



Roj: **SAN 3003/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:3003**

Id Cendoj: **28079230062016100273**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **6**

Fecha: **20/07/2016**

Nº de Recurso: **450/2013**

Nº de Resolución: **309/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN SEXTA

Núm. de Recurso: 0000450 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 04338/2013

Demandante: INDUSTRIAS MONTAÑESAS ELÉCTRICAS MECÁNICAS SL (IMEM)

Procurador: D. JAVIER CERECEDA FERNÁNDEZ-ORUÑ

Demandado: COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA

Codemandado: SCHLINDLER SA

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO

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. RAMÓN CASTILLO BADAL

Madrid, a veinte de julio de dos mil dieciséis.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 450/13, seguido a instancia de " **Industrias Montañesas Eléctricas Mecánicas SL (IMEM)** ", representada por el Procurador de los Tribunales D. Javier Cereceda Fernández-Oruña, con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Han comparecido en calidad de codemandada, Schlindler SA, representada por el Procurador de los Tribunales D.ª María José Bueno Ramírez. El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), la cuantía se fijó en menos de 600.000 €, e intervino como ponente el Magistrado Don SANTIAGO PABLO SOLDEVILA FRAGOSO. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO :- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos, relacionados en la resolución recurrida:

1. La recurrente, IMEM, es una empresa dedicada a la diseño, fabricación e instalación de aparatos elevadores en España y resto del mundo. También a su mantenimiento en Cantabria, Asturias, La Rioja y Vizcaya.

2. De acuerdo con lo expuesto en la resolución recurrida, las notas definitorias del mercado relevante serían las siguientes:

-El sector de los ascensores tiene tres ámbitos principales de actividad: a) fabricación y venta mayorista de ascensores y de sus componentes, b) ensamblaje, instalación y venta minorista de ascensores, y c) mantenimiento y reparación de ascensores instalados, que es el mercado objeto de la resolución.

-La actividad de mantenimiento y reparación es secundaria en relación con la fabricación, venta e instalación. Se caracteriza por estar directamente relacionada con su revisión y comprobación en los plazos establecidos, para garantizar su correcto funcionamiento.

-Su ámbito geográfico es provincial.

-Las empresas integradas verticalmente, que fabrican y garantizan el mantenimiento gozan de una gran ventaja competitiva, que no impide la existencia de empresas que sólo actúan en el sector del mantenimiento.

-La actividad de mantenimiento y reparación tiene una gran importancia económica debido a la dificultad de acceso a las piezas de repuesto, incluso para grandes fabricantes y la actividad de instalación es la principal forma de conseguir clientes para el mantenimiento y reparación.

3. La Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia declaró probado que:

A) La recurrente ha remitido comunicaciones a clientes cuestionando la capacidad técnica, económica y profesional de empresas competidoras no integradas verticalmente como mantenedoras de aparatos elevadores, poniendo de manifiesto su insuficiente capacidad y garantía, en particular, en relación al suministro de piezas de recambio originales:

-El 17 de marzo de 2011 la recurrente, remitió una carta a una comunidad de propietarios defendiendo que al ser la empresa fabricante instaladora, "es la única que puede prestar a los Consumidores y Usuarios un servicio de mantenimiento excelente, permitiendo la mayor garantía de seguridad para los usuarios, al disponer de los repuestos originales y soporte técnico óptimo para que el ascensor alcance la mayor vida útil en las mejores condiciones de servicio, *con un número mínimo de averías y máximo tiempo de disponibilidad*. Donde están los repuestos necesarios para atender, tanta diversidad de componentes y fabricantes con la rapidez precisa para dar un buen servicio? No hay tiendas de repuestos de ascensores como sucede con los turismos...no hay escuelas de formación de ascensoristas, cada fabricante tiene su propia tecnología y la tecnología está en continuo cambio".

B) La recurrente reconoce que ha remitido modelos de comunicaciones a clientes como reacción ante la oferta de Citylift y reconoce haber subrayado las ventajas que supone contratar con una empresa fabricante e instaladora.

-Destaca que las empresas no fabricantes, que a falta de otros argumentos válidos, sólo pueden ofrecer un bajo precio en la cuota de mantenimiento, siendo habitual que promuevan la sustitución innecesaria de componentes por falta de piezas o desconocimiento de su funcionamiento

4. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), mediante resolución de fecha 17 de septiembre de 2013 adoptó las siguientes decisiones:

-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.

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

- ...

- 25.732 euros, (veinticinco mil setecientos treinta y dos euros) a Ascensores IMEM S.L.

SEGUNDO:- Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad



del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Las actuaciones de IMEM no son prácticas restrictivas de la competencia:

-Se limitó a informar a sus clientes de que oferta promovida por su competidor Citilyft no se ajustaba a la verdad, para lo que tuvo que poner de manifiesto sus mejores prestaciones de servicios.

-En concreto y como reacción comercial destacó que: a) nadie puede presentarse como especialista en la reparación de ascensores y menos de una marca a la que es ajeno, b) nadie puede estar más especializado en una marca que su fabricante, c) es falso que alguien que no sea el fabricante pueda conseguir los repuestos de forma inmediata y antes que el inventor de la tecnología.

-Niega que cuestionara la capacidad económica o tecnológica de Citilyft.

-En cuanto a los recambios, dice que en algunos casos, por su elevada y compleja tecnología, es la recurrente, por ser su fabricante quien está en mejor condición de ofrecerlos.

-La recurrente no dirige comunicados en general, sino que son respuestas comerciales hechas a sus propios clientes con vínculo contractual en vigor, frente a ofertas de competidores que pretendían arrebatárselos.

2. Falta de competencia de los requisitos establecidos en el artículo 3 LDC, respecto de la conducta de la recurrente. Aplicación del artículo 5 LDC .:

El comportamiento de la recurrente no puede ser subsumido en ninguno de los ilícitos de la LDC:

a) No han existido actos de engaño imputables a la recurrente: Se trata de actos en defensa del mantenimiento de los clientes, que finalmente se perdieron.

b) No han existido actos de denigración imputables a la recurrente .

c) Los actos de la recurrente no han falseado la libre competencia: sus actuaciones han sido puntuales, sin reiteración y no ha distorsionado la competencia ya que su cuota de mercado nacional es de un 0,57% y en su ámbito regional del 7,81%.

d) Inexistencia de afectación al interés público: Insiste en un examen de las características de la recurrente en el contexto de crisis económica en el que se envían las comunicaciones y subraya la importancia de los efectos que puedan derivarse del supuesto acto de competencia desleal.

e) La eventual perturbación que hubiera podido causarse debe calificarse como una conducta de mínima importancia.

TERCERO:- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. En los mismos términos se pronunciaron las codemandadas.

CUARTO:- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO:- Señalado finalmente el día 6 de Julio de 2016 para la deliberación, votación y fallo, en dicha sesión del Tribunal se acordó suspender el plazo para dictar sentencia y oír a la recurrente y a la defensa del Estado sobre la incidencia en el presente caso de la doctrina de la STS de 29 de enero de 2015, recurso de casación nº 2878/2013 FJ 5. Una vez recibidas las alegaciones de las partes, se procedió a la deliberación, votación y fallo previstas.

SEXTO:- Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de fecha 17 de septiembre de 2013, en cuya virtud adoptó las siguientes decisiones:

- Declarar acreditada la existencia de cuatro infracciones del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia (LDC), 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 Eniter, S.L., y Ascensores Imem, S.L.



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

...

- 25.732 euros, (veinticinco mil setecientos treinta y dos euros) a Ascensores IMEM S.L.

SEGUNDO: La sanción impuesta a la recurrente tiene por base legal el artículo 3 de la Ley 15/2007 de 3 de julio de Defensa de la Competencia que sanciona en los términos previstos en la misma, los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

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, 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.

TERCERO: La recurrente no niega su condición de fabricante ni la delimitación del mercado geográfico como el nacional, que resulta correcta, pues si bien es cierto que la recurrente fue denunciada por su actuación en algunas Comunidades Autónomas, también lo es que sus prácticas comerciales como las descritas contribuyeron de forma efectiva a que competidores de otras Comunidades del Estado encontraran importantes obstáculos para introducirse y operar en dicho ámbito regional, por lo que debe desestimarse también este motivo de recurso.

CUARTO: 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 aún siendo veraces puede inducir a error a sus clientes.

De la carta remitida por la recurrente el 17 de marzo de 2011 a una comunidad de propietarios (los subrayados son nuestros), debemos destacar que vinculaba su condición de empresa fabricante del ascensor a ser la *única* que puede prestar a los Consumidores y Usuarios un servicio de mantenimiento excelente. También dice que permite *la mayor garantía de seguridad* para los usuarios, al disponer de los repuestos originales y soporte técnico óptimo para que el ascensor alcance la mayor vida útil en las mejores condiciones de servicio, con un número mínimo de averías y máximo tiempo de disponibilidad.

No hay tiendas de repuestos de ascensores como sucede con los turismos...no hay escuelas de formación de ascensoristas, cada fabricante tiene su propia tecnología y la tecnología está en continuo cambio .

Contrariamente a lo que afirma en la demanda la recurrente claramente vincula su superioridad en el mercado de mantenimiento a su condición de fabricante, con mensajes de carácter excluyente respecto de sus competidores.

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 la referida carta. En ella se afirma con rotundidad, y es en este punto donde se produce la infracción, que *solo* la recurrente puede prestar a los Consumidores y Usuarios un servicio de mantenimiento excelente y garantizar la mayor seguridad.

Carece de relevancia que la carta fuera una respuesta comercial, pues ésta podía redactarse en forma diferente obviando las consideraciones a la exclusividad de la prestación del servicio por la recurrente.



Por otra parte, las cláusulas de rescisión del contrato compensaban, en su caso, el perjuicio para la recurrente por causa de resolución del mismo, por lo que nada añadía a este respecto el contenido de las cartas denigratorias.

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 de 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.

Finalmente imputa a los competidores, que de forma habitual promueven la sustitución innecesaria de componentes por falta de piezas o desconocimiento de su funcionamiento.

En estas circunstancias, debemos reiterar el razonamiento seguido sobre la calificación de la conducta como denigratoria y engañosa.

QUINTO: 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, que es citado también por la recurrente.

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 competencia en dicho mercado secundario y es justamente esta circunstancia la que permite apreciar la vulneración del interés público.

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.

Nada puede oponerse al derecho de la recurrente a defender su lista de clientes y a dirigirles comunicaciones destacando sus servicios, pero ello, como ya hemos señalado, no le habilita para denigrar a sus competidores o difundir mensajes engañosos. Por otra parte, el dato de su cuota de mercado que cifra a nivel nacional en un 0,57% no permite desconocer su activa colaboración a la creación de importantes barreras de entrada para los competidores hostiles.

El elemento relevante para calificar su conducta es la remisión de información errónea a sus clientes con datos sesgados, dando a entender que solo el fabricante del ascensor puede garantizar una reparación segura y en el mejor tiempo posible. De esta forma se vicia el proceso competitivo y se impide el ejercicio de una competencia eficaz.

Finalmente en este apartado y por las razones expuestas, procede descartar la excepción alegada por la recurrente en cuanto a la exclusión de responsabilidad por la escasa importancia de conducta, pues como hemos visto, este tipo de actuación por parte de los fabricantes de ascensores, crea importantes barreras en el mercado conexo de su mantenimiento.

SEXTO: Resta por analizar la cuestión relativa a la cuantificación de la multa y la adecuación de la misma al principio de proporcionalidad, cuestión no alegada por la recurrente pero que fue introducida por este Tribunal.

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, recurso de casación nº 2878/13 FJ 5, 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.

SÉPTIMO: 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

Estimamos en parte el recurso interpuesto y en consecuencia anulamos el acto impugnado en los términos expuestos en el FJ 6 respecto a la cuantificación de la multa, desestimando el recurso por lo demás. Sin costas. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ , al tiempo de notificar la presente sentencia, se indicará a las partes que contra la misma no cabe recurso de casación ordinario.

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 26/07/2016 doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ