

RESOLUCIÓN (Expte. Mc 19/96. Aenor)

Pleno

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente
Alonso Soto, Vicepresidente
Bermejo Zofío, Vocal
Fernández López, Vocal
Berenguer Fuster, Vocal
Hernández Delgado, Vocal
Rubí Navarrete, Vocal
Castañeda Boniche, Vocal
Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 24 de febrero de 1997.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia, con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Luis Berenguer Fuster, ha dictado la siguiente RESOLUCION en el Expediente MC 19/96 de medidas cautelares - instadas por el Servicio de Defensa de la Competencia en el expediente sancionador que se sigue en el mismo con el número 1050/94, incoado en virtud de la denuncia formulada por D. Jacinto Gómez Simón, en nombre y representación de G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO S.A. contra AENOR- tendentes a asegurar la eficacia de la Resolución que en su momento se dicte en el citado expediente.

ANTECEDENTES DE HECHO

- 1.- En fecha 17 de enero de 1994 G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO S.A. representada por don Jacinto Gómez Simón presentó denuncia junto con otros dos ante el Servicio de Defensa de la Competencia contra AENOR por considerar que la actuación de esta entidad incurría en conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia al exigir el sello de calidad AENOR para certificar los productos de acero para hormigón.
- 2.- El Servicio dictó un Acuerdo archivando la denuncia, lo cual fue recurrido por el denunciante. El Tribunal por Resolución de fecha 17 de junio de 1996 (Expte. r 136/95) acordó estimar el recurso y ordenar al Servicio que incoara el correspondiente expediente sancionador para la investigación de los hechos denunciados y, en particular, la existencia de colusión entre los principales fabricantes españoles de acero para impedir la importación de ese producto.

3.- En el ámbito del expediente sancionador que había sido incoado en cumplimiento de dicha Resolución, en fecha 29 de octubre del mismo año, G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO S.A. amplió la denuncia por el hecho de que, como consecuencia de la revisión de los anexos y de la aprobación de nuevos anexos y de nuevas normas, sólo los productos fabricados con materias primas con sello AENOR pueden ser certificados. En el mismo escrito, el denunciante solicitaba la adopción de medidas cautelares.

4.- Como consecuencia del citado escrito presentado por G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO S.A., en fecha 18 de diciembre de 1996 la Subdirectora General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia remitió al Tribunal un escrito en el que se proponía la adopción de las siguientes medidas cautelares:

A) A propuesta del denunciante:

Que durante seis meses AENOR suspenda la aplicación de las Normas relativas a "Mallas electrosoldadas de acero para armaduras de hormigón armado", "Alambres corrugados de acero para armaduras de hormigón armado" y "Alambres lisos de acero para mallas electrosoldadas y para armaduras básicas para viguetas armadas" en los siguientes aspectos:

- a) La exigencia previa de la certificación AENOR para que se cumplan las condiciones requeridas para la conformidad a las Normas UNE.
- b) La reducción del número de diámetros incluidos en las citadas Normas UNE.

B) De oficio:

Que durante el mismo período AENOR no modifique los Anexos Técnicos vigentes al 17 de junio de 1996 de los denominados "Productos de acero para hormigón".

El Servicio no consideró necesaria la imposición de fianzas.

5.- En fecha 26 de diciembre el Tribunal dictó una Providencia en la que se concedía plazo a los interesados para que pudieran formular alegaciones, lo cual realizaron tanto AENOR como G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO S.A. por escritos que tuvieron entrada en el Tribunal en fecha 7 y 8 de enero de 1997 respectivamente. En sus respectivos escritos las partes alegaron cuanto a su derecho convino en orden a la procedencia de la adopción de las medidas cautelares (G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO S.A.), o bien la total improcedencia (AENOR).

En resumen, AENOR alegó que no podía admitirse la adopción de medidas cautelares que suspendieran la aplicación de una norma aprobada conforme a los procedimientos legales establecidos; que las normas UNE no podían suspenderse simplemente porque perjudicaran al denunciante; que no constituía una exigencia la marca AENOR porque la certificación podría obtenerse mediante la realización de ensayos; que la reducción del número de diámetros obedecía a razones técnicas y a la adaptación de nuestra normativa a la del contexto europeo y que la marca AENOR se concedía tanto a españoles como a extranjeros, tal y como se acredita en el expediente. Finalmente alegó la existencia de gravísimos perjuicios en el supuesto de que se adopten tales medidas cautelares.

Por su parte G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO S.A. formuló sus alegaciones argumentando sobre el dudoso carácter voluntario de las Normas aprobadas por AENOR. Igualmente consideró poco significativo el que tan sólo un fabricante inglés haya obtenido la marca AENOR, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que AENOR comenzó su actividad.

- 6.- Con estos antecedentes el Pleno deliberó y falló sobre la adopción de las medidas cautelares, delegando en el Vocal Ponente la redacción de la presente Resolución.
- 7.- Son interesados:
 - G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO S.A.
 - AENOR

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- 1.- En el presente expediente de medidas cautelares para pronunciarse sobre la admisibilidad de las medidas propuestas por el Servicio es necesario analizar si concurren los requisitos que, según en múltiples ocasiones ha establecido este Tribunal, son necesarios para la concesión de las medidas cautelares.

Resulta en este punto forzoso recordar que, para que proceda la adopción de medidas cautelares deberían concurrir los siguientes requisitos: a) que se haya incoado por el Servicio de Defensa de la Competencia el correspondiente expediente sancionador (principio de accesoriadad respecto del expediente principal); b) que se aprecie "prima facie" en el expediente que se están causando perjuicios que, si no se atajan de inmediato, pueden restar eficacia a la Resolución que en su día se dicte (principio de apariencia de buen derecho y peligro por la demora); c) que

exista una propuesta del Servicio, bien de oficio, bien a instancia de los interesados; d) que se dé audiencia a los interesados (principio contradictorio); e) que se adopten en un plazo muy breve y con simplificación de trámites (procedimiento sumario y de urgencia); f) que las medidas adoptadas no ocasionen perjuicios irreparables ni violen derechos fundamentales y, además, que exista la posibilidad de exigir fianza a quien haya solicitado la medida cautelar (principio de equilibrio) y g) que el plazo para el que se concedan las medidas cautelares no exceda de seis meses.

- 2.- De la lectura de los Antecedentes Fácticos de esta Resolución se deduce claramente que los requisitos de orden procedimental se cumplen sobradamente, por lo que no merece la pena un análisis más detallado. No cabe decir lo mismo respecto del principio de accesoriedad. En efecto, este principio significa que ha de existir un expediente sancionador que podría denominarse principal, de cuyo expediente resulta accesorio el de medidas cautelares. Pero este principio ni puede ni debe significar una mera interpretación formal que se limite a constatar simplemente la existencia de un expediente sancionador. El principio de accesoriedad no sólo tiene un carácter procesal sino que ha de significar igualmente que las medidas cautelares deben estar en relación con aquello que se dilucida en el expediente principal, pues de no ser así se les concedería a las medidas cautelares una sustantividad que habría de resultar improcedente. Ha de entenderse en consecuencia que para que no exista una infracción del principio de accesoriedad las medidas cautelares no pueden versar ni extenderse a cuestiones diferentes a las que se refiere el expediente principal.

Es necesario, por ello, hacer una recapitulación sobre el contenido del expediente sancionador y compararlo con las medidas cautelares que propone el Servicio, para ver si se produce esa congruencia que es necesaria para la admisibilidad de éstas.

A tales efectos, hay que tener presente que el Servicio por Acuerdo de fecha 2 de octubre de 1995 archivó las actuaciones practicadas como consecuencia de la denuncia presentada por G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO S.A. y otras dos contra AENOR, Acuerdo contra el que la denunciante presentó el correspondiente recurso que fue admitido por el Tribunal por Resolución de 17 de junio de 1996. Por esta Resolución se devolvió el expediente al Servicio por considerar que la cuestión que se debatía era "la existencia de colusión entre los principales fabricantes españoles de acero para el establecimiento de barreras a la importación de productos extranjeros en beneficio exclusivo de las empresas productoras nacionales" (FJ 1).

De lo anteriormente expuesto se deduce que la cuestión que se dilucida en el expediente principal es la relativa a las posibles barreras de entrada impuestas por AENOR y el Comité Técnico de Certificación, en cuya composición tienen un destacado peso los fabricantes nacionales, para impedir la certificación de material procedente de otros países. Esa es la cuestión sobre la que debe versar el presente debate y, por lo tanto, las posibles medidas cautelares que se puedan adoptar, en virtud del principio de accesoriedad, deben estar en directa relación con la cuestión debatida en el expediente sancionador. Solamente si las medidas cautelares están en relación con ese contenido, podrá entrarse en la consideración sobre su adopción. Si, por el contrario, exceden o tienen un contenido diferente, deberán ser rechazadas.

Si se compara la cuestión debatida en el expediente principal con el contenido de las medidas cautelares propuestas puede llegarse a la conclusión de que las solicitadas con la letra A), b) no guarda relación con aquello que se dilucida en el expediente principal. El Servicio propone una medida consistente en que se suspenda la aplicación de las normas que reducen los diámetros del alambro y esto es algo que no guarda directa relación con la existencia de las barreras de entrada, que es sobre lo que versa el expediente principal y, por lo tanto, corresponde rechazar esta medida por vulnerar el principio de accesoriedad, pues se trata de una medida que desborda aquello que se dilucida en el expediente principal.

- 3.- También será preciso analizar si concurre el requisito del "fumus boni iuris" o apariencia de buen derecho. La apariencia de buen derecho ha de ser concebida como la convicción indiciaria que ha de tener quien ha de adoptar la decisión de que al peticionario de una medida provisional le asiste un derecho y en cualquier caso que existe un interés público lesionado. Esta convicción ha de ser lo suficientemente fuerte como para adoptar una decisión que, aun cuando no sea definitiva, tiene trascendencia y es adoptada sin necesidad de mayores comprobaciones. Este extremo requiere no sólo que la existencia del derecho que asiste a la parte sea aparente, es decir, perceptible "prima facie", sino que además el derecho ha de estar revestido de considerable importancia como para justificar una medida en un procedimiento sumario. Ello implica que el derecho no sólo ha de ser aparente sin necesidad de comprobaciones más profundas que se deberán realizar en el expediente principal, sino que además debe existir una proporción entre el objetivo que se permite tutelar y el contenido de la medida cautelar. Ello es preciso porque debe existir un cierto equilibrio entre los intereses en juego.

Pues bien, en tal sentido, no cabe afirmar que exista la apariencia de derecho que justifique la suspensión de las normas. Hay que insistir en que

debe existir una proporción entre el derecho aparente y la medida cautelar. La apariencia de derecho debe justificar una medida cautelar que trate de restaurar, aun cuando sea provisionalmente, un derecho vulnerado pero no por ello ha de pensarse que justifique cualquier medida cautelar que pueda resultar tan amplia que resulte desproporcionada.

En este supuesto la apariencia de derecho se refiere a que los productos extranjeros no han de ser sometidos a condiciones más duras que los nacionales; pues bien, las medidas cautelares propuestas van mucho más allá de la protección de ese derecho aparentemente vulnerado y por su amplitud generan inseguridad.

En este orden de cosas también cabe afirmar que la suspensión cautelar de la certificación AENOR en relación con las normas UNE supone una desproporcionada pretensión por cuanto que de su tenor literal puede llegar a deducirse que se deba certificar sin ningún control previo de la materia prima correspondiente, lo cual indudablemente resulta desproporcionado con el objetivo perseguido. Téngase en cuenta que no se está solicitando que se admitan homologaciones de organismos similares de otros países sino que se suspenda la vigencia de cualquier exigencia de certificación previa de todos los componentes para la acreditación de la calidad de los productos.

Podría parecer proporcionada una medida que supusiera el reconocimiento de las marcas de otros países miembros de la Unión Europea, pero medidas de la amplitud de las propuestas resultan, a todas luces, inadmisibles.

Estas son, por otra parte, cuestiones que difícilmente pueden ser resueltas en un expediente de medidas cautelares con la sumariedad que le es propia. La suspensión de unas normas, aun cuando sea parcialmente, conlleva un cierto vacío que no puede ser resuelto en un expediente de estas características. Otra cosa puede ocurrir en el expediente principal en que puede llegar a declararse que la aprobación de determinadas normas constituyen una conducta prohibida por la Ley de Defensa de la Competencia con las consecuencias que ello acarrea, pero para suspender tales normas, ni tan siquiera parcialmente como se pretende en este expediente, se precisa realizar un examen más detallado que el que se puede realizar en un expediente de características sumarias.

- 4.- Tampoco parece existir un auténtico peligro por la demora de la tramitación del expediente principal. La representación de AENOR ha alegado que ya se le había concedido la marca AENOR a un fabricante británico, mientras que existían en tramitación otros varios expedientes de concesión de dicha

marca a fabricantes extranjeros, y esta circunstancia ha sido reconocida por G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO S.A. En la medida que se observe el éxito o fracaso de los expedientes cabrá hablar del peligro o no por la demora, pero en la actualidad y dadas estas circunstancias no es previsible que concurra ese requisito. Más bien al contrario, la suspensión de las normas podría generar una inseguridad e incertidumbre para las propias empresas extranjeras que han solicitado la marca AENOR, con efectos negativos para los intercambios.

Las alegaciones de la denunciante acerca del escaso número de supuestos en los que se concede la marca AENOR a empresas extranjeras podrían tener trascendencia si se tratara de un expediente sancionador, por cuanto que la finalización de una conducta no impide la declaración de que ésta constituya una conducta prohibida y se pueda imponer una sanción. Ahora bien, nos encontramos en un expediente de medidas cautelares y en éste resulta improcedente adoptar una medida que tenga por finalidad conseguir algo que ya se ha conseguido por otras vías.

- 5.- También cabe resolver en sentido contrario a la concesión de las medidas cautelares propuestas de oficio por el Servicio, no sólo por las razones anteriormente expuestas para rechazar las restantes medidas propuestas sino porque su adopción supondría una improcedente sospecha de actuación ilegal de una entidad acreditada por el Ministerio de Industria para la realización de actividades de certificación. En efecto, suspender la posibilidad de que AENOR modifique durante un determinado tiempo la aprobación de nuevos Anexos supone una paralización de la actividad de normalización que resulta desproporcionada. A mayor abundamiento, esta medida cautelar solamente tendría sentido si se hubieran adoptado las que la denunciante ha solicitado, pero, al no ser así, su adopción carece de sentido, por lo que debe ser desestimada.

Como consecuencia de todo lo anteriormente expuesto debe concluirse que deben rechazarse todas las medidas cautelares propuestas por el Servicio.

VISTOS los preceptos citados y demás de general aplicación, el Tribunal de Defensa de la Competencia,

RESUELVE

- Único.-** No acceder a la adopción de las medidas cautelares propuestas por el Servicio de Defensa de la Competencia, en su Acuerdo de 18 de diciembre de 1996, tanto a propuesta de G.P. MANUFACTURAS DEL ACERO S.A. como de oficio.

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