

LA APLICACION DE LAS REGLAS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL MUNDO DE LA TECNICA

Por

VICENTE ALVAREZ GARCÍA
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valencia

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA ELABORACIÓN DE LAS NORMAS TÉCNICAS VOLUNTARIAS, EL CONTROL DE SU APLICACIÓN Y SUS REPERCUSIONES SOBRE LA COMPETENCIA EMPRESARIAL.—II. LA APLICACIÓN A LOS ORGANISMOS DE NORMALIZACIÓN Y DE CERTIFICACIÓN DE LAS REGLAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: 1. *Introducción a la posición de las Instituciones europeas sobre la aplicabilidad del Derecho de la competencia en el ámbito de la técnica:* A) Normalización «oficial», normalización fáctica y Derecho comunitario de la competencia. B) Certificación, marcas de conformidad y Derecho comunitario de la competencia. 2. *La doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia español en materia de normalización y de certificación:* A) La aplicación de las reglas de defensa de la competencia a los organismos de normalización: a) La resolución de 24 de febrero de 1997: la afirmación de la competencia del TDC para suspender normas técnicas voluntarias contrarias a las reglas de la libre competencia. b) La resolución de 25 de noviembre de 1997: el reconocimiento de la potestad general de control por parte del TDC de los efectos restrictivos de la competencia derivados de la actividad de los entes normalizadores. B) La aplicación del Derecho de la competencia a las tareas de certificación voluntaria.—III. NOTA BIBLIOGRÁFICA.

I. INTRODUCCIÓN: LA ELABORACIÓN DE LAS NORMAS TÉCNICAS VOLUNTARIAS, EL CONTROL DE SU APLICACIÓN Y SUS REPERCUSIONES SOBRE LA COMPETENCIA EMPRESARIAL

La calidad, la seguridad industrial, la protección del medio ambiente o de los consumidores y usuarios son en la actualidad elementos consustanciales a la actividad empresarial. En algunos casos, la consecución de estos fines ha venido directamente impuesta por los poderes públicos. A veces son fines realmente obligatorios, jurídicamente hablando, para las empresas si quieren ser admitidas y permanecer en el mercado. En algunos otros supuestos, claramente en el ámbito de la calidad, han sido los propios empresarios, a menudo impulsados de manera más o menos voluntaria por los consumidores y usuarios o por los poderes públicos, los que han tenido, si quizá no todo, sí al menos una grandísima parte del protagonismo. El Legislador o el Poder Reglamentario han podido prever mecanismos de fomento de la calidad, los consumidores han podido boicotear productos de baja calidad o no muy respetuosos con el medio ambiente, pero son los propios empresarios los que para poder competir mejor han elevado constantemente la calidad de los productos y, en las últimas décadas, del fun-

cionamiento empresarial. En este contexto se enmarcan, por ejemplo, las ya célebres normas de la serie ISO 9000 en materia de calidad empresarial o las mucho más recientes normas de la serie ISO 14000, destinadas a la protección medioambiental.

El instrumento básico para la consecución de estos fines es hoy la normalización industrial, que es el proceso destinado al establecimiento de las normas que rigen la vida industrial en tanto que parámetros que van a tener que ser respetados por los productos o por sus fabricantes para poder ocupar un sitio u otro en el mercado.

El fruto de la normalización industrial, en cuanto que proceso o actividad de creación normativa, son los estándares o normas técnicas, que pueden tener, según los casos, bien una naturaleza obligatoria (las reglamentaciones técnicas) o bien una naturaleza voluntaria (las normas técnicas en sentido estricto).

Centrándonos exclusivamente en esta última normativa, encontramos que nuestra Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, la define en su artículo 8.3 como:

«La especificación técnica de aplicación repetitiva o continuada cuya observación no es obligatoria, establecida con la participación de todas las partes interesadas, que aprueba un organismo reconocido, a nivel nacional o internacional, por su actividad normativa.»

Dos notas de este concepto deben subrayarse a nuestros efectos, notas por lo demás estrechamente ligadas, al menos en lo que al mundo occidental se refiere. Las normas técnicas son el resultado de un procedimiento en el seno de un organismo de normalización, por un lado, y son de naturaleza jurídica voluntaria, por otro.

Los organismos de normalización en el mundo occidental son normalmente asociaciones sujetas al Derecho privado (aunque con influencia variable de los poderes públicos), con personalidad jurídica propia y sin carácter lucrativo, encargadas de elaborar en su seno las normas técnicas mediante un procedimiento de naturaleza privada, en el que sobre el papel se asegura la participación de los diferentes agentes socioeconómicos interesados en su elaboración, es decir, los propios empresarios, además de representantes de consumidores y usuarios y de la propia Administración, que intentarán conseguir un amplio consenso sobre el contenido de la norma.

Aunque el procedimiento desarrollado en estos organismos es de naturaleza privada, las normas jurídico-públicas suelen incluir ciertas garantías tanto para el buen funcionamiento general del ente normalizador como específicamente del procedimiento normativo desarrollado en su seno.

En este sentido, el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial (aprobado por RD 2200/1995, de 28 de diciembre) precisa en su artículo 10, en desarrollo de las previsiones del artículo 19 de la Ley de Industria, que: «El organismo de normalización deberá actuar

con imparcialidad, independencia e integridad y llevar a cabo sus funciones con solvencia técnica y financiera, para lo cual deberá cumplir las siguientes condiciones y requisitos: ... *c*) Contener en su estructura organizativa órganos de gobierno y representación donde participen de forma equilibrada todos los sectores e intereses de la actividad económica y social en la normalización y una representación de las Administraciones Públicas designada por el Consejo de Coordinación de la Seguridad Industrial, con igual número de representantes de la Administración General del Estado y la Administración Autonómica (...); *e*) Separar en su organización los aspectos técnicos de los de dirección, gobierno y representación, debiendo estar estructurados los primeros de manera que la imparcialidad de sus actuaciones esté garantizada respecto a intereses de grupo».

El artículo 11 establece, por su parte, la obligación de que el órgano de normalización remita «al órgano competente de la Administración Pública que lo reconoció la relación de proyectos de normas en fase de aprobación, para su sometimiento a información pública en el Boletín Oficial del Estado» (letra *e*).

El resultado del procedimiento es una norma voluntaria, que constituye un acto multilateral fruto del consenso de los diferentes sujetos interesados en el proceso normalizador, esto es, si no de la totalidad de los agentes participantes en el procedimiento, sí al menos de una amplia mayoría.

Los organismos de normalización pueden tener, a nuestros efectos, una dimensión triple:

a) Nacional: el organismo español de normalización es AENOR (Asociación Española de Normalización y Certificación).

b) Comunitaria: en Europa occidental coexisten tres organismos supranacionales de normalización:

- el CEN (Comité Europeo de Normalización);
- el CENELEC (Comité Europeo de Normalización Electrotécnica); y
- el ETSI (Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones).

c) Internacional general: son dos los organismos internacionales de normalización de carácter no gubernamental:

- el CEI (Comité Electrotécnico Internacional); y
- la ISO (Organización Internacional de Normalización).

La voluntariedad de las normas técnicas es una consecuencia directa del carácter privado de los organismos de normalización y de la naturaleza privada del procedimiento diseñado para su adopción. El carácter «privado» de este tipo de normas no excluye que puedan desplegar importantes efectos jurídicos: los particulares pueden transformarlas en obligatorias al incluirlas como cláusulas contractuales; son utilizadas habitualmente como marco de referencia para determinar la existencia de responsabilidad por los daños provocados por el funcionamiento de un producto o el

comportamiento de una empresa; pueden ser transformadas en obligatorias por los poderes públicos al incorporarlas expresamente o mediante la técnica del reenvío a las reglamentaciones técnicas... E incluso, a pesar de no ser obligatorias jurídicamente, el propio funcionamiento del mercado puede llegar a imponerlas *de facto*, excluyendo del mismo a todos aquellos productos o a todas las empresas que no las respeten.

Con ello conectamos con la segunda gran pieza en todo el sistema diseñado en el mundo occidental para la promoción de la calidad, el aseguramiento de la seguridad industrial y el fomento de la protección medioambiental: el control del respeto de las normas técnicas elaboradas por los organismos de normalización, o, técnicamente, «certificación».

Si importante para la efectiva realización de los fines señalados es la elaboración de normas de protección, tan importante es también el dotarlas de mecanismos eficaces para asegurar el control de su cumplimiento por los sujetos afectados. En este contexto opera la certificación voluntaria. En la medida en la que las normas técnicas elaboradas por los organismos de control son de naturaleza voluntaria, debe ser también voluntario su cumplimiento. Es decir, en principio las empresas pueden seguirlas o no, y si el órgano de control comprueba que no son respetadas no se derivará ninguna consecuencia negativa desde el punto de vista jurídico. El producto o la empresa que no superen satisfactoriamente el control no estarán jurídicamente excluidos del mercado. En otras palabras, la certificación voluntaria supone una actividad de control que no es jurídicamente obligatoria para la comercialización de los productos o para el funcionamiento de las empresas.

Ahora bien, la falta de certificación voluntaria de un producto o de una empresa puede conllevar su exclusión de hecho del mercado en beneficio de un producto o de una empresa concurrentes que sí hayan sido certificados. Los consumidores tenderán a adquirir aquellos productos cuya calidad esté contrastada por un organismo independiente (como es el organismo de certificación), en detrimento de aquellos otros cuya calidad no les sea demostrada de manera fehaciente. La certificación de una empresa proporciona, por su parte, una confianza a los compradores, distribuidores o profesionales que trabajan con esa empresa de su correcto funcionamiento y del de sus productos, lo que la colocará en una situación más favorable en el mercado que sus empresas concurrentes no certificadas.

El ejercicio de la tarea certificadora en el ámbito voluntario corresponde a las llamadas «Entidades de Certificación», que son, según el artículo 20 del RD 2200/1995, «entidades públicas o privadas, con personalidad jurídica propia, que se constituyen con la finalidad de establecer la conformidad, solicitada con carácter voluntario, de una determinada empresa, producto, proceso, servicio o persona a los requisitos definidos en normas o especificaciones técnicas (voluntarias)».

Para poder desempeñar tareas certificadoras, las entidades de certificación deberán estar previamente acreditadas por una entidad de acreditación. La acreditación consiste, según la Ley de Industria, en el «reconoci-

miento formal de la competencia técnica de una entidad para certificar, inspeccionar o auditar la calidad...» (art. 8.11.º).

Frente a las obligaciones «máximas» impuestas por la legislación de industria destinadas a asegurar el correcto funcionamiento de los organismos de normalización (derivadas del hecho de que estos organismos operan tanto en el ámbito voluntario de la calidad como en el obligatorio de la seguridad industrial), la Ley de Industria sólo impone a las entidades certificadoras la obligación de «estar constituidas y operar de forma que se garantice la imparcialidad y competencia técnica de sus intervenciones» (art. 19, apartado 2.º), pero no les exige que estén «representados de forma equilibrada aquellos intereses industriales y sociales que pudieran verse afectados por sus actividades» (art. 19, apartado 4.º).

La superación exitosa del proceso de certificación da derecho a utilizar las llamadas «marcas de conformidad» con las normas técnicas, que se materializan, a menudo, mediante la colocación de etiquetas acreditativas sobre cada uno de los concretos productos que se quieren comercializar. Mediante las marcas de conformidad y, en su caso, mediante las correspondientes etiquetas, el consumidor podrá fácilmente comprobar que el producto que compra se ajusta a las normas técnicas preestablecidas al objeto de asegurar su calidad, su seguridad, su respeto al medio ambiente, etcétera.

En todo caso, debe subrayarse que tanto el sistema de normalización como el de certificación suponen importantes ventajas tanto para el mejor desarrollo de la industria en el mundo occidental, en general, como para todos y cada uno de los agentes socioeconómicos interesados en ello, en particular. Pero de la misma manera que los dos procesos que analizamos son fundamentales, cuando funcionan correctamente, para el desarrollo de la calidad y de la seguridad industrial, para la protección medioambiental y de los consumidores y usuarios, es cierto que tanto las normas técnicas como los sistemas de certificación de conformidad con ellas pueden ser utilizados para provocar importantes obstáculos técnicos tanto al comercio internacional como al nacional, falseando la competencia, al propiciar los organismos de normalización nacionales acuerdos entre empresas que pueden imponer normas nacionales en detrimento de posibles empresas extranjeras o, incluso si el funcionamiento del organismo no asegura una adecuada representación de las diferentes partes integrantes del sector industrial de un país, pueden propiciar acuerdos imponiendo determinados estándares como normas técnicas nacionales en perjuicio de una eventual tercera empresa nacional que fabricase con arreglo a otros estándares. Los organismos nacionales de normalización pueden, incluso, servir para que una empresa dominante en el mercado nacional eleve sus particulares estándares empresariales para la fabricación de un producto a normas nacionales. Este resultado no sería otra cosa que un abuso de su posición dominante en el mercado, que podría conducir a la exclusión definitiva de sus empresas competidoras del mercado nacional.

Todo lo dicho con respecto a la normalización puede aplicarse fácil-

mente a los sistemas de certificación. En este sentido, escriben NICOLÁS/REPUSSARD (1994, pág. 136), que «tras los obstáculos técnicos al comercio causados por los reglamentos o las normas se encuentran aquellos, más difíciles de rebasar, que proceden de los sistemas de certificación de la conformidad». El abuso de los sistemas de certificación puede, en efecto, impedir de hecho la comercialización de un producto extranjero en un país, cuando los organismos de certificación nacionales dominados por las empresas nacionales se niegan a certificar un producto extranjero, aunque éste pueda ser incluso de superior calidad. Con ello, la empresa extranjera se encuentra en una posición de desventaja competitiva en el mercado, sobre todo si las marcas de conformidad nacionales tienen mucho prestigio entre los consumidores y usuarios nacionales. Pero también puede servir para excluir de hecho a las empresas nacionales competidoras. En el seno de los entes certificadores, dos empresas nacionales podrían ponerse de acuerdo para dificultar los procesos certificadores de terceras empresas interesadas en ellos o, incluso, una empresa dominante en un mercado nacional podría afianzar su posición valiéndose de los organismos certificadores.

Las indudables ventajas para un correcto desarrollo industrial aportadas por los sistemas voluntarios de normalización y de certificación se pueden ver, por tanto, contrarrestadas por su influencia en una eventual alteración ilícita del funcionamiento del mercado. Ello nos lleva a preguntarnos si son aplicables las normas de protección de la competencia a los organismos normalizadores y a las entidades de certificación nacionales.

II. LA APLICACIÓN A LOS ORGANISMOS DE NORMALIZACIÓN Y DE CERTIFICACIÓN DE LAS REGLAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La esencia última de la normalización y de la certificación es la superación de diferencias técnicas, lo que en sí mismo es bueno para facilitar el comercio. En este sentido, la Ley española de Industria establece en su Preámbulo que:

«También cumple la Ley la necesidad de adaptar la regulación de la actividad industrial en España a la derivada de nuestra incorporación a la CEE y la constitución del mercado interior, lo que implica, entre otras consecuencias, la necesidad de compatibilizar los instrumentos de la política industrial con los de la libre competencia y circulación de mercancías. En materia de seguridad y calidad industriales, se tiene particularmente en cuenta el objetivo de eliminación de barreras técnicas a través de la normalización y la armonización de las reglamentaciones e instrumentos de control, así como el nuevo enfoque comunitario basado en la progresiva sustitución de la tradicional homologación administrativa de productos por la certificación que realizan

empresas y otras entidades, con la correspondiente supervisión de sus actuaciones por los poderes públicos.»

La normalización y la certificación no son, sin embargo, pociones mágicas que aseguren el libre comercio. A veces, en efecto, pueden servir de cualificados instrumentos para lo contrario, tanto a nivel internacional como en la esfera nacional.

Bien consciente de ello ha sido el legislador comunitario, quien mediante el sistema de información previsto en la actual Directiva 98/34/CE —modificada por la 98/48/CE— (que sustituye a la originaria Directiva 83/189/CEE) intenta prevenir que los organismos de normalización nacionales elaboren normas que distorsionen el comercio intracomunitario.

También lo han sido los poderes normativos españoles, que, desde la instauración por el RD 1614/1985, de 1 de agosto, de un modelo de normalización y certificación en nuestro país equivalente a los sistemas del entorno europeo, han venido estableciendo previsiones tendentes a impedir dichas distorsiones. En este sentido, el artículo 12 del citado RD 1614/1985 establecía que:

«Las normas y certificaciones elaboradas y aplicadas de conformidad con la presente disposición no crearán obstáculos innecesarios al comercio internacional, ni darán a los productos importados un trato menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional, o a productos similares originarios de cualquier otro país.»

Pero si bien existen prohibiciones específicas de que los organismos de normalización creen obstáculos al comercio internacional, ¿cómo puede evitarse que estos organismos falseen la competencia dentro del espacio económico donde surten efecto sus normas de manera preferente (esto es, los organismos europeos de normalización dentro del Espacio Económico Europeo y los organismos nacionales dentro de los propios mercados estatales)?

1. *Introducción a la posición de las Instituciones europeas sobre la aplicabilidad del Derecho de la competencia en el ámbito de la técnica*

A) *Normalización «oficial», normalización fáctica y Derecho comunitario de la competencia.*

Después de recordar en su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo de 24 de julio de 1996, sobre *La normalización y la sociedad mundial de la información: el enfoque europeo* [COM (96) 359 final], que las normas «desempeñan una función importante en la cooperación y competición entre las empresas, son un elemento destacado de la eficacia del mercado interior y resultan fundamentales para la competitividad de la

industria europea», la Comisión analiza las relaciones entre el fenómeno de la normalización y el Derecho de la competencia.

La Comisión distingue en su documento entre: a) *las normas adoptadas en el seno de un organismo oficial de normalización* («documento elaborado en un proceso de colaboración que implica a todas las partes interesadas, cuyo respeto tiene carácter voluntario y cuya publicación tiene lugar por un organismo de normalización reconocido»); y b) *las normas de hecho* que serían las especificaciones técnicas provenientes de un grupo empresarial o de foros y consorcios empresariales «que elaboran especificaciones destinadas al uso corriente de los participantes, de forma que tales documentos pueden beneficiarse rápidamente de una amplia difusión comercial. Estas especificaciones, si se han impuesto en el mercado, a veces se llaman normas de hecho».

Cuando las especificaciones técnicas no son propiedad de un determinado sujeto (ya sea un organismo de normalización, ya un grupo empresarial o ya un foro o consorcio de empresas) se denominan «*especificaciones de acceso público*» o PAS (*publicly available specifications*).

En relación con la producción de normas de hecho o de especificaciones de acceso público, señala la Comisión que:

«La normalización es una actividad comercial, y debe entenderse como tal (...). Las normas de hecho o las especificaciones de acceso público deben considerarse una forma de cooperación entre empresas y, por lo tanto, han de valorarse en el contexto de la legislación comunitaria sobre la competencia, es decir, con arreglo a los artículos 85 y 86 del Tratado. En todos los casos, la competencia debe seguir siendo posible.

Según los principios generales expuestos en la Comunicación de 1968 sobre los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativas a la cooperación entre empresas, la cooperación entre empresas en consorcios debe responder a cierto número de criterios. Las partes interesadas deben preservar en los consorcios (foros) el carácter abierto de asociación/ constitución, es decir, la posibilidad para cualquier sociedad interesada de participar en ellos. Esto implica que la existencia de los consorcios debe hacerse pública. Además, en estructuras de este tipo, los procesos de decisión deben ser transparentes. Los mecanismos deben permitir participar efectivamente a los socios menos favorecidos que deseen tomar parte en los trabajos; por tanto, una determinada equidad y equilibrio entre los socios, a pesar de las dificultades prácticas, debe caracterizar el funcionamiento de estos foros. Las especificaciones producidas por tales consorcios deben elaborarse de tal modo que permitan la competencia en el marco de las soluciones técnicas previstas» (pág. 5).

En relación con las normas oficiales, esto es, en la terminología utilizada por la Comisión, las elaboradas por los organismos oficiales de normalización, señala la Comisión que «tienen una legitimidad particular que las distingue de las normas de hecho y de las especificaciones de acceso público, y que permite al legislador nacional y al comunitario recurrir a ellas» (pág. 6). Esta especial legitimidad deriva de su sistema de elaboración a través de «procedimientos convenidos, abiertos y transparentes», en los que se busca el consenso de todas las partes interesadas.

La posición particular de que goza la normalización oficial no significa, sin embargo, que las normas oficiales escapen a las reglas que rigen la libre competencia en el mercado. Son claras en este sentido las siguientes afirmaciones de la Comisión:

«Si en principio las normas oficiales o las especificaciones de acceso público fomentan la competencia dirigida por el mercado, a veces sucede que la elaboración de especificaciones técnicas puede tener efectos discriminatorios. Así, por ejemplo, las empresas que proponen una especificación dada pueden en determinadas circunstancias tomar la delantera u obtener una ventaja en comparación con sus competidores directos; el proceso de selección entre especificaciones competidoras puede en determinados casos verse influido indebidamente por intereses particulares. Por tanto, los poderes públicos también tienen un papel que desempeñar para garantizar que la normalización respeta las normas que regulan la competencia. En este sentido, *debe tenerse en cuenta que los organismos de normalización están sujetos igualmente a los artículos 85 y 86 del Tratado de la CE.*»

Estas consideraciones se ven completadas con otras en el mismo sentido en las páginas 7 y 8 de la Comunicación que venimos citando:

- «(...) no es necesario olvidar el carácter voluntario de la normalización y que ésta jamás debe constituir una prohibición oficial de introducir en el mercado nuevos productos o nuevas tecnologías. Las tecnologías y los productos competidores no deben excluirse de la normalización»;
- «la esencia de la normalización y una de las obligaciones inmutables que pesan sobre los miembros de los organismos europeos de normalización es garantizar que las *normas* relativas a un mismo producto o una misma tecnología no puedan nunca dar lugar a soluciones incompatibles»;
- «los organismos europeos de normalización tienen la gran responsabilidad de coordinar y de preparar normas de modo que, en la práctica, las tecnologías competidoras no queden excluidas del mercado».

B) *Certificación, marcas de conformidad y Derecho comunitario de la competencia* (1).

Las reacciones de la Comisión han ido mucho más lejos en materia de certificación y de marcas de conformidad. En estos ámbitos no se ha limitado a efectuar una mera declaración de intenciones como en el caso de la normalización, sino que ha llegado a adoptar alguna Decisión, como la 95/551/CE, de 29 de noviembre de 1995, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE [IV/34.179, 34.202, 216 —*Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf* (SCK) y *Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven* (FNK)—], en la que, además de afirmarse en general la aplicabilidad de las reglas de la competencia en el ámbito de la certificación («El hecho de que la política de certificación de la Comisión permita la existencia de sistemas privados que complementen el control del cumplimiento de la normativa vigente no significa que dichos sistemas estén eximidos de cumplir las normas de competencia del Tratado»), se declara la infracción en un caso concreto del artículo 85.1 TCE por parte de una entidad certificadora holandesa (la SCK), porque «habida cuenta que el sistema de certificación de SCK no cumplía durante dicho período los criterios de apertura y no permitía aceptar garantías equivalentes ofrecidas por otros sistemas, obstaculizó el acceso de empresas de alquiler de grúas que no estuvieran afiliadas a SCK y, en particular, el acceso de empresas extranjeras al mercado neerlandés de alquiler de grúas». Aparte de declarar la infracción de las reglas comunitarias de la competencia por parte de SCK, la Comisión le ordena que ponga fin inmediatamente a la conducta constitutiva de la infracción, si aún no lo ha hecho, además de imponerle una sanción pecuniaria.

Esta Decisión de la Comisión fue impugnada ante el Tribunal de Primera Instancia comunitario (TPI), dando lugar a la Sentencia SCK y FNK *c. Comisión*, asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96, de 22 de octubre de 1997, primer supuesto en el que los Tribunales comunitarios han tenido oportunidad de enfrentarse a la problemática relativa a la conformidad de un sistema de certificación con las reglas comunitarias reguladoras de la competencia empresarial. En esta Sentencia, el TPI confirma la tesis de la Comisión sobre la aplicación de la citada normativa comunitaria a las entidades certificadoras, limitándose a reducir en el caso concreto juzgado la cuantía de la sanción pecuniaria impuesta a SCK.

Las marcas de conformidad con normas han sido también objeto de controversia en las instancias comunitarias. En este sentido, la Comisión adoptó a comienzos de la década de los ochenta la Decisión IV/29.995 —NAVEWA/ANSEAU—, de 17 de diciembre de 1981, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE. En ella, la Alta Insti-

(1) Un análisis pormenorizado de la práctica de las Instituciones comunitarias respecto de esta cuestión puede verse en mi estudio, todavía en prensa, titulado *Derecho comunitario de la competencia y certificación industrial*.

tución comunitaria afirmó la aplicabilidad de las reglas de la competencia a un «convenio relativo a la utilización de la marca de conformidad NAVE-WA-ANSEAU por las lavadoras y los lavavajillas». Esta Decisión fue recurrida ante el TJCE, dando lugar a su Sentencia *NV IAZ International Belgium et autres c. Commission des Communautés européennes*, asuntos acumulados 96-102, 104, 105, 108 y 110/82, de 8 de noviembre de 1983. En esta resolución, el Tribunal europeo confirmó la postura de la Comisión de que los acuerdos sobre marcas de conformidad con normas técnicas pueden, efectivamente, restringir la libre competencia:

«... el convenio establece un sistema único de control mediante marcas de conformidad (...) y que únicamente los fabricantes e importadores exclusivos [de lavadoras y de lavavajillas] pueden obtener estas marcas (...). Por consiguiente, teniendo en cuenta tanto su tenor como su contexto jurídico y económico y los comportamientos de las partes, el convenio tiene por objeto restringir sensiblemente el juego de la competencia en el interior del mercado común, a pesar del hecho de que igualmente persigue el objetivo de proteger la salud pública y de reducir el coste del control de conformidad (...). Resulta de las consideraciones que preceden que el convenio tiende a hacer más difíciles, si no imposibles, las importaciones paralelas de lavadoras y de lavavajillas y puede, por tanto, afectar al comercio entre los Estados miembros. Dándose el caso de que, según las observaciones presentadas a lo largo del presente procedimiento, la parte del mercado controlada por las empresas firmantes es aproximadamente del 90% y resulta, por tanto, muy significativa, hay que concluir que el convenio tiene un efecto restrictivo de la competencia».

2. *La doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia español en materia de normalización y de certificación*

A) *La aplicación de las reglas de defensa de la competencia a los organismos de normalización.*

El TDC se ha enfrentado a esta cuestión en dos resoluciones dictadas en 1997: la resolución de 24 de febrero de 1997 (Expte. MC 19/26, AENOR) y, sobre todo, la de 25 de noviembre de 1997 (Expte. R 260/97, AENOR). Veamos con algún detenimiento ambas resoluciones, particularmente la más importante, la última.

- a) *La resolución de 24 de febrero de 1997: la afirmación de la competencia del TDC para suspender normas técnicas voluntarias contrarias a las reglas de la libre competencia.*

El TDC hizo por primera vez (salvo error) en esta resolución, recaída en un procedimiento de medidas cautelares, algunas consideraciones de interés (si bien es cierto que en un *obiter dictum*) en relación con la normativa generada por AENOR. El Servicio de Defensa de la Competencia solicitó del TDC la adopción de una serie de medidas cautelares entre las que se encontraba la de acordar la suspensión parcial de distintas normas técnicas. AENOR se opuso a la adopción de este tipo de medidas, indicando, entre otras cosas, que no podría suspenderse la aplicación de normas técnicas aprobadas conforme a los procedimientos legalmente establecidos.

Aunque el TDC rechaza en el caso concreto la pretensión del Servicio de Defensa de la Competencia por la peculiar naturaleza de los procedimientos de medidas cautelares, sí que confirma su competencia para acordar la suspensión de tales normas en el seno de un procedimiento principal (como sería un expediente sancionador):

«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 constituye 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.*»

En relación con estas consideraciones cabe realizar dos advertencias:

1.^ª En primer lugar, el TDC puede suspender la aplicación de una norma técnica voluntaria que constituya una práctica colusoria. Pero, en todo caso, la expulsión de este tipo de normas del ordenamiento jurídico por ser nulas de pleno derecho corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales: «(...) el TDC —cscribe BAÑO LEÓN (1996, pág. 265)— no tiene potestad para declarar por sí mismo la nulidad de pleno derecho del acuerdo o contrato que haya o pueda haber originado la restricción de la competencia: el órgano administrativo, conforme al artículo 46 de la LDC, podrá declarar la existencia de prácticas o acuerdos prohibidos, la existencia de un abuso de posición dominante, y podrá, asimismo, ordenar la ce-

sación, la imposición de condiciones u obligaciones determinadas, la remoción de los efectos contrarios al interés público, o imponer multas, pero carece de competencia para declarar la nulidad de los actos y contratos concernidos. Esa declaración corresponde al Juez ordinario». Este Juez no podría, por otro lado, declarar un acto o contrato «nulo por vulnerar las prohibiciones de la LDC, si no ha habido previamente una declaración firme del TDC» (pág. 271).

2.^a Una segunda consideración que debe hacerse es la relativa a que el TDC puede inaplicar las normas técnicas elaboradas por los organismos de normalización en la medida en que son de naturaleza privada. No puede suspender, sin embargo, la aplicación de las reglamentaciones técnicas industriales en tanto que normas reglamentarias que encuentran cobertura legal general en el artículo 12 de la Ley de Industria. Las restricciones a la competencia derivadas de una reglamentación técnica industrial en la medida en que ésta tiene cobertura legal no pueden ser controladas por el TDC, según se desprende del artículo 2.1 de la LDC: «Las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley». Es más, aunque la disposición reglamentaria no encontrase una perfecta cobertura legal, el TDC tampoco podría inaplicar dicho reglamento: «(...) el TDC —escribe BAÑO LEÓN (1996, pág. 91)— no tiene una potestad general para inaplicar los reglamentos, pues su posición no es equiparable a la de un juez: el TDC no puede inaplicar un reglamento porque el procedimiento de elaboración de éste contenga un vicio esencial, ni porque el reglamento contenga normas más restrictivas que las previstas en las leyes, ni mucho menos porque el reglamento se haya dictado en virtud de una habilitación legal en blanco, pues, en este último caso, lo que se pondría en cuestión es la constitucionalidad de la remisión, cuyo enjuiciamiento corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional, previo planteamiento de la cuestión por el juzgado o Tribunal correspondiente».

- b) *La resolución de 25 de noviembre de 1997: el reconocimiento de la potestad general de control por parte del TDC de los efectos restrictivos de la competencia derivados de la actividad de los entes normalizadores.*

En esta decisión se resuelve un recurso interpuesto por una empresa (Asfaltex Construcción, S.A.) contra un Acuerdo del Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) por sobreseer un expediente iniciado por denuncia de la recurrente contra la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR), a la que se acusa de elaborar una norma técnica contraviniendo la Ley española de Defensa de la Competencia.

Los hechos juzgados por el TDC se podrían sintetizar en los siguientes términos: Asfaltex fabricaba un producto (una lámina, la LAM-2, de 2 mm. de espesor). AENOR, en su proyecto de norma UNE 104-402-96, relativa a

sistemas de impermeabilización de cubiertas, incluye, en sustitución de esta lámina, otra, la LAM-3, de 3 mm. de espesor, en la composición de la membrana impermeabilizante PN-3.

Asfaltex fabrica ambos tipos de láminas, si bien es fabricante exclusivo en nuestro país del modelo que AENOR proyectó excluir de la citada norma UNE. Asfaltex denuncia el comportamiento de AENOR, que ejerce de hecho de manera monopolística en nuestro país las funciones de agente normalizador —MARTÍN MATEO (1994, pág. 43)—, por considerarlo contrario al artículo 1.1.b) de la LDC y al artículo 85 (hoy art. 81) del TCE, al obstaculizar su actividad empresarial «por exclusivos motivos anticompetitivos que desarrollan efectos anticoncurrenciales, bajo el amparo de unas condiciones técnicas inexistentes y en perjuicio del consumidor...».

La postura de sobreseimiento del SDC se basó, por su parte, en que:

- La decisión mayoritaria del correspondiente Comité Técnico (CT) de AENOR de sustituir el tipo de lámina tendría un fundamento técnico, tendente a acercar la normativa española a las directrices europeas en este ámbito.
- La decisión del CT no habría supuesto barrera alguna para la actividad de la empresa denunciante, que fabrica ambas láminas y que podría «seguir fabricando la anterior no sólo para cubiertas sino también para los demás usos habituales distintos de la impermeabilización de cubiertas».
- La nueva norma no supondría ningún obstáculo para el comercio intracomunitario.

En el Fundamento de Derecho tercero de su resolución, el TDC fija la doctrina general de la aplicabilidad del Derecho de defensa de la competencia a los entes normalizadores:

«Al Tribunal no se le oculta que las organizaciones normalizadoras, en las que comúnmente participan empresarios nacionales de los diversos sectores, pueden tener la tentación en ocasiones de establecer normas sobre ciertos productos para, con la finalidad declarada de homogeneizarlos en beneficio de la productividad o dotarlos de estándares de seguridad mejores, proteger subrepticamente a ciertas empresas en perjuicio de otras. Cuando estas tentaciones se ponen por obra, constituyen conductas prohibidas por la LDC, sancionables por el Tribunal.»

En la medida en que en España tan sólo hay un organismo de normalización, AENOR (reconocido originariamente por el Ministerio de Industria, en base al art. 5 RD 1614/1985, por Orden Ministerial de 26 de febrero de 1986; reconocimiento reiterado por la Disp. Adicional 1.ª del RD 2200/1995), las consideraciones del TDC tienen como único destinatario actualmente a este organismo. Y en la medida en que, por otro lado, este

organismo tiene carácter monopolístico, no sólo podría propiciar acuerdos colusorios previstos en el artículo 1 LDC, sino que, además, debe ser escrupuloso en velar por la imparcialidad de sus comportamientos para evitar que su evidente posición dominante derivada de su situación monopolística en el mercado español no se convierta en abusiva, y, por tanto, prohibida por el artículo 6 de la LDC.

Una advertencia más debe todavía ser hecha: AENOR no es jurídicamente una empresa, sino que, según sus Estatutos, aprobados por la Asamblea General de 10 de abril de 1996, es una Asociación creada al amparo de la Ley española de Asociaciones de 1964, «sin ánimo de lucro, de carácter privado y ámbito nacional, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines». Es sabido que el tenor literal de la normativa comunitaria en materia de defensa de la competencia fija como potenciales sujetos activos de las prácticas colusorias a las empresas. Sin embargo, «la legislación española —escribe BAÑO LEÓN (1996, pág. 60)—, separándose con tino de la comunitaria, no alude como ésta a la empresa como parte en los acuerdos, decisiones o prácticas. El sujeto de las restricciones de la competencia queda eludido en el artículo 1.º.1. Probablemente en el ánimo del legislador ha pesado la jurisprudencia comunitaria que ha debido esforzarse por explicar qué había de entenderse por empresa a los efectos del artículo 85 del Tratado de la CEE». Y es que, en el contexto del Derecho de la competencia europeo, el TJCE ha indicado reiteradamente que «el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación» (Sentencia *Höfner y Elser*, asunto C-41/90, de 23 de abril de 1993). La prohibición contenida en el artículo 85.1 (hoy 81.1) del Tratado CE se aplica también a las asociaciones de empresas en la medida en que su propia actividad o la de las empresas adheridas a estas asociaciones producen los efectos anti-competitivos que dicho precepto pretende reprimir (Sentencias *Frubo*, asunto 71/74, de 15 de mayo de 1975, o la ya citada *NV IAZ International Belgium*, asuntos acumulados 96-102, 104, 105, 108 y 110/82, de 8 de noviembre de 1983) (2).

Lo determinante no es hoy, pues, ni en el Derecho de la competencia español ni en el comunitario, la forma jurídica de un ente para caer bajo la prohibición de prácticas colusorias. Están prohibidas tanto para las sociedades como para las asociaciones o cualquier otro tipo de entes que desarrollen efectivamente una actividad económica, y ello con independencia de que según sus estatutos tengan, o no, ánimo de lucro —BELLAMY/CHILD (1992, pág. 74)—. Señala BAÑO, en este sentido, que

(2) El Tribunal de Primera Instancia comunitario ha considerado que un organismo holandés de certificación de naturaleza privada (el *Stichting Certificatie Kraamverhuurbedrijf* o SCK) constituye una empresa dado que realiza una actividad económica, porque, entre otras cosas, «la expedición del certificado lleva consigo el pago de una cantidad» (STPI *SCK y FNK c. Comisión*, asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96, de 22 de octubre de 1999).

«cualquier sujeto de la actividad económica (art. 14 de la LDC) es susceptible de caer bajo el ámbito del artículo 1.º.1 de la LDC. Conforme en este punto con la práctica del TJCE, se pueden sentar dos grandes principios:

1.º La irrelevancia de la forma jurídica o del carácter público o privado del sujeto. Determinante es si interviene o no en el mercado y no el título con que lo hace.

2.º Los acuerdos deben producirse entre sujetos que tengan una autonomía decisoria real» (pág. 60).

Sentada la doctrina general de la aplicabilidad de las normas de defensa de la competencia a los entes normalizadores, el TDC se plantea si en el caso concreto la adopción de la norma «constituye una práctica colusoria» o si «de la misma pueden derivarse efectos negativos para la libre competencia». La respuesta del TDC es negativa. Antes de llegar a esta solución, el Tribunal hace algunas consideraciones:

- El acuerdo en el que se basa la norma UNE está tomado por un Comité en el que se encuentran, entre otros participantes, representantes del denunciante.
- El fin de la nueva norma UNE es aproximar los estándares técnicos aplicables a la impermeabilización de cubiertas a los existentes en Europa, elevando las exigencias de seguridad, de calidad, etc.
- La inclusión de la lámina LAM-3 no excluirá la utilización de la LAM-2, puesto que previsiblemente esta última «para ciertos usos se seguirá usando como antes», «aunque probablemente —continúa el TDC— se verá perjudicada su utilización en la impermeabilización de cubiertas». El TDC considera que su utilización en todo caso dependerá de los usuarios, cuya libertad de uso vendrá garantizada por el carácter voluntario de la norma.

El TDC al hacer esta consideración olvida, sin embargo, que el aval que constituye fabricar un producto bajo la cobertura de la norma de un organismo de normalización constituye, cada día más, en el mundo occidental, una ventaja competitiva a favor de quien fabrica conforme a esta norma y logra obtener una certificación del correspondiente ente certificador, en detrimento de quien no la consiga. Con ello, la voluntariedad es real desde un punto de vista jurídico, pero ciertamente no tiene por qué serlo desde un punto de vista fáctico. Es más, se encuentra perfectamente asentada en el Derecho comunitario de la competencia la doctrina de que «una recomendación, incluso desprovista de efecto obligatorio, no escapa al imperio del artículo 85, apartado 1, cuando la aceptación de la recomendación por las empresas destinatarias ejerce una influencia sensible sobre el juego de la competencia en el mercado en cuestión» (Sentencia *NV IAZ International Belgium*, de 8 de noviembre de 1983, ya citada).

Y con ello llegamos al elemento básico en la toma de la decisión para la resolución del caso concreto por parte del TDC. En este supuesto, la empresa denunciante no aporta datos que indiquen que pueda producirse una eventual distorsión de la competencia, derivándose, más bien, evidencias en sentido contrario. En otras palabras, la prueba, o al menos la aportación de indicios concretos, por parte del denunciante del carácter anticompetitivo de la normativa técnica elaborada por los organismos de normalización parece que se constituye en el requisito verdaderamente imprescindible para que el TDC pueda llegar a apreciar una violación de las reglas de defensa de la competencia:

«El Tribunal considera que hay suficiente material en el expediente para evidenciar que ni se pretende, ni se siguen de la práctica denunciada, efectos dañosos para la libre competencia. Si el denunciante opina lo contrario, como lo hace, debería haber aportado algún indicio, o de distorsión de la competencia, o de colusión. No hace, sin embargo, ni lo uno ni lo otro. Se limita a simplemente afirmar que el acuerdo es anticompetitivo, pero sin probarlo ni suministrar indicio alguno. El recurrente acusa al Servicio (SDC) de economías de investigación, mas él no aporta información relevante al expediente que permita concluir que la conducta denunciada constituye una práctica colusoria o que de la misma puedan derivarse efectos negativos para la libre competencia.»

B) *La aplicación del Derecho de la competencia a las tareas de certificación voluntaria.*

Esta cuestión ha sido tratada por el TDC en su Resolución de 17 de junio de 1996 en el expediente R. 136/95. En esta decisión, el TDC resuelve un recurso interpuesto por la empresa G.P. Manufacturas de Acero, S.A. contra un Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia por el que se archivaba una denuncia presentada por esta empresa, además de por Rivière, S.A. y Pérez Curto, S.A., contra AENOR por la realización de prácticas restrictivas de la competencia en el desempeño de sus tareas de certificación voluntaria.

Los términos fácticos en los que se centra el litigio son, de manera resumida, los siguientes:

a) Las tres empresas citadas (Rivière, S.A., Pérez Curto, S.A. y G.P. Manufacturas de Acero, S.A.) se dedican a la fabricación de malla electro-soldada para la construcción (o mallazo). Para la realización de esta tarea utilizan una materia prima específica: el alambión.

Pues bien, las tres empresas mencionadas presentaron una denuncia contra AENOR por supuesta realización de prácticas restrictivas de la

competencia, consistentes en el establecimiento de barreras de entrada a la materia prima de importación en beneficio de determinadas empresas nacionales fabricantes de acero.

Las barreras provenían del hecho de que la Comisión de Certificación de AENOR exigía para proceder a la certificación del mallazo (esto es, del producto acabado), y por tanto la obtención del derecho a utilizar la marca de calidad AENOR, la previa certificación de la materia prima (es decir, el alambión). En la práctica sólo obtiene la certificación (y el derecho de uso de la marca AENOR) el alambión fabricado en España, por lo que «en lo sucesivo va a resultar prácticamente imposible la utilización de materia prima importada, tanto si se somete a un procedimiento de comprobación de sus cualidades técnicas como si viene certificado por organismos de otros países similares a AENOR». En definitiva, sin un alambión certificado por AENOR (y que en la práctica es de origen español) no se podría, por tanto, obtener una certificación del mallazo por AENOR.

Con esta decisión de AENOR se pretendía poner fin a la práctica anterior en la que esta entidad sí certificaba el mallazo fabricado con un alambión no necesariamente certificado por AENOR, sino que bastaba con que el alambión utilizado como materia prima estuviese «en posesión de una marca de calidad y seguridad *equivalente* aceptada por el Comité de Certificación» de AENOR.

Además de estos hechos, las tres empresas denunciadas subrayan algo muy importante a nuestros efectos: las empresas siderúrgicas «tratan de aprovechar en beneficio propio su presencia en los comités técnicos de AENOR de modo que, no bastándoles con haber configurado un oligopolio nacional de fabricación de alambión, quieren lograr también el privilegio de la exclusividad del suministro de dicha materia prima a toda la industria transformadora».

b) Ante estas denuncias, el SDC decidió practicar una información reservada que terminaría con el Acuerdo del Director General de Defensa de la Competencia de archivar la denuncia, haciendo, entre otras, las siguientes consideraciones: 1.º) Que la homologación de los productos de acero para hormigón puede realizarse bien a través de AENOR o bien del Ministerio de Industria y Energía. 2.º) Que la certificación de AENOR es de carácter voluntario. 3.º) Que los productos no certificados por AENOR pueden comercializarse libremente siempre que estén homologados. 4.º) Que, por tanto, la homologación por parte del Ministerio de Industria y Energía de la materia prima constituye una alternativa a la certificación de AENOR.

c) Este acuerdo fue recurrido por la empresa G.P. Manufacturas de Acero, S.A., por considerar que incurría en distintos errores de hecho al establecer: «en primer lugar, que la homologación constituye una alternativa a la certificación; en segundo lugar, que el alambión y el mallazo están homologados; y, en tercer lugar, el carácter voluntario de la marca AENOR en el mercado real».

Repasados los antecedentes fácticos del asunto, el TDC comienza sus fundamentos de derecho centrando la cuestión objeto de recurso en el análisis de «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», colusión propiciada por el Comité Técnico de Certificación de productos de acero para hormigón (CTC-017), en el que «están mayoritariamente presentes y tienen una participación muy activa las empresas productoras de acero que, a su vez, son competidoras de las empresas transformadoras».

Antes de entrar en el análisis del fondo del asunto, el TDC destaca los errores cometidos por el SDC en la previa tramitación y estudio de la denuncia, indicando que dicho Servicio ha interpretado mal las informaciones aportadas por el Ministerio de Industria sobre el funcionamiento de la normalización, de la homologación y de la certificación en España, y que ha desconocido diversos hechos y datos obrantes en el expediente.

En este contexto, el TDC subraya que, según informa el Ministerio de Industria, y contrariamente a lo señalado por el SDC, «ni el alambazón ni el mallazo están sujetos a homologación». La homologación y la certificación son dos técnicas distintas de control: «la homologación —dice el TDC— hace referencia a la seguridad, mientras que la certificación se refiere a la calidad».

En realidad, la situación de las técnicas de control del respeto de la normativa técnica es un poco más compleja. Desde la puesta en funcionamiento de la Ley de Industria y del Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial, ya no existen únicamente la homologación obligatoria y la certificación voluntaria que preveía el RD 1614/1985, de 1 de agosto, norma ésta que introducía en España un sistema de normalización y certificación a la europea.

Hoy en día, la evaluación de conformidad con la normativa técnica efectuada por un tercero distinto e independiente del fabricante puede revestir distintas modalidades. Puede, en efecto, ser de naturaleza bien voluntaria o bien obligatoria, dependiendo de que el elemento de referencia que se utilice para efectuar el control o la evaluación de conformidad sea una norma técnica voluntaria o sea, por el contrario, una reglamentación técnica.

El control en el ámbito reglamentario es siempre obligatorio para poder comercializar un producto en el mercado. Ahora bien, tiene dos variantes: a) La homologación, que tiene lugar cuando el control lo realiza directamente la Administración y que, en términos de la Ley de Industria, se define como «certificación por parte de una Administración pública de que el prototipo de un producto cumple los requisitos técnicos reglamentarios» —art. 8.7—. b) Cuando, por el contrario, la Administración renuncia a desempeñar esta tarea por sí misma, quedando delegada en favor de «organismos de control» externos a ella. En este segundo caso, la técnica de control es una «certificación propiamente dicha», aunque en este supuesto tiene naturaleza jurídicamente obligatoria. Si quiere comercializarse un

producto debe pasar positivamente el procedimiento de certificación ante un llamado organismo de control. Los organismos de control son, según el artículo 41 del RD 2200/1995, aquellas «entidades públicas o privadas, con personalidad jurídica que se constituyen con la finalidad de verificar el cumplimiento de carácter obligatorio de las condiciones de seguridad de los productos e instalaciones industriales, establecidas por los reglamentos de seguridad industrial...» (3).

Junto a los controles en el ámbito reglamentario (esto es, junto a la homologación y junto a la certificación obligatoria por los organismos de control), la Ley de Industria y el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial han regulado la certificación en el ámbito voluntario. La certificación voluntaria no es, como ya sabemos, jurídicamente obligatoria para poder comercializar un producto en un mercado. Es realizada por las entidades de certificación, que son «entidades públicas o privadas, con personalidad jurídica propia, que se constituyen con la finalidad de establecer la conformidad, solicitada con carácter voluntario, de una determinada empresa, producto, proceso, servicio o persona a los requisitos definidos en normas o especificaciones técnicas (voluntarias)».

Aclarados los distintos mecanismos de control o de evaluación de la conformidad con la normativa técnica existentes en la actualidad, volvamos a los razonamientos fundamentales utilizados por el TDC para resolver la cuestión planteada.

El tema realmente crucial es el del valor de la certificación voluntaria (y de su correlato necesario: la marca de calidad) en el mercado de la construcción.

El TDC constata que las últimas modificaciones de la regulación técnica del alambro y del mallazo han provocado que la posibilidad que existía con anterioridad (de que obtuviera certificación de AENOR el mallazo fabricado con una materia prima —el alambro— que estuviera en posesión de una marca de conformidad de AENOR o «de cualquier otra marca de

(3) Un análisis de la situación del mercado del control reglamentario en nuestro país ha sido efectuado por el TDC en su resolución de 16 de enero de 1997 (Expte. R 173/96, Instituto Catalán de Inspección y Control Técnico).

El debate jurídico en este asunto no se centra realmente en si existen o no distorsiones a la libre competencia derivadas de la actividad de control efectuada por los organismos de control reglamentario del respeto de la normativa técnica obligatoria por los productos y las empresas, sino exclusivamente de los precios utilizados por estos organismos como remuneración de sus actividades.

En concreto, el TDC resuelve un recurso interpuesto por la Asociación de Entidades de Inspección y Control Reglamentario (AENICRE) contra un acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia por el que se archivaron las actuaciones seguidas contra el Instituto Catalán de Inspección y Control Técnico, S.A. (ICICT, S.A.) y la Entidad Colaboradora de la Administración, S.A. (ECA, S.A.) por abuso de posición de dominio, al aplicar, fuera de Cataluña (lugar este donde ambas entidades ejercen su tarea de control de manera monopolística), precios discriminatorios y predatorios en los servicios de inspección y control técnico reglamentario. El TDC desestimó, finalmente, el recurso interpuesto por AENICRE en su citada resolución de 16 de enero de 1997, comentada por C. PADRÓS REIG en su trabajo «Posición de dominio y precios discriminatorios en materia de inspección y control técnico de industrias» (*Anuario de la Competencia* 1997, M. Pons, 1998, págs. 311 y ss.).

nivel de calidad y seguridad equivalente aceptada por el Comité de Certificación» de AENOR, es decir, que el alambro hubiese sido certificado por algún organismo de certificación extranjero de características similares a AENOR) ya no existe. Bien al contrario, la reforma de la reglamentación reguladora del Comité Técnico de Certificación CTC-017 ha provocado que «ninguna empresa pueda fabricar o comercializar mallas electrosoldadas con la marca "N" de AENOR si no utiliza materia prima con dicha marca, la cual sólo se otorga en España a la materia prima producida por determinadas empresas agrupadas en UNESID o SIDERINSA».

Esta situación resulta, sin duda, contraria al Derecho de la Unión Europea. Y es que, en efecto, la Comisión Europea, al examinar en su Decisión 95/551/CE la compatibilidad de un sistema de certificación para empresas de alquiler de grúas con el Derecho comunitario de la competencia, estableció que un mecanismo de esta naturaleza, para resultar admisible, debe respetar cuatro criterios: su carácter abierto, su independencia, su transparencia y la aceptación de garantías equivalentes de otros sistemas.

Analizando la juridicidad de esta Decisión, el Tribunal de Primera Instancia comunitario en su ya citada Sentencia *SCK y FNK c. Comisión*, de 22 de octubre de 1997, confirma la facultad de la Comisión para definir los criterios que debe respetar un sistema de certificación para poder quedar excluido de la aplicación del artículo 85.1 (hoy 81.1) del Tratado CE, centrándose de manera particular en el análisis del necesario carácter abierto del sistema y en la aceptación de garantías equivalentes de otros sistemas. En relación con el primero de estos criterios, el TPI afirma que cuando el acceso al sistema de certificación no es abierto, sino «difícil» o restringido (por obstaculizar, por ejemplo, el acceso de las empresas extranjeras), esta restricción afecta considerablemente a las posibilidades de competir de las empresas no certificadas. Por lo que respecta al criterio relativo a la aceptación de garantías equivalentes de otros sistemas, el Tribunal comunitario indica que «una prohibición de alquiler que impide a las empresas certificadas recurrir a empresas no certificadas, aunque estas últimas presten garantías equivalentes a las garantías del sistema de certificación, en modo alguno puede encontrar justificación objetiva en la preocupación por mantener la calidad de los productos/servicios que garantiza el sistema de certificación. Por el contrario, *la no aceptación de garantías equivalentes de otros sistemas protege a las empresas certificadas frente a la competencia de las empresas no certificadas*».

La certificación (y la marca de calidad correlativa) que analizamos es jurídicamente voluntaria, pero, sin embargo, ¿el mercado de la construcción admite realmente mallazos fabricados sin tal certificación? En otros términos, ¿existe una obligatoriedad, ya que no jurídica, sí fáctica de utilizar la marca de calidad de AENOR en los mallazos?

Si la respuesta es positiva (esto es, si existe una obligatoriedad fáctica), los productos que no puedan obtener esta marca se verán perjudicados con respecto a sus competidores que sí la puedan obtener, sobre todo si la marca de conformidad de AENOR es la única existente en el mercado español.

El TDC responde esta cuestión en los términos siguientes:

«Aunque, en principio, la certificación AENOR tiene carácter voluntario porque legalmente una empresa puede vender productos derivados del acero sin dicha certificación, lo cierto es que las empresas constructoras no aceptan el suministro de dichos productos. Así lo prueban los siguientes documentos obrantes en el expediente: cartas de FERROVIAL y de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS (...); y lo corrobora el propio Ministerio de Industria y Energía cuando, en su informe, afirma: "al haber un seguimiento generalizado de las normas de certificación en el sector de la construcción, si una empresa no las sigue queda descolgada" (...).

En definitiva, de no existir otras marcas equivalentes en España, la marca "N" de AENOR se convierte de facto en obligatoria.»

La gran importancia que tienen la certificación y las marcas de conformidad expedidas por entes de certificación en un mercado occidental, importancia directamente impulsada en nuestro país por los poderes públicos a través tanto de la Ley de Industria como del Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial, suscita la trascendental cuestión de la necesidad de asegurar desde el Derecho imperativo la neutralidad e imparcialidad económica de este tipo de entes. La posición en que los coloca el Derecho positivo exige que este propio Derecho asegure su correcto comportamiento, sobre todo si existe una situación de oligopolio en el «mercado» de la certificación y mucho más, por supuesto, si esta situación es de monopolio fáctico en amplísimos sectores específicos de ese mercado.

En este sentido, no es en modo alguno de recibo que en el seno de un Comité Técnico de Certificación existan una serie de empresas sobrerrepresentadas, aprovechando esta circunstancia para modificar la concreta normativa de la certificación en el seno de ese Comité con el objeto de distorsionar el mercado, en perjuicio de las empresas competidoras, que incluso podrían verse expulsadas del mismo. En este contexto, el TDC resalta en su resolución que el SDC no ha tenido en cuenta en sus investigaciones, a pesar de haber sido puesta de manifiesto por las empresas denunciantes, la circunstancia de «la presencia mayoritaria de las empresas competidoras en el CTC-017 y su intervención en la adopción de la modificación normativa».

Señala, por último, el TDC que el comportamiento del Comité Técnico de Certificación CTC-017 podría contradecir la normativa que prohíbe el que «a través de las normas y certificaciones se creen obstáculos innecesarios al comercio internacional». Indica, en concreto, que tal comportamiento podría ir contra las estipulaciones contenidas en el artículo 12 del hoy derogado RD 1614/1985, así como en los artículos 30, 85.1 y 86 del

Tratado de la Unión Europea; hoy artículos 28 (regulador de la prohibición de las restricciones cuantitativas a la importación y de las medidas de efecto equivalente a las mismas en el seno de la Unión Europea), 81 (regulador de la prohibición de las prácticas colusorias) y 82 (regulador de la prohibición del abuso de posición dominante), en la versión dada a los mismos por el Tratado de Amsterdam. A pesar de todas las consideraciones hechas por el TDC a lo largo de los fundamentos jurídicos, tanto las generales como las más específicas relacionadas con el asunto examinado, la resolución no determina que en el caso concreto se haya producido una violación de la normativa reguladora de la libre circulación de mercancías y de defensa de la competencia. Remite de nuevo el análisis de la cuestión litigiosa al SDC para que determine si efectivamente se ha producido tal violación, instruyendo el correspondiente expediente.

Lo verdaderamente importante a nuestros efectos es, sin embargo, otra cosa: es, en efecto, la idea de que, al igual que las tareas de normalización, el ejercicio de funciones de certificación puede dar lugar a prácticas restrictivas de la competencia, bien por prácticas colusorias derivadas de acuerdos antijurídicos adoptados en el seno de entes certificadores por empresas parte en ellos, o bien, incluso, cuando en el mercado de la certificación exista un único ente, o un ente realmente dominante, y éste abuse de su posición de dominio en el mercado (4).

(4) Este asunto ha tenido su segundo asalto en la resolución del TDC de 24 de febrero de 1997, recaída en el Expte. MC 19/26.

En esta resolución, el TDC no accedió a la adopción de las medidas cautelares propuestas por el SDC tanto a iniciativa de G.P. Manufacturas del Acero, S.A., como de oficio por el propio Servicio. Entre las medidas cautelares solicitadas se encontraba la suspensión parcial de la aplicación de ciertas normas adoptadas por AENOR.

AENOR se opuso a estas medidas alegando, entre otras cosas, «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...».

El TDC rechaza en última instancia la adopción de las medidas cautelares solicitadas por considerar que no se ajustan, entre otras cosas, a:

a) El principio de accesoria del procedimiento de medidas cautelares con respecto a un procedimiento principal, que es, en este caso, un procedimiento sancionador:

«De lo anteriormente expuesto —señala el TDC— 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 pueden adoptar, en virtud del principio de accesoria, 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.»

III. NOTA BIBLIOGRÁFICA

Para el análisis de los problemas jurídicos planteados por la normalización y la certificación pueden consultarse los trabajos de V. ALVAREZ GARCÍA (*La normalización industrial*, Tirant lo Blanch, 1999; e *Introducción a los problemas jurídicos de la normalización industrial: normalización industrial y sistema de fuentes*, núm. 147 de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1998), F. GAMBELLI (*Aspects juridiques de la normalisation et de la réglementation technique européenne. Guide sur le droit technique et la normalisation*, Eyrolles/Fédération des industries mécaniques, 1994), J. IGALENS/H. PENAN (*La normalisation*, PUF, 1994) o P. MARBURGER (*Die Regeln der Technik im Recht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1979). La referencia hecha a F. NICOLAS/J. REPUSSARD en el primer epígrafe de este trabajo lo es a su libro *Normas comunes para las empresas* (Comisión Europea, 1994).

La bibliografía básica en castellano sobre el Derecho público de la competencia está, sin duda, presidida por las obras de Ch. BELLAMY/Cr. CHILD (*Derecho de la competencia en el Mercado Común* —edición española a cargo de E. PICAÑOL—, Civitas, 1992), Ll. CASES PALLARÉS (*Derecho Administrativo de la defensa de la competencia*, M. Pons, 1995) y J. M. BAÑO

Pues bien, en este caso, las medidas cautelares solicitadas «no guardan —según el TDC— directa relación con la existencia de las barreras de entrada, que es sobre lo que versa el expediente principal y, por tanto, corresponde rechazar esta medida por vulnerar el principio de accesibilidad, pues se trata de una medida que desborda aquello que se dilucida en el expediente principal».

b) El principio de proporcionalidad. Debe existir, en efecto, y siempre según el TDC, «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».

Aplicando estas consideraciones al caso sometido a su consideración, el TDC señala que:

«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 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 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.»

LEÓN (*Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, 1996). Las distintas citas que a lo largo del epígrafe segundo de este trabajo se hacen de BAÑO LEÓN son precisamente de esta última obra citada. La referencia a R. MARTÍN MATEO está tomada de su libro *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental* (Tri-vium, 1994).

Los trabajos más específicos sobre la relación entre los Derechos de la competencia y de la técnica son más bien escasos. Los utilizados en este estudio son, básicamente, de autores norteamericanos y alemanes. Entre los primeros destacan: T. BLECHER (*Product Standards and Certifications Programs*, en «Brooklyn Law Review», vol. 46, 1980, págs. 223 y ss.), J. E. BROWN (*Technology Joint Ventures to set Standards or Define Interfaces*, en «Antitrust Law Journal», vol. 61, págs. 921 y ss.), M. GOLDENBERG (*Standards, Public Welfare Defences and Antitrust Laws*, en «The Business Lawyer», vol. 42, mayo 1987, págs. 629 y ss.) y J. E. HOFFMAN («Antitrust Issues in Setting and Enforcing Product Standards», en *The Solar Market: Proceedings of Symposium on Competition in the Solar Energy Industry*, Bureau of Competition, Federal Trade Commission, 1978, págs. 59 y ss.). En Derecho alemán, resulta imprescindible la Tesis Doctoral de W. STEFENER, *DIN-Normen -Ihre Zulässigkeit nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Univ. Münster, 1970). Debe reseñarse, también, el trabajo de R. LUKES, «Überbetriebliche technische Normen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen», publicado en E.-J. MESTMÄCKER (Hrsg.), *Wettbewerb als Aufgabe* (Verlag Gehlen, 1968, págs. 147 y ss.).

Por lo que respecta a la literatura jurídica española, A. BETANCOR RODRÍGUEZ ha escrito un comentario sobre la resolución del TDC de 17 de junio de 1996, relativa a las tareas de certificación voluntaria, publicado bajo el título «Sobre la liberalización de la ordenación de la calidad industrial, la sustitución de la homologación y dicrecionalidad administrativas por la homologación y discrecionalidad privadas y el desconocimiento por el TDC de principios básicos del Derecho Administrativo Sancionador» (*Anuario de la Competencia 1996*, dirigido por Ll. CASES, M. Pons, 1998, págs. 239 y ss.).

