



Roj: **SAN 2995/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:2995**

Id Cendoj: **28079230062016100269**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **14/07/2016**

Nº de Recurso: **494/2013**

Nº de Resolución: **297/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL RESA GOMEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 2995/2016,**
STS 3334/2018

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000494 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04822/2013

Demandante: ZARDOYA OTIS S.A.

Procurador: CRISTINA GRAMAGE LÓPEZ

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Codemandado: SCHINDLER S.A

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

SENTENCIA N^o:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. BERTA SANTILLAN PEDROSA

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D^a. ANA ISABEL RESA GÓMEZ

D. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a catorce de julio de dos mil dieciséis.

Visto el recurso contencioso administrativo núm. **494/2013** que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **ZARDOYA OTIS S.A.**, representada por la Procuradora Sra. Gramage López frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la resolución dictada en fecha 17 de septiembre de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador S/0410/12 ASCENSORES-2. Ha sido parte en autos la



Administración demandada representada por el Abogado del Estado, habiendo actuado como codemandada SCHINDLER S.A. y ponente la Ilma. Sra. D^a ANA ISABEL RESA GÓMEZ, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que:

"...dicte sentencia por la que con condena en costas a la Administración demandada acuerde estimar el presente recurso y, en consecuencia, anule la Resolución del Consejo de la CNMC de 17 de septiembre de 2013 en los términos expuestos en los fundamentos jurídicos e esta demanda"

SEGUNDO. - El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente, no habiendo contestado a la demanda la parte codemandada.

TERCERO. - No solicitado el recibimiento del pleito a prueba y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 13 de julio de 2016, en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la Resolución dictada en fecha 17 de septiembre de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº S/0410/12, Ascensores-2, resolución que agota la vía administrativa.

Dicha resolución acuerda:

"PRIMERO.- Declarar acreditada la existencia de cuatro infracciones del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en obstaculizar la actividad de los competidores en el mercado de mantenimiento de aparatos elevadores a través del empleo de medios desleales, de las que son responsables respectivamente, ZARDOYA OTIS, S.A., SCHINDLER, S.A., ASCENSORES ENINTER, S.L., y ASCENSORES IMEM, S.L.

SEGUNDO.- Imponer las siguientes sanciones a las autoras de las conductas infractoras:

- 2.845.362 euros, (dos millones ochocientos cuarenta y cinco mil trescientos sesenta y dos euros) a ZARDOYA OTIS, S.A.

SEGUNDO: Con fecha 26 de abril de 2012, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 LDC, la DI acordó incoar expediente sancionador S/0410/12, contra ZARDOYA OTIS, S.A., SCHINDLER, S.A., ASCENSORES ENINTER, S.L., ASCENSORES IMEM, S.L., e INDUSTRIAL DE ELEVACIÓN, S.A. por posibles conductas prohibidas en el artículo 3 LDC, consistentes en obstaculizar la actividad de los competidores en dicho mercado a través del empleo de medios desleales, tales como comunicaciones a clientes con contenido engañoso y/o denigratorio sobre las actividades de sus rivales en el mantenimiento de ascensores y suministro de piezas de recambio, y/o actos de inducción a la infracción contractual con la intención de eliminar a competidores del mercado y tras la tramitación pertinente finalizó con la resolución ahora impugnada

En cuanto a las partes

ZARDOYA OTIS S.A. (OTIS)

OTIS es una sociedad que cotiza en Bolsa en España, estando más de la mitad de su capital social controlado por United Technologies Holdings, S.A. (UTH), dedicada a la producción de productos de alta tecnología para la industria aeroespacial y de la construcción.

OTIS está activa en España en la fabricación, comercialización, mantenimiento y reparación de ascensores y otros aparatos mecánicos (escaleras mecánicas, montaplatos, cintas transportadoras, etc.).

TERCERO: La resolución impugnada analiza el mercado regulatorio y relevante y señala que el sector de los ascensores comprende, principalmente, tres ámbitos de actividad: (i) fabricación y venta mayorista de ascensores y de componentes, (ii) ensamblaje, instalación y venta minorista de ascensores, y (iii) mantenimiento y reparación de ascensores instalados.



Dichas actividades han sido consideradas en los precedentes nacionales citados como mercados de producto separados, versando el presente expediente en la actividad de mantenimiento y reparación de ascensores instalados, cuya principal característica es su carácter secundario (mercados comúnmente denominados aftermarkets) en relación con la venta e instalación de ascensores, dado que el servicio de mantenimiento y reparación se demanda en la medida en que existe un parque de ascensores ya instalado que lo necesita.

Se señala que las actividades de mantenimiento y reparación de ascensores son aquellas directamente relacionadas con su revisión y comprobación de acuerdo con los estándares y plazos establecidos, así como la reparación de dichos aparatos, tendentes a garantizar el correcto funcionamiento de los ascensores instalados, siendo el ámbito geográfico en que se desarrolla esta actividad provincial.

CUARTO: Y en cuanto a la valoración jurídica de los hechos acreditados y tras señalar que el 3 de la LDC prohíbe *"los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afectan al interés público"*, la DI considera de manera indubitada que ZARDOYA OTIS, S.A., SCHINDLER, S.A., ASCENSORES ENINTER, S.L. y ASCENSORES IMEM, S.L. han llevado a cabo actos de competencia desleal al remitir comunicaciones a sus clientes con contenido denigratorio y engañoso, todo ello realizado con la finalidad de obstaculizar o eliminar especialmente a las empresas competidoras no integradas verticalmente.

Y en cuanto al segundo de los elementos requeridos por el artículo 3 de la LDC, esto es, que como consecuencia de la conducta desleal, se produzca un falseamiento de la libre competencia que, además afecte al interés público, la DI declara que: *"En definitiva, teniendo en cuenta las especiales características de este mercado, altamente concentrado y vinculado al de fabricación e instalación de ascensores; la aptitud de las comunicaciones desleales enviadas por las empresas para afectar directamente la capacidad de elección y la toma de decisiones económicas de los consumidores de servicios de mantenimiento; y para, a su vez, reportarle de forma inmediata una ventaja competitiva a los fabricantes/instaladores sobre los que no reúnen dicha condición, favoreciendo aún más la integración vertical; así como la afectación a un número indeterminado y alto de consumidores, no puede sino concluirse que la conducta llevada a cabo por OTIS, SCHINDLER, ENINTER e IMEM ha tenido efectos inmediatos en el mercado de mantenimiento de ascensores, falseando de forma sensible la competencia en el mismo."* (282 PR).

Y concluye finalmente que: *"La conducta llevada a cabo por ZARDOYA OTIS, S.A., SCHINDLER, S.A., ASCENSORES ENINTER, S.L. y ASCENSORES IMEM, S.L., consistente en obstaculizar la actividad de los competidores en el mercado de mantenimiento de aparatos elevadores a través del empleo de medios desleales, constituye una infracción tipificada en el artículo 3 de la LDC."*

QUINTO: La parte actora que no discute los hechos considerados acreditados por la DI en el PCH, es decir, el envío de comunicaciones a sus clientes ante la noticia de un cambio de proveedor de servicios de mantenimiento y reparación de sus ascensores, alega como fundamento de su pretensión anulatoria lo siguiente:

Vulneración de la presunción de inocencia y del carácter personal de la responsabilidad en materia sancionadora por cuanto sólo se enviaron cuatro comunicaciones aisladas con menciones genéricas a otras empresas y en todo caso, carentes de contenido denigratorio; que dichas comunicaciones ni tienen contenido desleal, ni han falseado la libre competencia ni han tenido impacto en el interés público. Con carácter subsidiario entiende que la resolución impugnada cuantifica erróneamente la sanción.

SEXTO: Para un correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada deberemos concluir, en primer lugar, si la CNC ha acreditado la comisión de una práctica prohibida por la Ley 3/1991 de 10 de enero de Competencia Desleal, y, en segundo lugar, si dicha infracción conlleva una perturbación para el interés público.

Sólo en ese caso la vulneración de la normativa sobre competencia desleal, en principio diseñada para resolver controversias entre particulares, adquiere una dimensión pública que justifica la imposición de sanciones por la autoridad de competencia.

Este planteamiento está avalado por la normativa citada y por una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que es un ejemplo reciente la STS de 15 de marzo 2016, asunto Gas Natural rec. de casación nº 2011/13.

Resulta procedente recordar que, de acuerdo con el planteamiento de la resolución recurrida compartido en este caso por la recurrente, el núcleo de la cuestión se centra en la eventual conducta anticompetitiva que pudieran desplegar los fabricantes de ascensores en el mercado conexo de su mantenimiento y reparaciones por medio de sus empresas verticalmente integradas, especialmente en un contexto de crisis económica vinculada a la construcción, en el que se reducen sustancialmente las demandas de instalación de nuevos ascensores.



SÉPTIMO: La CNC estima que la recurrente ha violado la Ley 3/1991 en la medida en que ha incurrido en actos de denigración y engaño respecto de sus competidores, por lo que sobre estas dos modalidades de infracción deberemos concentrar nuestro análisis.

Así las cosas, constatamos que las manifestaciones contenidas en las cartas enviadas por la recurrente son susceptibles de ser calificadas como denigratorias en la medida en que tienen por finalidad el descrédito de sus competidores sobre la base de informaciones engañosas o que aun siendo veraces puede inducir a error a sus clientes.

Consta en el expediente lo siguiente:

1.- OTIS ha remitido comunicaciones a clientes poniendo en duda la capacidad técnica, profesional y económica de empresas competidoras no integradas verticalmente como mantenedoras de aparatos elevadores .

Así con fecha 26 de enero de 2012 un Delegado de OTIS en Denia envió un correo electrónico a un vecino de una comunidad de propietarios en el que declaraba lo siguiente: "A día de hoy han aparecido una gran cantidad de empresas de pequeño tamaño, ... sin experiencia ni soporte técnico que ofrecen servicios de mantenimiento de cualquier ascensor, con indiferencia de la marca, del modelo o de sus características a un mismo precio. Su principal, y único atractivo de cara el cliente es presentar ofertas a precios peligrosamente bajos. Dichas empresas no suelen disponer de departamentos técnicos, ni ingenierías de apoyo, ni redes amplias que den la cobertura que precisa el mantenimiento 24h de un ascensor, y no suelen emplear piezas originales dado que buscan otras genéricas del mínimo coste que puedan solventar la avería a corto plazo pero soslaye la vida útil del aparato a largo plazo"

Con fecha 15 de marzo de 2012 la Delegación de OTIS en Zamora envió asimismo esta comunicación a una comunidad de propietarios: "Como fabricantes e instaladores de los ascensores de su edificio (...) nos permitimos poner en su conocimiento que determinadas personas/empresas están visitando a comunidad de propietarios para conseguir la conservación de los ascensores con el señuelo de un bajo precio". (...) sabemos que la conservación de ascensores suele ser efectuada sin la prevención necesaria y con la utilización de recambios de bajo coste no desarrollados específicamente para los ascensores de nuestra marca. De hecho, algunas de estas empresas están denunciadas (...) por diversas irregularidades, alguna de ellas afectando a la seguridad de los usuarios. Como consecuencia de ello, al poco tiempo la calidad se ve negativamente afectada y la seguridad de los usuarios posiblemente en riesgo". "A la vista de los hechos descritos, les rogamos nos informen de cualquier ofrecimiento que puedan recibir en el sentido expuesto" (folios 289 a 290).

Con fecha 13 de noviembre de 2012 OTIS ha remitido asimismo una comunicación a otra comunidad de propietarios declarando: "Como fabricantes e instaladores del ascensor de su edificio (...) nos permitimos poner en su conocimiento por experiencias pasadas, que la conservación de los ascensores por empresas ajenas a Zardoya Otis suele ser efectuada con la utilización de recambios de bajo coste no desarrollados específicamente para los ascensores de nuestra marca. Como consecuencia de ello, al poco tiempo la calidad se ve negativamente afectada" (folio 810).

2.- OTIS ha remitido comunicaciones a clientes poniendo en duda la capacidad técnica, profesional y económica de una determinada empresa competidora (CITYLIFT), como conservadora de aparatos elevadores.

Con fecha 23 de noviembre de 2011, OTIS, en un correo electrónico enviado a la administradora de una comunidad de propietarios, declara: "CITYLIFT es una franquicia de ascensores, búscalo en internet, si pagas 9.000€ tú también puedes ser ascensorista. El contrato de City Lift no garantiza nada, ni se responsabilizan de nada" (folio 130). La actora niega la autoría de dicho correo.

Asimismo, OTIS ha enviado un cuadro comparativo entre ésta y CITYLIFT, en el que se asegura que esta última carece de auditorías de calidad, carece del certificado ISO 9001, y crea claras dudas acerca de la capacidad de CITYLIFT para llevar a cabo el mantenimiento de los ascensores (folio 286). Según las alegaciones de OTIS, dicho cuadro fue enviado una única vez por su delegación de Girona (folio 921).

CITYLIFT, sin embargo, ha presentado ante la DI, con fecha 5 de julio de 2012, el certificado ISO 9001 otorgado a la empresa en 2010 y con validez hasta 2021, así como una copia de la auditoría de calidad realizada por TÜV Rheinland el 8 de marzo de 2012 (folios 560 a 575). Posteriormente, con fecha 20 de febrero de 2013, ha enviado igualmente una copia de la auditoría de calidad realizada por la misma empresa el año precedente, 2011.

OTIS reconoce elaborar, como estrategia comercial, determinados textos que pone a disposición de sus agentes comerciales para que, si lo consideran, lo envíen a sus clientes. Reconoce asimismo que en ciertos casos los textos contienen referencias genéricas a los servicios prestados por terceros.



Las comunicaciones en las que se hace referencia a terceros competidores o a los servicios prestados por los mismos han sido remitidas tanto como reacción ante una comunicación de baja o resolución de contrato (folio 546) como a iniciativa propia de la empresa (folio 547).

No se discute la capacidad y el derecho de la recurrente para informar a sus clientes sobre las ventajas de contratar con la misma, pero eso no es lo que se infiere de las referidas comunicaciones, sino que Zardoya, ha puesto en duda la capacidad técnica, profesional y económica de determinadas empresas competidoras, en concreto de Citylift, con expresiones tales como. "... .. son empresas sin experiencia ni soporte técnico que ofrecen servicios de mantenimiento de cualquier ascensor, con indiferencia de la marca, del modelo o de sus características a un mismo precio...presentan ofertas a precios peligrosamente bajos. Dichas empresas no suelen disponer de departamentos técnicos, ni ingenierías de apoyo, ni redes amplias que den la cobertura que precisa el mantenimiento 24 h de un ascensor, y no suelen emplear piezas originales ..." "que la conservación de ascensores suele ser efectuada sin la prevención necesaria y con la utilización de recambios de bajo coste no desarrollados específicamente para los ascensores de nuestra marca. De hecho, algunas de estas empresas están denunciadas (...) por diversas irregularidades, alguna de ellas afectando a la seguridad de los usuarios. Como consecuencia de ello, al poco tiempo la calidad se ve negativamente afectada y la seguridad de los usuarios posiblemente en riesgo"

La exclusividad en la prestación del servicio es una información errónea, pues la recurrente está obligada a suministrar las piezas de recambio a las empresas de suministro que lo soliciten y a hacerlo con inmediatez. Arrojar la sombra de la duda sobre un competidor, dando a entender que utilizará piezas de recambio de menor fiabilidad empleando para ello más tiempo, es, sin duda, una información sesgada que tiende al desprestigio del competidor y ello se torna más grave en el contexto en el que se adopta, pues se invoca la seguridad personal vinculada a un eventual uso defectuoso de los ascensores.

Y en cuanto a Citylift -y aun cuando prescindieramos del correo obrante en el folio 130-, asegura que esta última carece de auditorías de calidad, carece del certificado ISO 9001, y crea claras dudas acerca de la capacidad de CITYLIFT para llevar a cabo el mantenimiento de los ascensores (folio 286)". Sin embargo CITYLIFT, ha presentado ante la DI, con fecha 5 de julio de 2012, el certificado ISO 9001 otorgado a la empresa en 2010 y con validez hasta 2021, así como una copia de la auditoría de calidad realizada por TÜV Rheinland el 8 de marzo de 2012 (folios 560 a 575). Posteriormente, con fecha 20 de febrero de 2013, ha enviado igualmente una copia de la auditoría de calidad realizada por la misma empresa el año precedente, 2011. Se trata de una información no veraz, engañosa, cuya clara finalidad es denigrar a una marca competidora que identifica nominalmente, por lo que debe rechazarse la alegación de la actora de que contienen menciones genéricas a terceros -no por lo menos, en este caso-, ni está amparada en la exceptio veritatis al no ser verdadera ni exacta como se ha demostrado ante la DI.

En estas circunstancias, dada la forma en que la recurrente hace sus declaraciones, aun cuando no las realice de forma habitual, no podemos sino reiterar el razonamiento seguido sobre la calificación de la conducta como denigratoria y engañosa, ya que la Ley 3/1991 lo que exige es que las conductas infractoras sean potencialmente aptas para restringir la competencia.

OCTAVO: Una vez que se ha declarado que la conducta es contraria a la legislación sobre competencia desleal, debemos pronunciarnos sobre la lesión del interés público vinculada a dichas conductas.

La jurisprudencia, por todas la STS 28-3-11, recurso de casación nº 4595/08 FJ 6, insiste en la necesidad de que la actividad antijurídica afecte al interés público precisando el grado de relevancia o gravedad en la perturbación de las condiciones de competencia del mercado en el contexto económico y jurídico en el que la actividad se produce.

La resolución recurrida realiza un análisis económico que tiene por base el Informe de la CNC publicado en 2011 sobre el funcionamiento del mercado del mantenimiento de los ascensores en España. La CNC constata la relevancia económica que dicho mercado tiene, especialmente en un contexto de crisis económica en el que existe una tendencia a la baja en la contratación de nuevos ascensores. Por otra parte, la posición de privilegio del fabricante es determinante de la exclusión de la competencia en el mercado del mantenimiento y reparaciones mediante la actuación en el mismo de sus empresas verticalmente integradas. Esta situación crea unas barreras de entrada que dificultan en grado sumo la competencia en dicho mercado secundario y es justamente esta circunstancia la que permite apreciar la vulneración del interés público.

La DI declara que: " *En definitiva, teniendo en cuenta las especiales características de este mercado, altamente concentrado y vinculado al de fabricación e instalación de ascensores; la aptitud de las comunicaciones desleales enviadas por las empresas para afectar directamente la capacidad de elección y la toma de decisiones económicas de los consumidores de servicios de mantenimiento; y para, a su vez, reportarle de forma inmediata una ventaja competitiva a los fabricantes/instaladores sobre los que no reúnen dicha condición, favoreciendo*



aún más la integración vertical; así como la afectación a un número indeterminado y alto de consumidores, no puede sino concluirse que la conducta llevada a cabo por OTIS, SCHINDLER, ENINTER e IMEM ha tenido efectos inmediatos en el mercado de mantenimiento de ascensores, falseando de forma sensible la competencia en el mismo." (282 PR).

Este Tribunal comparte plenamente las valoraciones de la CNC en este punto sin que los argumentos esgrimidos por la recurrente en su recurso desvirtúen, en nuestra opinión, esta conclusión.

En efecto, OTIS alega que la "distorsión grave de la competencia" y la "afectación al interés público" no son conceptos meramente valorativos que la Autoridad de defensa de la competencia pueda apreciar sobre la base de juicios de valor discrecionales. Alega que la jurisprudencia exige en este extremo no una simple potencialidad de la distorsión grave o una mera aptitud de la conducta para producir tal distorsión, sino que la distorsión grave se haya efectivamente materializado y ello sea acreditado por la Administración. Añade que su cuota de mercado es irrelevante a la hora de analizar la concurrencia del segundo de los requisitos exigidos por el artículo 3 de la LDC. Consideran esta empresa que la CNC, atendiendo a los precedentes (RCNC S/230/10, Aparatos Elevadores y el Informe de la CNC sobre el funcionamiento del mercado del mantenimiento de ascensores en España), da por probada la falta de competencia en el mercado de mantenimiento de ascensores en España, prejuzgando así la valoración de las conductas investigadas en el presente asunto.

Frente a dichas alegaciones el Consejo como la DI manifiesta que no existe un prejuicio sino una constatación en las actuaciones llevadas a cabo por esta CNC, entre otras el precedente aludido por las imputadas (RCNC S/230/10, Aparatos Elevadores y el Informe de la CNC sobre el funcionamiento del mercado del mantenimiento de ascensores en España, así como en los expedientes de concentración) en el que se pone de manifiesto la importancia que para los operadores integrados tiene el segmento de mantenimiento y la dificultad para acceder a este mercado a los operadores no integrados. En esa situación de difícil acceso al mercado para los nuevos entrantes y estabilidad de cuotas de los operadores instalados en el mercado, desde un punto de vista de competencia el Consejo no puede aceptar que estos operadores instalados lleven a cabo acciones desleales para mantener su posición en el mercado. Y eso y no otra cosa es lo que, tal como reconocen ellos mismos, están haciendo cuando por la competencia de un nuevo entrante van a perder un cliente. En efecto, como declaran los imputados, sus cartas o las circulares que tiene preparadas se activan en el momento en que un cliente les comunica que tiene una oferta más competitiva. Esas cartas o comunicaciones no proponen mejores condiciones en precios o servicio, es decir compitiendo, para retener al cliente sino que trasladan al cliente una serie de informaciones negativas sobre el competidor, en ocasiones falsas, como la ausencia de determinadas homologaciones, y en todo caso información que no les corresponde a los competidores controlar o difundir. Y más aún, de forma más o menos velada advierten al cliente sobre la posibilidad de que haya dificultades en la obtención de piezas originales, de las que ellos son los fabricantes. Es decir todas ellas son informaciones que siguiendo la literalidad de los preceptos de la LCD pueden considerarse actos denigratorios en la medida en que (i) las declaraciones son idóneas para dañar la reputación de un tercero en el mercado; y (ii) no son exactas verdaderas y pertinentes (por todas, STS de 11 julio de 2006).

Concretamente, las misivas hacen alusión, de manera implícita y, a veces, explícita como se ha demostrado especialmente con las referencias a CITYLIFT, a aquellas empresas competidoras pequeñas y de reciente creación que no se encuentran integradas verticalmente, esto es, que no se dedican igualmente a la fabricación e instalación de ascensores. Por tanto, del análisis conjunto de las comunicaciones enviadas por OTIS, SCHINDLER, ENINTER e IMEM sólo puede deducirse que en ellas existe el propósito, perfectamente reconocido en las mismas, de descalificar y denigrar a los competidores, apelando a los riesgos inherentes en la contratación de sus servicios de mantenimiento haciendo referencia a la supuesta falta de medios, de formación adecuada y de medidas de seguridad. Todo ello, lo que provoca es, ante la noticia de la voluntad de cambio de empresa mantenedora, generar temor en el consumidor falseando la realidad, haciéndole saber datos erróneos y falsos que exceden, como no podría ser de otra manera, de ser una información objetiva y pertinente para la formación de la toma de decisiones de los destinatarios de las comunicaciones. No hay duda que estas manifestaciones tendenciosas con el propósito de denigrar a los competidores están destinadas a incitar a los clientes a seguir contratando los servicios de mantenimiento de sus ascensores mediante manifestaciones que dañan el crédito de otras empresas de reparación y mantenimiento, impidiéndoles de esta manera su consolidación en el mercado.

"La mejor doctrina mercantilista afirma que la denigración es un comportamiento de deslealtad frente al competidor en tanto que obstaculiza o dificulta el ejercicio de la actividad económica de un tercero mediante el menoscabo de su reputación o de su ventaja competitiva, pero sobre todo es un acto de deslealtad competitiva frente a los consumidores porque está dirigida a eliminar o distorsionar la libertad y racionalidad de sus decisiones de mercado y, por ello, en último término son conductas aptas para distorsionar el normal juego de la competencia económica. En este sentido, se destaca que el bien jurídico protegido a través de la tipificación



de los actos de denigración no es la reputación o crédito del competidor en el mercado como el proceso competitivo, en la medida en que reprimiendo los actos de denigración del competidor se está garantizando la correcta y racional formación del proceso de toma de decisiones de mercado por parte de los consumidores. Por ello, porque el bien jurídico protegido es la competencia económica, al analizar el carácter desleal de las manifestaciones de un agente económico realizadas en el mercado y con fines concurrenciales (art. 2 de la LCD) es preciso tener en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se realizan, que en este caso es el de la conducta del antiguo incumbente de un mercado en proceso de liberalización efectiva."

No cabe duda que de la lectura de las comunicaciones remitidas por la actora a sus clientes, no puede más que deducirse que éstas contienen un mensaje común: poner en entredicho la capacidad técnica, profesional y económica de otras empresas competidoras en el mercado del mantenimiento y reparaciones de aparatos elevadores al tiempo que se siembre la duda a los clientes acerca de la calidad y seguridad del servicio que prestan los terceros competidores afectando a la correcta y racional formación del proceso de toma de decisiones. El hecho de acusar a los competidores de prestar unos servicios que no garantizan la seguridad, esencial en los ascensores, es una actuación que objetivamente es capaz de perjudicar comercialmente y que tiene su encaje en el artículo 9 LCD .

La actora manifiesta que no hay suficientes comunicaciones para probar que existe un ilícito de conformidad con el artículo 3 LDC , negando la afectación de la conducta en el mercado la cual, en todo caso, estaría amparada por la regla de conducta de menor importancia. No podemos aceptar dichos razonamientos pues las actuaciones acreditadas muestran el comportamiento de las empresas integradas verticalmente respecto de los nuevos entrantes en el mercado de reparación y mantenimiento de aparatos elevadores. No hay que olvidar que la actora cuenta con un número de clientes considerable, siendo una de las principales empresas en el sector de los ascensores actuando en todo territorio nacional. Además, el hecho de que no exista un registro por parte de la actora que permita cuantificar el número de misivas de contenido desleal enviadas a los clientes, no impide que estemos ante una práctica conocida en el sector puesto al haber reconocido que muchas de esas comunicaciones son modelos y que han sido enviados en más ocasiones que las que constan en el presente caso.

Y en cuanto a la conducta de menor importancia señalar que el art. 1 del RDC dispone que a los efectos de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio , de Defensa de la Competencia , se entenderán de menor importancia, sin que sea necesaria una previa declaración a tal efecto:

- a) Las conductas entre empresas competidoras, reales o potenciales, cuando su cuota de mercado conjunta no exceda del 10 por ciento en ninguno de los mercados relevantes afectados.
- b) Las conductas entre empresas que no sean competidoras, ni reales ni potenciales, cuando la cuota de mercado de cada una no exceda del 15 por ciento en ninguno de los mercados relevantes afectados (...)

Es decir, se refiere a conductas entre empresas, pero no de conductas entre empresas y clientes, como es el caso, por lo que no resulta de aplicación tal alegación, como tampoco podemos compartir las tesis de la recurrente que imputan a la CNC haber solapado los argumentos y técnicas incriminatorias propias de las infracciones del artículo 1 de la LDC a un supuesto como el presente, en el que no existe actuación colectiva. La razón de nuestra discrepancia se apoya en el hecho de que, de forma expresa, la CNC ha indicado a la recurrente que el tratamiento y análisis de su conducta se realiza de forma individual, como efectivamente se ha hecho y procede hacerlo cuando se trata de una infracción del artículo 3 de la LDC , pero no cabe duda de que la actuación en paralelo y al mismo tiempo de diferentes empresas del sector es un hecho que no puede obviarse y que tiene indudable trascendencia en la intensidad con la que el interés público resulta vulnerado.

NOVENO: Resta por analizar la cuestión relativa a la cuantificación de la multa y la adecuación de la misma al principio de proporcionalidad.

Finalmente, de acuerdo con una ya consolidada práctica de este Tribunal, procede remitirse en relación a la cuantificación de la multa, a lo dispuesto por la STS de 29 de enero de 2015 dictada por la Sala III y en consecuencia estimar en este punto el recurso a los efectos de que por la CNMC se proceda a realizar un nuevo cálculo de la sanción ajustado a las consideraciones de dicha Sentencia.

DÉCIMO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA no procede realizar un especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO



Que **ESTIMANDO EN PARTE** el recurso interpuesto por la representación procesal de **ZARDOYA OTIS S.A .** contra la resolución de la CNMC de fecha 17 de septiembre de 2013 a la que la demanda se contrae, que anulamos por ser contraria al ordenamiento jurídico pero en el único y exclusivo aspecto relativo a la cuantía de la multa impuesta que se deja sin efecto por entenderse que ha sido desproporcionada y se ordena a la CNC que fije de nuevo la cuantía de la multa con arreglo a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en la sentencia referida en el fundamento de derecho noveno de esta sentencia. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985 . Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su **no** tificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 21/07/2016 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ