimientos a pesar de que ha cometido varias desviaciones del mismo tipo.
- El licenciario 11 cometió repetidas desviaciones del mismo tipo en relación con la calidad superficial que nunca condujeron a nada más que a un apercibimiento. También cometió otro tipo de desviaciones en 2002 y 2004, que conllevaron una suspensión y en 2005.

El argumento sostenido por AENOR de que el tiempo relevante para la comparación de las sanciones impuestas a los licenciarios de AENOR debería excluir 2007 por ser el año de retirada de la licencia Mueller debe ser rechazado dado que AENOR realizó tests en relación con los tubos de Mueller hasta septiembre de 2007.

5. La prohibición de volver a presentar una solicitud de licencia por un período de seis meses no estaba prevista en las normas de AENOR aplicables.

AENOR ha reconocido que sometió a Mueller a un nuevo tipo de sanción que no estaba prevista en las normas aplicables a los tubos de cobre y, por esta razón, el Comité de Apelaciones decidió que Mueller podía volver a solicitar una nueva licencia inmediatamente. Sin embargo, la decisión del Comité de Apelaciones no elimina el daño causado a Mueller como resultado de esta sanción, dado que trascurrieron cuatro meses y medio antes de que decidiese sobre el recurso de Mueller.

Asimismo, hay que destacar que AENOR ha cambiado su justificación para la imposición de esta sanción en el curso de la presente investigación. Inicialmente consideró que el periodo de espera era necesario para permitir que se adoptasen las medidas correctivas y posteriormente alegó que sin este periodo de espera una sanción de retirada equipararía a una sanción de suspensión de seis meses. Ninguno de estos argumentos puede ser aceptado ya que Mueller adoptó medidas correctivas antes de la imposición de la sanción y la sanción de retirada y la de suspensión son inherentemente diferentes en naturaleza.

2. ANALISIS DE LAS ALEGACIONES DE MUELLER

1. Respeto a la influencia de los competidores de Mueller en el resultado del proceso de toma de decisiones del Comité CTC-004.

Como se indica en la valoración jurídica del Pliego de Concreción de Hechos, los acuerdos por los que el CTC-004 propuso la sanción de retirada de la licencia a Mueller se adoptaron por unanimidad de todos los participantes en las reuniones, sin que haya quedado acreditado en el expediente que los competidores de Mueller influyeran en la toma de dichas decisiones.

En efecto, con que un solo participante hubiera cuestionado dicha propuesta, en función del Reglamento General CTC (Pliego de Concreción de Hechos,

apartado IV.2), hubiera sido necesario recurrir a la votación. Sin embargo, la votación no se produjo porque hubo consenso de todas las partes. Además, las entidades imputadas se encontraban en minoría de tal forma que, incluso si los denunciados hubieran votado en contra de la propuesta de sanción, ésta hubiera sido adoptada por mayoría simple del resto de miembros del CTC-004.

El CTC-004 propone la sanción a Mueller, pero es el Director General de AENOR el que finalmente adopta la decisión y se lo comunica a Mueller mediante carta, de fecha 27 de junio de 2007 (folios 147-148), donde se relacionan los motivos. Por lo tanto, el Director General de AENOR, en contra de lo que sugiere Mueller en sus alegaciones, conocía su historial de sanciones cuando tomó la decisión.

En cualquier caso no es válido el argumento de que el Director General de AENOR “en casi todos los casos sigue la propuesta formulada por un Comité CTC”, porque como esta propia afirmación expone no siempre es así y existen casos en los que no sigue las propuestas de los Comités, como ha quedado acreditado en el expediente (folios 278 y 279).

Asimismo, esta Dirección de Investigación considera relevante el hecho de que cuando se adoptó la propuesta inicial de sanción los miembros del Comité no conocieran que Mueller era la empresa licenciataria objeto de dicho acuerdo, puesto que fue por este primer acuerdo por el que AENOR inició el procedimiento sancionador contra Mueller.

Tampoco se considera irrelevante la Composición del Comité de Apelaciones, órgano independiente de los integrantes del CTC-004, pues es la última instancia decisoria en el proceso sancionador de AENOR y que en este caso confirmó la propuesta de sanción de retirada de la licencia a Mueller. Por otro lado, no queda acreditado en el expediente que el mencionado Comité no llevara a cabo un “verdadero análisis”, es más, Mueller tuvo una audiencia ante el Comité de Apelaciones, en la que pudo exponer todas sus alegaciones, y éstas debieron ser tenidas en cuenta por este Comité, pues modificó la prohibición de solicitar una nueva marca en seis meses, permitiéndole solicitarla desde ese mismo momento.

2. Respeto a la desproporción de la sanción de retirada de la licencia a Mueller respecto a las desviaciones cometidas.

Como ya se indicó en la valoración jurídica del Pliego de Concreción de Hechos, AENOR se limita a comprobar si el producto cumple una norma, en este caso, la UNE/EN 1057. Mueller conocía los valores que define la norma cuando firmó el contrato con AENOR, ha reconocido los incumplimientos que han llevado a la sanción y además ha incurrido en reiterados incumplimientos desde el año 2002 por lo que, de acuerdo con lo establecido sobre infracciones y sanciones en los Reglamentos de AENOR, parece coherente que se le haya sancionado con una sanción grave, tal como la retirada de la licencia y no cabe entrar a valorar la relevancia de la desviación.

Por otro lado, los informes del British Standards Institute y de AENOR¹¹ son posteriores a la infracción por la que Mueller fue sancionado y el hecho de que Mueller tuviera que adoptar medidas correctivas demuestra que existía un problema en su proceso productivo y en ningún caso modifica los incumplimientos por los que fue sancionado.

Por último, la Marca AENOR para tubos de cobre para aplicaciones sanitarias acredita que el producto cumple con los requisitos técnicos establecidos en la norma UNE-EN 1057. Independientemente de que esta norma sea o no de obligado cumplimiento dentro del marco de la UE, sí era de obligado cumplimiento para Mueller en virtud del contrato que firmó para la concesión de la Marca AENOR (PCH Sección IV.1 y 2 y folio 645).

3. Respecto a que la repetición de desviaciones no es una violación perseguible en virtud de las normas de AENOR.

Como ya se indicó en la valoración jurídica del Pliego de Concreción de Hechos, la reincidencia ha sido un criterio aplicado con anterioridad por el CTC-004. De hecho, el folio 625 acredita que los mismos criterios por los que ha sido sancionado Mueller fueron utilizados por el CTC-004 para sancionar a una de las empresas denunciadas en este expediente en el pasado. Asimismo en el expediente se acredita que la empresa imputada La Farga fue sancionada en el año 2003 con una suspensión temporal de la licencia por tres meses y en la carta del Director de AENOR por la que se les comunicaba la mencionada sanción se recogían como motivos los incumplimientos de la norma UNE-EN 1057 obtenidos en los ensayos del 2001, 2002 y 2003, por lo que se tuvo en cuenta la reincidencia (folios 540 y 543).

¹¹ El informe elaborado por el CEIS para AENOR corresponde a los controles rutinarios que realiza AENOR a las empresas licenciatarias, que continúan realizándose durante la tramitación del procedimiento sancionador (PCH Sección 4.1 y folios 620 y 621).

Respecto de la información confidencial que menciona Mueller, AENOR aportó la documentación relativa a una sanción a una empresa licenciataria solicitando su confidencialidad por ser información sensible para la empresa sancionada. Esta Dirección ha podido comprobar (y también el Consejo podrá verificar), que para la imposición de la mencionada sanción efectivamente se tuvo en cuenta la existencia de expedientes anteriores con el fin de valorar la trayectoria de la empresa, de tal forma que si bien la reincidencia no inicia un expediente sancionador, sino que es un nuevo incumplimiento el que lo inicia, sí se tiene en cuenta la trayectoria seguida por la empresa en cuanto a incumplimientos de la norma UNE-EN 1057 para la imposición de la sanción correspondiente (PCH apartado IV.3).

Las normas de AENOR prevén que un Comité pueda proponer una sanción de retirada de la Marca cuando un licenciatario no cumpla la norma de referencia y para ello no se especifica o detalla más que los tipos de sanciones y las infracciones para las que se impondrán las sanciones de suspensión temporal o de retirada del certificado. Por tanto, al no recoger las normas ninguna limitación en este sentido, los Comités gozan de la necesaria discrecionalidad para apreciar la gravedad de la infracción tomando en consideración todos los elementos que estimen oportunos (apartado IV.3). Y en este caso, como ya se ha argumentado, teniendo en cuenta la reincidencia de Mueller resulta lógico que se le castigara con una sanción grave.

4. Respecto a que la sanción de retirada fue discriminatoria.

Como ya se indicó en la valoración jurídica del Pliego de Concreción de Hechos, la decisión sobre Mueller no ha sido discriminatoria con respecto a las adoptadas en casos similares.

En el caso del licenciatario 1, sancionado en el año 2002 con apercibimiento y en el 2003 con apercibimiento y suspensión temporal, las desviaciones cometidas en los años 2004 y 2007 no resultaron tales cuando bien se repitieron o comprobaron con otro método los ensayos, bien se comprobó que los incumplimientos eran de una empresa subcontratada y en el año 2005 se aceptaron las alegaciones, por lo que no hubo necesidad de imponer una nueva sanción.

En el caso del licenciatario 10, no es cierto que haya cometido nuevas desviaciones tras sus dos sanciones de apercibimiento, puesto que el ensayo extraordinario del 2006 resultó conforme y el ensayo extraordinario del

segundo trimestre de 2007 estaba aún pendiente cuando AENOR facilitó esta información.

El licenciataria 11, tras una sanción de apercibimiento en el 2002 y una suspensión temporal en el 2004, no cometió ninguna desviación en el 2005, puesto que los ensayos extraordinarios resultaron conformes y la desviación del 2006 fue por causas diferentes a las que motivaron las sanciones anteriores.

Lo cierto es que Mueller fue sancionado en el año 2003 y 2004 con apercibimientos, posteriormente en el 2005 con una suspensión temporal y en el año 2006 cometió una nueva desviación similar a la que provocó la sanción de suspensión temporal. Por tanto, como es coherente con la pauta seguida por AENOR para la imposición de sanciones, se le impuso una sanción grave: la retirada de la licencia.

5. Respecto a que la prohibición de volver a presentar una solicitud de licencia por un período de seis meses no estaba prevista en las normas de AENOR aplicables.

Efectivamente, AENOR ha reconocido que sometió a Mueller a un nuevo tipo de sanción que no estaba previsto en las normas aplicables a los tubos de cobre y, por esta razón, el Comité de Apelaciones se desvió de la decisión del Director General de AENOR en beneficio de Mueller, decidiendo que pudiera solicitar una nueva licencia inmediatamente.

En cualquier caso, en caso de que Mueller hubiera sufrido daños derivados de la sanción deben ser entendidos como la consecuencia del incumplimiento de las normas a las que voluntariamente decidió someterse, por lo que no cabe exigir responsabilidad por los mismos a AENOR.

3. CIERRE DE ACTUACIONES

Con fecha 5 de noviembre de 2008, en aplicación de lo establecido en el artículo 33.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero de 2008, se procedió al cierre de la fase de instrucción (folio 1487).

El 26 de noviembre de 2008 se notificó dicho cierre a todas las partes interesadas: AENOR, Outokumpu, Almesa, XXX, La Farga y Mueller (folios 1488-1515 y 1519-1513).

4. PROPUESTA

Por ello, esta Dirección de Investigación entiende y así lo propone al Consejo, que no hay infracción de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en el presente expediente, que tuvo su origen en la denuncia formulada por Mueller Europe Ltd. contra AENOR, Outokumpu, Almesa, XXX y La Farga.

Notifíquese esta propuesta a los interesados, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 34.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por Real Decreto 261/08, de 22 de febrero (BOE del 27).”

II

El 18 de diciembre de 2008, se han recibido alegaciones a la propuesta de resolución de AENOR, que muestra su total acuerdo con los análisis de la DI.

III

El 22 de diciembre de 2008, la representación de Mueller presentó alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos y a la Propuesta de la Dirección de Investigación, sin que se aprecien indicios de prácticas sancionadoras.

IV

El 26 de diciembre de 2008 se recibe de la representación de la OUTOKUMPU COPPER TUBES un escrito de alegaciones que confirma lo indicado por DI.

V

El Consejo deliberó y falló sobre el asunto en su reunión de 18 de febrero de 2009.

VI

Son interesados en el expediente:

- Mueller Europe Ltd.
- AENOR
- Outokumpu
- Almesa
- XXX
- La Farga

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El número 1,c) del artículo 53 de la Ley de Defensa de la Competencia dispone que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, podrá acordar que no ha resultado acreditada la existencia de prácticas prohibidas en el artículo 1 de la Ley, y en consecuencia, el archivo de la actuaciones realizadas cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley 15/2007.

SEGUNDO.- Este Consejo considera que las alegaciones de Mueller no pueden prosperar. En efecto, el escrito de alegaciones a la propuesta de la Dirección de Investigación de la denunciante prácticamente se limita a reproducir los cinco motivos invocados anteriormente, en el sentido de que la conducta analizada está prohibida por la LDC, y este Consejo coincide con la Dirección de Investigación, haciendo suyo el contenido de su propuesta, no apreciando que ninguno de ellos permita llegar a la conclusión de que en el presente expediente se haya acreditado la existencia de una conducta prohibida.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos citados y los demás de aplicación general, el Consejo de la Comisión Nacional de Competencia,

RESUELVE

ÚNICO.- Declarar que no ha resultado acreditada la existencia de prácticas prohibidas y, en consecuencia, archivar las actuaciones seguidas por la Dirección de Investigación contra AENOR, Outokumpu, Almesa, XXX y La Farga como consecuencia de la denuncia interpuesta por Mueller Europe Ltd.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese al denunciante, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.