

RESOLUCIÓN DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Expte. VS/0410/12, ASCENSORES-2, empresa ZARDOYA OTIS, S.A.

CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Josep María Guinart Solà

D^a Clotilde de la Higuera González

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Secretario del Consejo

D. Joaquim Hortalà i Vallvé

En Madrid, a 7 de noviembre de 2019

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada, ha dictado la siguiente resolución en el expediente VS/0410/12, ASCENSORES-2, cuyo objeto es la ejecución de la sentencia firme de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2016 (recurso 494/2013), por la que se estima parcialmente el recurso interpuesto por la empresa ZARDOYA OTIS, S.A. (ZOSA) en relación con la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 17 de septiembre de 2013 (Expediente S/0410/12, ASCENSORES-2).

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Por resolución de 17 de septiembre de 2013, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en el expediente de referencia, acordó en relación con ZOSA:

***“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., (...).

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. (...)*
2. Con fecha de 20 de septiembre de 2013, dicha resolución le fue notificada a ZOSA (folio 41.1) contra la que interpuso recurso contencioso administrativo (494/2013) solicitando como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la misma, que fue concedida mediante auto de 9 de enero de 2014 y declarada suficiente el 18 de marzo de 2014.
 3. Mediante sentencia de 14 de julio de 2016, la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª) estimó en parte el recurso interpuesto (recurso 494/2013) por ZOSA, anulando la resolución de 17 de septiembre de 2013 en el único extremo relativo al importe de la multa, ordenando a la CNMC realizar un nuevo cálculo de la multa. Contra dicha sentencia ZOSA interpuso recurso de casación (recurso 2924/2016) que fue desestimado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 1 de octubre de 2018.
- Esta Comisión recibió el 26 de noviembre de 2018 testimonio de la sentencia.
4. Consta en el expediente que ZOSA presentó el 27 de marzo de 2013 escrito de contestación al pliego de concreción de hechos de 26 de febrero de 2013, en el que señalaba que su volumen de negocios total antes de impuestos en el ejercicio 2012, ascendió a 640.677.079 euros (folio 2012 del expte. S/0410/12).
 5. Con fecha 20 de diciembre de 2018, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito de alegaciones de ZOSA en el cual realizan una serie de consideraciones sobre la forma en que consideran que debería ejecutarse la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2016. Señalan, además, que el volumen de negocios total del grupo, en el ejercicio 2012, ascendió a 787.754.000 euros (folio 1502).
 6. La Sala de Competencia aprobó esta resolución en su sesión del día 7 de noviembre de 2019.

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO. - Habilitación competencial

De acuerdo con el artículo 5.1.c) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a la CNMC compete *“aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de conductas que supongan impedir, restringir y falsear la competencia”*. El artículo 20.2 de la misma ley atribuye al Consejo la función de *“resolver los procedimientos sancionadores previstos en la Ley 15/2007, de 3 de julio”* y según el artículo 14.1.a) del Estatuto orgánico de la CNMC aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, *“la Sala de Competencia conocerá de los asuntos relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio”*.

En consecuencia, la competencia para resolver este procedimiento corresponde a la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

SEGUNDO. Sobre la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional

Según establece el artículo 104 de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Administración que hubiera realizado la actividad objeto del recurso deberá llevar a puro y debido efecto las sentencias firmes, practicando lo que exige el cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo.

Tal y como se ha recogido en los antecedentes, la resolución de la CNC de 17 de septiembre de 2013, dictada en expediente S/0410/12, ASCENSORES-2, impuso una multa de 2.845.362 € a ZOSA, contra la que ésta interpuso recurso contencioso administrativo.

El recurso interpuesto fue estimado parcialmente por la Audiencia Nacional en su sentencia de 14 de julio de 2016 (firme por sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 2018), anulando la multa impuesta en la resolución de 17 de septiembre de 2013 y ordenando a la CNMC a cuantificar de nuevo la sanción pecuniaria conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en los términos fijados por la doctrina iniciada con la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015.

TERCERO. Sobre la determinación de la sanción

3.1. Hechos probados y determinación de la sanción en la resolución de 17 de septiembre de 2013

Para la ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional y la imposición de la sanción correspondiente a ZOSA hay que partir de los hechos acreditados que se imputan a dicha empresa en la resolución de 17 de septiembre de 2013 y que han sido corroborados por la Audiencia Nacional.

En particular, sin perjuicio de hacer íntegra remisión a los hechos probados y fundamentación jurídica de la resolución confirmada por la sentencia que ahora se ejecuta, cabe señalar lo siguiente:

- De conformidad con el dispositivo primero de la resolución, ZOSA (entre otros) fue declarada responsable de una infracción del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, por obstaculizar la actividad de los competidores en el mercado de mantenimiento de aparatos elevadores mediante el empleo de medios desleales.
- En particular, según lo señalado en los Hechos acreditados:

“4.1 Actuaciones de ZARDOYA OTIS S.A.

4.1.1. 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.

Obran en el expediente diversas comunicaciones remitidas por trabajadores de OTIS desde sus correspondientes delegaciones que se refieren a empresas de mantenimiento competidoras en general y su dudosa profesionalidad:

(46) 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, provenientes muchas de ellas de oficios de la electricidad, 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” (folio 107).

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).

(48) 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).

4.1.2. 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.

(49) 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).

(50) 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).

(51) CITYLIFT, sin embargo, ha presentado ante esta Dirección, 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.

4.1.3. OTIS reconoce no disponer de registros de este tipo de comunicaciones

(52) OTIS ha reconocido durante el expediente que no conserva registros de cuándo o a quién se envían este tipo de comunicaciones y que, por tanto, no puede proporcionar datos precisos sobre el número de comunicaciones que pueden haber sido enviadas. (folio 534)

(53) 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.

(54) 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)”.

Hechos que quedan resumidos en el FD Quinto, sobre la individualización de la responsabilidad de cada empresa, en el que se afirma que ha quedado acreditado que ZOSA remitió a sus clientes las comunicaciones de contenido desleal declaradas prohibidas a lo largo de 2012 a distintos puntos de España como levante, el País Vasco o la zona centro.

La sentencia que ahora se ejecuta obliga a reconsiderar el proceso de determinación de la sanción.

La resolución del Consejo de la CNC de 17 de septiembre de 2013 motivó la determinación de las multas sobre la base de los criterios siguientes:

- Importe básico de la sanción (IBS): el Consejo consideró adecuado fijar el importe básico de la sanción en el 1% del volumen de ventas afectado por la infracción.
- Atenuantes o agravantes: no se apreciaron circunstancias atenuantes ni agravantes
- Límite del 5%: la multa calculada no supera el límite del 5% del volumen total de negocios de la empresa en 2012.

	Volumen de negocios total (VNT) en 2012 (€)	Volumen de negocios en el mercado afectado (26 enero-13 noviembre 2012) (€)	Límite legal del 5% del VNT (€)	Sanción (€)
ZOSA	640.677.079	284.536.216	32.033.854	2.845.362

3.2. Criterios expuestos por el Tribunal Supremo

De acuerdo con los razonamientos jurídicos de la sentencia de la Audiencia Nacional que aquí se ejecuta, la determinación de la sanción deberá adecuarse a la doctrina iniciada por la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015. Respecto de dicha doctrina, cabe destacar, con carácter general, los siguientes aspectos:

- Los límites porcentuales previstos en el artículo 63.1 de la LDC deben concebirse como el nivel máximo de un arco sancionador en el que las sanciones, en función de la gravedad de las conductas, deben individualizarse. Tales límites *“constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje”*. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles dentro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones.”
- En cuanto a la base sobre la que calcular el porcentaje de multa, que en este caso podría llegar hasta el 5% por tratarse de una infracción grave, el artículo 63.1 de la LDC se refiere al *“volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa”*, concepto con el que el legislador, como señala el Tribunal Supremo, *“lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen”*.

Sobre la base de estas premisas ha de concluirse que la nueva determinación de la sanción deberá concretarse en un arco que discurre del cero al 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio anterior al de dictarse resolución. Dentro de dicho arco sancionador, la multa deberá determinarse conforme a los criterios de graduación previstos en el artículo 64 de la Ley 15/2007.

3.3. Criterios para la determinación de la sanción basados en los hechos acreditados.

La infracción que acredita la resolución de 17 de septiembre de 2013 (y confirma la Audiencia Nacional) de la que es responsable ZOSA, entre otros, es una infracción grave (art. 62.3.c) y por tanto podrá ser sancionada con una multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa (art. 63.1.b), esto es, 2012.

Como se ha mencionado, consta que, ZOSA presentó el 27 de marzo de 2013 escrito de contestación al pliego de concreción de hechos de 26 de febrero de 2013, en el que señalaba que su volumen de negocios total antes de impuestos en el ejercicio 2012, ascendió a 640.677.079 euros (folio 2012 del expte. S/0410/12).

Teniéndose en consideración esta cifra aportada, el porcentaje sancionador a aplicar en el presente expediente debe determinarse partiendo de los criterios de graduación del artículo 64.1 de la LDC, de conformidad con lo expuesto en la resolución de 17 de septiembre de 2013 (S/0410/12), siguiendo los criterios de la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El mercado afectado (art. 64.1.a) es el de la reparación y mantenimiento de elevadores, a nivel nacional, ya que, como dice el Consejo, *“lo que se sanciona es la práctica de la empresa que actúa en el ámbito nacional y tratando de impedir la entrada de empresas que quieren operar en todo el territorio nacional”*.

Se trata de un mercado de carácter secundario en relación con la venta e instalación de ascensores, lo que no impide “la participación en el mercado de un numeroso grupo de otras empresas de tamaño más reducido no integradas verticalmente que, aunque no operen necesariamente en todo el territorio nacional, llevan a cabo actividades de instalación y mantenimiento de ascensores fabricados por terceros, o exclusivamente labores de mantenimiento, en determinadas áreas provinciales. Muchas veces se trata de empresas creadas por antiguos empleados de los grandes grupos verticalmente integrados, capaces de generar una importante presión competitiva sobre dichos grupos, particularmente en relación con los ascensores menos desarrollados tecnológicamente. Este tipo de empresas prestan especial atención a la competitividad en precios, una variable cuyo peso en la decisión del consumidor final ha tendido a ganar importancia en la actual coyuntura de crisis económica.

El volumen de negocio de la infractora en el mercado afectado durante los meses en los que participó en la conducta fue de 284.536.216 euros (art. 64.1.a).

No obstante, lo anterior, una de las barreras de entrada de este mercado es la integración vertical con el mercado de instalación *“en la medida en que la instalación se configura como la principal forma de conseguir clientes para el mantenimiento y reparación. Según el Informe de la CNC sobre el funcionamiento del mercado de mantenimiento de ascensores, de los casi 30.000 ascensores que en 2009 pusieron en funcionamiento las empresas consultadas, tan sólo en 156 se firmó el primer contrato de mantenimiento con*

una empresa distinta de la del instalador del aparato. Esto es, en casi el 98% de los casos el contrato se firmó con la empresa que lo instaló. De hecho, tan sólo una de las empresas consultadas retuvo menos del 95% de los primeros contratos de mantenimiento”.

La sentencia de la Audiencia Nacional confirma el alcance nacional de la infracción (art. 64.1.c): *“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.”*

ZOSA es responsable de obstaculizar la actividad de los competidores en el mercado de mantenimiento de aparatos elevadores mediante el empleo de medios desleales desde el 26 de enero de 2012 hasta el 13 de noviembre de ese mismo año (art. 64.1.d).

Tal y como manifiesta el Consejo, del análisis conjunto de las comunicaciones enviadas por las imputadas *“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”.*

Como pone de manifiesto la Audiencia Nacional en su sentencia, *“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 las competencias en dicho mercado secundario y es justamente esta circunstancia la que permite apreciar la vulneración del interés público.”*

No se apreciaron circunstancias atenuantes ni agravantes (art. 64.1.g).

Siguiendo la precitada doctrina del Tribunal Supremo, el conjunto de factores expuestos anteriormente –gravedad de la infracción, ámbito geográfico de la conducta, características y dimensión del mercado afectado, duración de la conducta, no concurrencia de atenuantes o agravantes– permite concretar, dentro de la escala sancionadora que discurre hasta el 5% del volumen total de

negocios, la valoración global de la densidad antijurídica de la conducta infractora. De acuerdo con todo lo señalado, esta Sala considera apropiado un tipo sancionador total del 1,8% para ZOSA.

El Tribunal Supremo insiste en la necesaria proporcionalidad que debe guiar el ejercicio de la potestad sancionadora, y para ello es preciso concretar *“la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados”*.

Ahora bien, aunque un tipo sancionador sea proporcionado a la gravedad y características de la infracción cometida, la aplicación de ese porcentaje al volumen de negocios total de la empresa podría conducir a una sanción en euros que no respetara la proporcionalidad con la efectiva dimensión de la conducta anticompetitiva. Para realizar esta última comprobación es necesario realizar una estimación, bajo supuestos muy prudentes, del beneficio ilícito potencial que la entidad infractora podría haber obtenido de la conducta, y aplicarle un factor incremental de disuasión¹.

En el presente caso, la multa que le correspondería a ZOSA según la gravedad de la conducta y de su participación en ella es menor al límite de proporcionalidad estimado, por lo que no resultaría necesario ajustar la multa por motivos de proporcionalidad.

No obstante, esta sanción que le corresponde, derivada del tipo sancionador total de 1,8% del volumen de negocios total de la infractora, es superior a la sanción originalmente impuesta, por lo que, procede aplicar el principio de prohibición de *reformatio in peius*. Por tanto, debe imponerse la sanción original, que asciende a 2.845.362 euros.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC

HA RESUELTO

ÚNICO. - Imponer a ZARDOYA OTIS, S.A., en ejecución de la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2016 (recurso 494/2013), y en sustitución de la inicialmente impuesta en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 17 de septiembre de 2013 (expte. S/0410/12 ASCENSORES-2), la multa de **2.845.362 euros**.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia Nacional y a la Dirección de Competencia, y notifíquese a las partes interesadas haciéndoles saber que la

¹ Estos supuestos se refieren a diversos parámetros económicos, entre otros el margen de beneficio de las empresas en condiciones de competencia, la subida de los precios derivada de la infracción y la elasticidad-precio de la demanda en el mercado relevante. Los supuestos que se han asumido se basan en datos de las propias empresas infractoras o en las ratios de empresas no financieras publicados por el Banco de España (base RSE).

misma ha sido dictada en ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 104 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que contra ella pueden promover incidente de ejecución de sentencia de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la citada Ley 29/1998, de 13 de julio sin perjuicio de la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo ordinario, en el plazo de dos meses desde el día siguiente al de notificación de la resolución, de acuerdo con lo resuelto por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.