

Roj: SAN 3228/2001
Id Cendoj: 28079230062001100060
Órgano: Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 6
Nº de Recurso: 412/1998
Nº de Resolución:
Procedimiento: Recurso contencioso-administrativo
Ponente: JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

Madrid, a veintitrés de mayo de dos mil uno.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 412/98, se tramita, a instancia de la entidad ASFALTEX CONSTRUCCION, S.A., representada por el Procurador D.

Enrique Sorribes Torra, contra resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 25 de noviembre de 1997, sobre prácticas restrictivas de la competencia, en el que la Administración

demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y ha sido parte codemandada la Asociación Española de Normalización y certificación (AENOR), representada por la Procuradora Dña. Isabel Campillo García, siendo la cuantía del mismo indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 3 de febrero de 1998, y la Sala, por providencia de fecha 20 de marzo de 1998, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno. Igualmente contestó a la demanda la parte codemandada, alegando lo que consideró procedente.

TERCERO.- Se recibió el proceso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 23 de mayo de 2001.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 25 de noviembre de 1997, que desestimó el recurso interpuesto por la sociedad hoy demandante, contra el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia de 16 de septiembre de 1997, mediante el que se sobreseyó el expediente nº 1478/96, que se inició por denuncia formulada por la demandante.

En el origen de la Resolución impugnada se encuentra la denuncia interpuesta por la sociedad demandante ante el Servicio de Defensa de la Competencia, en relación con un acuerdo de AENOR de 8 de junio de 1995, que incluía en el proyecto de norma UNE 104-402-96, relativa a sistemas de impermeabilización de cubiertas, la membrana PN-3, formada por una LAM-3, de 3 mm. de espesor, en sustitución de la LAM-2, de 2 mm. de espesor.

SEGUNDO.- La parte actora alega que el acuerdo de AENOR constituye un concurso de voluntades, que produce una restricción de la competencia por encarecimiento de un producto bajo la falsa apariencia de mejoras, sin fundamento técnico alguno, con vulneración del artículo 1.1.b) de la LDC y 85.1 del Tratado de la Comunidad Europea, al limitar la libertad del usuario y consumidor para elegir fuentes de aprovisionamiento más económicas.

El Abogado del Estado considera que no existe prueba alguna, ni siquiera indiciaria, acerca de la intención colusoria del acuerdo de AENOR denunciado, ni de la medida en que dicho acuerdo afecta a la competencia efectiva, por lo que no procede la incoación de un procedimiento por el Servicio de Defensa de la Competencia, sino el archivo.

La parte codemandada indica que AENOR es una asociación privada, sin ánimo de lucro, que no participa en el mercado de los impermeabilizantes, ni tiene interés alguno en excluir un producto de ese mercado en detrimento de los consumidores, que la norma aprobada es una norma técnica de calidad, de carácter voluntario, que no pasa de ser un canon o referente al que las empresas pueden adaptarse o no, y que la aprobación de la norma obedeció a razones técnicas y a la adaptación a directrices de organismos europeos.

TERCERO.- La cuestión objeto del presente proceso consiste en determinar si es o no conforme a derecho la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 25 de septiembre de 1997, que confirmó el Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) de 16 de septiembre de 1997, mediante el que se sobreseyó el expediente sancionador incoado en virtud de la denuncia formulada por la sociedad Asfaltex Construcción S.A. (ASFALTEX), hoy demandante, contra la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR), hoy codemandada.

Se trata, por tanto, de resolver si los hechos acreditados en el expediente son subsumibles en alguna de las conductas contrarias a la competencia que describe el artículo 1.1.b) de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). Conviene que recordemos que, como antes se ha dicho, los hechos denunciados, desprovistos de cualquier calificación, consistieron en el Acuerdo de AENOR de incluir en el proyecto de norma UNE 104-402-96, relativa a sistemas de impermeabilización de cubiertas, la membrana PN-3, formada por una LAM-3, de 3 mm. de espesor, en sustitución de la LAM-2, de 2 mm. de espesor. Dicha norma UNE 104-402-96 viene a sustituir a la norma 104-402-90, que si preveía que la membrana PN-3 estuviera formada por la LAM-2

CUARTO.- Es preciso también hacer una referencia a los intervinientes en este proceso y alguno de los conceptos utilizados.

Por lo que se refiere al demandante y codemandado, debe tenerse en cuenta a propósito de su actividad:

a) La demandante, ASFALTEX, es una empresa que se dedica a la fabricación de materiales y productos para la construcción, entre ellos, según su catálogo de productos y precios, los siguientes: pinturas para la construcción, aislantes térmicos y acústicos, productos anticorrosivos y antiácidos, aditivos para morteros y hormigones, masillas y perfiles para juntas, preparados asfálticos y de caucho y láminas y fieltros impermeabilizantes. Dentro de estos últimos productos, las láminas y fieltros impermeabilizantes, que son los que interesan en este recurso, ASFALTEX también produce diferentes materiales, como Láminas de Oxialfalto (LO), Láminas de Betún Modificado (LBM) y Láminas de Alquitrán Modificado (LAM).

Dentro de estas últimas láminas (LAM), ASFALTEX comercializa un producto tipo LAM-2, denominado Tarfal, y otro producto tipo LAM-3, denominado Tarfal 45.

La cuota de la Lámina LAM-2 en el mercado nacional de los productos impermeabilizantes es del 1%. Y a su vez, ASFALTEX ocupa el 100% del mercado de láminas tipo LAM-2.

b) AENOR es una entidad privada sin ánimo de lucro, designada por la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 26 de febrero de 1986 (BOE 50/1986, de 27 de febrero) como entidad reconocida para desarrollar tareas de normalización y certificación, a la que también reconoce como Organismo de normalización la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial. Como tal Organismo de normalización, AENOR tiene por finalidad, de acuerdo con el artículo 8 del citado RD 2200/1995, desarrollar en el ámbito estatal las actividades relacionadas con la elaboración de normas, mediante las cuales se unifiquen los criterios respecto a determinadas materias y se posibilite la utilización de un lenguaje común en campos de actividades concretos.

c) "Norma", de acuerdo con el artículo 2.4 del RD. 1168/1995, de 7 de julio, por el que se regula la remisión de Información en materia de Normas y Reglamentaciones Técnicas, es la especificación técnica, aprobada por un Organismo reconocido de actividad normalizadora, para aplicación repetida o continua, cuya observancia no es obligatoria. Entre las normas, las de ámbito nacional utilizan el anagrama "UNE", indicativo de "Una Norma Española" En este procedimiento han de tenerse en cuenta las normas UNE sobre sistemas para la impermeabilización de cubiertas con materiales bituminosos: a) UNE 104-402-90 y b) UNE 104-402-96.

d) Cubierta: es el elemento o conjunto de elementos diseñados para ejercer la función de cerramiento superior de un edificio.

e) Membrana impermeabilizante: es el elemento del sistema de impermeabilización constituido por láminas u otros materiales, que tiene como función proporcionar la estanqueidad de la cubierta.

f) La UNE 104-402-90 señalaba que, en las membranas denominadas PN-3, para uso en cubiertas transitables o no transitables, con pendientes del 1 al 5%, con protección pesada (por ejemplo, losetas), no adheridas al soporte, era indicada la lámina LAM-2 (con espesor de 2,2mm. y masa mínima total de 2,8 kg/m). Pero la UNE 104-402-96 sustituyó la referencia de las láminas LAM-2 por las láminas LAM-3 (con espesor de 3,3 mm. y masa mínima total de 4,2 kg/m).

g) La nueva norma UNE 104-402-96 ha sido elaborada por el comité técnico AEN/CTN 104 "Materiales Impermeabilizantes para la Construcción".

QUINTO.- La decisión del Comité Técnico se basa, según resulta del Acta de la reunión de 8/6/95, en razones técnicas (mayor calidad) y de armonización.

El demandante mantiene, por el contrario, que el establecimiento de la nueva norma no tiene otro objeto que beneficiar a unas empresas en perjuicio de la recurrente, lo que es una práctica prohibida por la LDC, que debería ser sancionada por el Tribunal.

Lo cierto es que el único argumento que ha utilizado la parta actora para demostrar la existencia de la práctica contraria a la LDC, ante el SDC, ante el TDC y en vía contencioso administrativa, es que no existen razones técnicas para la sustitución de la lámina LAM-2 por la LAM-3, pero sin aportar ningún dato o elemento que permita sostener, siquiera a nivel indiciario, que el acuerdo del Comité Técnico AEN/CTN 104 persiga la finalidad de producirle un perjuicio en beneficio de sus competidores, que ni siquiera son mencionados, y desde luego no tiene esta condición de competidor en el mercado de los productos impermeabilizantes el Organismo demandado, que se ha visto que es una entidad privada sin ánimo de lucro.

Los hechos acreditados en el expediente, por el contrario, nada acreditan en relación con una actuación de AENOR distinta de la que le es propia, de elaboración de normas voluntarias para coadyuvar en la competitividad de la industria española.

En efecto, el Comité Técnico AEN/CTN 104 se reunió a requerimiento del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, que por oficio de 9/5/94 se dirigió al Director General de AENOR (folio 83 del expediente del SDC) indicándole la necesidad de revisión y actualización de determinadas normas UNE, entre ellas la norma UNE 104-402-90.

Entre los miembros del Comité Técnico AEN/CTN 104 figuraban representantes de la empresa

demandante, que pudieron expresar sus argumentos a favor del mantenimiento de la lámina LAM-2. Por otro lado, la composición del Comité Técnico y el procedimiento seguido en la elaboración de la norma UNE 104-402-96 fue ajustado a la normativa específica, y la norma aprobada por un amplio margen de votos (7 a 1).

Son datos que apoyan la inexistencia de prácticas contrarias a la competencia el hecho de que, en el mercado de la impermeabilización, las láminas LAM-2 no representan una cuota superior al del 1% y que la empresa demandante también comercializa, además de otras diversas láminas impermeabilizantes, las láminas LAM-3, que son las que han sustituido a las anteriores en la membrana PN-3.

SEXTO.- Decíamos que el demandante mantiene que la norma elaborada por AENOR constituye una práctica prohibida por la LDC, con un único argumento, que consiste en afirmar que no existen razones técnicas que justifiquen la sustitución de la LAM-2 por la LAM-3, y para acreditar tal extremo propuso la práctica de una prueba pericial, que se llevó a efecto en toda la extensión interesada. Sin embargo, debe señalarse que, como es obvio, este proceso no tiene por finalidad un pronunciamiento de la Sala sobre cual de los dos productos es de superior calidad, sino que el pronunciamiento de la Sala ha de versar, únicamente, sobre si los hechos acreditados son o no subsumibles en alguna de las conductas prohibidas por la LDC.

Para apoyar la hipótesis de que el Acuerdo de AENOR es contrario a la competencia, pues no busca otra finalidad que perjudicar al demandante al sustituir innecesariamente un producto por otro, sin ninguna justificación técnica, parece necesario demostrar esta última afirmación, que no existe ninguna justificación técnica para la sustitución de la lámina LAM-2 por la lámina LAM-3 en la norma UNE 104-402-96, es decir, que de forma definitiva la lámina LAM-3 no supera en ningún aspecto a la LAM-2.

Sin embargo, nada de esto se deduce del informe pericial, que conducido por las preguntas de la parte demandante, en ocasiones se introduce en temas que no han servido para simplificar la cuestión. No obstante, del informe del perito, incluso de las preguntas del demandante, una cuestión si parece clara, que la lámina LAM-3, por su mayor grosor, ofrece mayor seguridad que la LAM-2 (pregunta 5), aunque tenga lógicamente un superior coste económico. Esta conclusión parece fuera de toda duda, incluso en los alegatos y documentos del propio demandante, así en el Informe que acompaña a su demanda, elaborado por el Institut de Tecnologia de la Construcció de Catalunya (página 6), que a la pregunta de si una lámina de mayor espesor y masa otorga mayores prestaciones, responde con una evasiva y en el escrito del demandante al SDC (folio 155 del expediente del SDC) que considera que es evidente que el aumento de espesor y de peso suponen un aumento de seguridad.

Además, es de tener en cuenta la opinión, recogida por el SDC, de las Asociaciones de empresas del Sector, la Asociación Nacional de la Impermeabilización (ANI) y la Asociación Nacional de Fabricantes de Impermeabilizantes (ANFI), de la cual es miembro ASFALTEX (folios 138 y 142 del SDC). Mantienen dichas Asociaciones que no existen intereses comerciales de nadie que persigan la eliminación o disminución del uso de la LAM-2, o al menos, no disponen de información sobre esta cuestión, y que la LAM-3 es de superior calidad y aporta mayor seguridad que la LAM-2 o que son superiores las especificaciones de masa y espesor para la lámina tipo LAM-3.

En definitiva, entiende la Sala que en lo actuado no existen datos o elementos que acrediten una conducta prohibida por el artículo 1 LDC, sino por el contrario, existen razones que permiten afirmar todo lo contrario, que la demandada AENOR actuó en cumplimiento de sus fines en la elaboración de la norma UNE 104-402-96, por lo que procede la desestimación de la demanda, con confirmación de la resolución recurrida.

SEPTIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 131 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de ASFALTEX CONSTRUCCION S.A., contra la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de 25 de noviembre de 1997, que se declara ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, indicando si es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

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

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, lltmo. Sr. D. JOSE M^a DEL RIEGO VALLEDOR, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional; certifico.-