



COMISIÓN NACIONAL DE LOS  
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

## **RESOLUCIÓN**

**(Expte. R/AJ/543/16, ZARDOYA OTIS)**

### **CONSEJO. SALA DE COMPETENCIA**

#### **PRESIDENTE**

D. José María Marín Quemada

#### **CONSEJEROS**

D. Josep Maria Guinart Solà

D<sup>a</sup>. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

#### **SECRETARIO**

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 29 de septiembre de 2016

La Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición expresada al margen, ha dictado la siguiente resolución en el Expediente R/AJ/543/16, ZARDOYA OTIS, por la que se resuelve el recurso presentado por ZARDOYA OTIS, S.A. (OTIS), conforme al artículo 36.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCCNMC) y a los artículos 51, 107, 110, 114 y 115 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), contra la Comunicación de 8 de junio de 2016 de la Dirección de Competencia (DC), por la que se ponía en conocimiento que los hechos expuestos en el escrito de 13 de abril de 2016 de OTIS, no encajaban en ninguno de los tipos infractores de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Mediante escrito de 13 de abril de 2016, se denunciaron por parte de OTIS determinados hechos en el sector del mantenimiento de ascensores presuntamente

llevados a cabo por un competidor directo y de los que la denunciante consideraba que se desprendían indicios de infracción de la LDC.

2. La DC (Subdirección de Industria y Energía), mediante escrito de 8 de junio de 2016, señaló que, los hechos expuestos en el escrito de 13 de abril de 2016 anteriormente citado, no encajaban en ninguno de los tipos infractores de la LDC. Dicha Comunicación le fue notificada a OTIS el 10 de junio de 2016.
3. Con fecha 11 de julio de 2016 tuvo entrada en el registro de la CNMC escrito de OTIS de 4 de julio de 2016, por el que se interponía, en virtud del artículo 36.1 de la LCCNMC y de los artículos 51, 107, 110, 114 y 115 de la LRJPAC, recurso de alzada contra la Comunicación de 8 de junio de 2016 citada en el antecedente de hecho anterior, por entender que la misma no era ajustada a derecho, produciéndole tanto indefensión a ella misma como un perjuicio irreparable a la libre competencia en el sector y a sus derechos e intereses legítimos, así como a los de los consumidores y usuarios.
4. Con fecha 14 de julio de 2016, conforme a lo indicado en el artículo 24.1 del Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero (RDC), el Secretario del Consejo de la CNMC solicitó a la DC antecedentes e informe sobre el escrito presentado por OTIS.
5. Con fecha 19 de julio de 2016, la DC emitió el preceptivo informe sobre el recurso presentado por OTIS. En dicho informe la DC consideraba que procedía inadmitir el mismo, por cuanto el contenido de la Comunicación de 8 de junio de 2016 recurrida era ajustado a derecho, en la medida que, por las razones allí expuestas, no procedía iniciar una información reservada, ni llevar a cabo ninguna actuación investigadora, sin que ello produjera indefensión ni perjuicios irreparables a los derechos o intereses legítimos de la denunciante. No obstante, en dicho informe, la DC observaba previamente que el recurso debería inadmitirse por extemporáneo.
6. La Sala de Competencia del Consejo deliberó y falló el asunto en su reunión de 29 de septiembre de 2016.
7. Es interesada en este expediente de recurso ZARDOYA OTIS, S.A. (OTIS).

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Objeto de la presente Resolución y pretensiones del solicitante.**

En la presente Resolución esta Sala de Competencia deberá pronunciarse sobre si la Comunicación de 8 de junio de 2016 de la DC, mediante la cual se ponía en conocimiento de OTIS que de los hechos denunciados en su escrito de 13 de abril de

2016 no se desprendían indicios de infracción de la LDC, es susceptible de producir indefensión o perjuicio irreparable a los derechos o intereses legítimos de OTIS, tal y como exige el artículo 47 de la LDC.

En su escrito de recurso, OTIS resume los hechos que denunció el 13 de abril de 2016 y que consistían, básicamente, en que una empresa competidora, a través de dos de sus directivos, habría firmado un contrato simulado de gestión de cobro con una empresa de administración de fincas, con el único fin de obtener su favor a la hora de decidir a qué empresa le encargaba el mantenimiento de los ascensores de los inmuebles que gestionaba.

OTIS considera que dichos hechos constituían una conducta colusoria que impedía, restringía y falseaba la libre competencia en el sector, perjudicando tanto a las empresas que operaban en el mismo como a los consumidores y usuarios. Asimismo, señala que dichos hechos denunciados se producen con frecuencia por todo el territorio nacional, aunque afirma que es una práctica muy difícil de demostrar, tanto por la cautela de los infractores como por el miedo existente a las represalias que pudieran tomar los administradores de fincas, que podrían llegar a expulsar a una empresa de mantenimiento de ascensores de toda una zona geográfica. OTIS considera que tal conducta podría desembocar en una práctica generalizada en el sector que tendría unos efectos muy negativos y relevantes en la libre competencia y que afectarían gravemente al interés público.

En particular, indica OTIS que dichos hechos constituyen una conducta infractora tipificada en los artículos 1, apartados e) y d), y 3 de la LDC, al suponer la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guardan relación con el objeto de tales contratos y colocan a los competidores en situación desventajosa, frente a la empresa que denuncian, para prestaciones equivalentes.

Por todos estos motivos, y teniendo en cuenta las facultades atribuidas a la CNMC, entiende OTIS que debería revocarse el acto impugnado y solicita la realización de una información reservada, con el fin de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen la incoación de expediente sancionador.

De forma subsidiaria solicita a la CNMC, por un lado, que si se considerase que la conducta se circunscribía exclusivamente al ámbito de la Comunidad Valenciana, se remitiese su denuncia a la autoridad valenciana de competencia, y por otro, que en el ejercicio de la función de promoción de la competencia que le atribuye el artículo 26.1 de la LDC, incluya en sus planes la elaboración de informes, estudios, trabajos de investigación relacionados con el mercado de mantenimiento de ascensores y las prácticas denunciadas.

Por su parte, la DC en su informe de 19 de julio de 2016 considera que procede inadmitir el recurso de OTIS, tanto por su extemporaneidad como porque el contenido de la Comunicación de 8 de junio de 2016 recurrida era ajustado a derecho, en la medida que no procedía iniciar una información reservada, ni llevar a cabo ninguna actuación investigadora, sin que ello produjera indefensión ni perjuicios irreparables a los derechos o intereses legítimos de OTIS.

Por lo que respecta a la indefensión, señala la DC que, según la doctrina del Tribunal Constitucional la indefensión a la que se refiere el artículo 24.1 de la Constitución Española (CE) es sólo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa, por lo que *"no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos"* (STC 64/1986). En este sentido entiende la DC que su Comunicación de 8 de junio de 2016 en ningún caso ha supuesto la imputación de cargo alguno para la recurrente ni afecta a sus derechos de defensa en ninguna de las vertientes recogidas en el artículo 24 de la CE.

En cuanto a la posibilidad de que la Comunicación recurrida causase un perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos de OTIS que, según el Tribunal Constitucional es *"aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida su efectiva restauración"* (ATC 79/2009), entiende la DC que no se ha alegado ni justificado la vulneración de derecho constitucional alguno, ni tampoco puede derivarse del escrito de la DC en cuestión pues, como se ha indicado, el mismo no tiene contenido sancionador, lo que impide hablar de vulneración alguna de derecho fundamental ni de su imposible restablecimiento. En este sentido, el único perjuicio alegado por la recurrente se refiere a los futuros e hipotéticos perjuicios económicos para los competidores, entre los que se encuentra OTIS, como consecuencia de la práctica denunciada en cuestión, pero dichos argumentos, entiende la DC, no pueden servir como fundamento de un recurso administrativo, puesto que su finalidad no es proteger situaciones meramente hipotéticas y futuras sino de perjuicios reales y actuales ocasionados por un acto concreto.

En definitiva, la DC considera que, ante la notoria inexistencia de indefensión o perjuicios irreparables a derechos fundamentales, debe inadmitirse el recurso interpuesto.

No obstante ello, respecto a las cuestiones de fondo contenidas tanto en la Comunicación de 8 de junio de 2016 recurrida, como en el escrito de recurso, la DC realiza las siguientes consideraciones:

- (i) Que no se cumple en la conducta denunciada la condición requerida por el artículo 1 de la LDC pues en el mismo se exige la concurrencia de, al menos, dos voluntades ya sea de dos competidores (acuerdos horizontales) o de dos operadores que se encuentran situados en distintos niveles de la cadena de producción o distribución del producto o servicio afectado (acuerdos verticales), mientras que en el caso denunciado por OTIS, no se alude a un acuerdo entre competidores ni entre fabricantes, instaladores o mantenedores de aparatos elevadores, sino entre una empresa dedicada a la fabricación, instalación y conservación de ascensores y otra de administración de fincas, por lo que dicho contrato no puede tener, a priori, efectos restrictivos de la competencia ni constituir, en ningún caso, una infracción del artículo 1 de la LDC.

- (ii) Que tanto de la información como de las pruebas aportadas por la recurrente no se puede acreditar la concurrencia de los requisitos de aplicación del artículo 3 de la LDC, esto es, la existencia de un acto de competencia desleal y la afectación al interés público tutelado por la LDC. En este sentido, señala la DC que, tal y como ha venido reiterando la autoridad de competencia (véase, por todos, el expte. S/0350/11 Asistencia en Carretera), si de la denuncia no se desprende que existan indicios de una afectación significativa a la competencia, tampoco procede análisis de la conducta denunciada desde la perspectiva del Derecho contra la competencia desleal, y en el escrito recurrido se dejó constancia de que tratándose de un hecho o una prueba aislada resultaba imposible apreciar la necesaria perturbación grave de la estructura o condiciones competitivas del mercado que exige este artículo. Asimismo, la DC subraya que OTIS en su escrito de denuncia de 13 de abril de 2016, si bien declaraba sospechar que este tipo de comportamientos se producía de manera habitual, también reconocía *"sin que hasta la fecha haya pasado de ser sospecha"*.
- (iii) Que tampoco cabe la aplicación del artículo 2 de la LDC (aunque el mismo no haya sido invocado por OTIS), pues no existen, en el mercado de mantenimiento de aparatos elevadores, empresas en posición de dominio, y remite a este respecto al Informe publicado en 2011 por la extinta CNC sobre el funcionamiento de este mercado, donde, a pesar de subrayarse la vinculación existente entre las actividades de instalación y conservación y el predominio de las empresas verticalmente integradas, queda reflejada la existencia de un mercado de mantenimiento y reparación de ascensores muy atomizado.
- (iv) Que por las razones expuestas, al no existir ni siquiera indiciariamente, prueba de infracción de la LDC, no se consideró pertinente remitir el escrito de denuncia a la autoridad valenciana de competencia. Asimismo, considerando la posible naturaleza penal de la práctica descrita por la denunciante en su escrito de 13 de abril, se informó que la CNMC no sería la autoridad competente para analizar e investigar dichos hechos, sino los tribunales ordinarios de justicia.
- (v) Por último, y en cuanto a las facultades y obligaciones de la autoridad de competencia con vistas a iniciar una información reservada, la DC cita la Resolución de la CNMC 23 de octubre de 2014 (Expte. R/AJ/309/14, Auditorías de gestión integral), que a la vez se apoya tanto en jurisprudencia nacional como comunitaria, y en la que se concluía que *"por una parte que no existe un derecho subjetivo del denunciante a obtener una declaración sobre la existencia o no de la infracción, lo que implica que no existe un deber jurídicamente exigible que imponga a la Comisión la obligación de iniciar una investigación, y por otra, que la autoridad de competencia, para el correcto ejercicio de las potestades que le han sido confiadas, puede, incluso, establecer grados de prioridad en las investigaciones"*.

Por todo ello, la DC entendía en su informe que el escrito de 8 de junio de 2016, en respuesta a los hechos denunciados por OTIS en su escrito de 13 de abril de 2016, es ajustado a derecho en la medida que, por las razones allí expuestas, no procedía iniciar una información reservada, ni llevar a cabo ninguna actuación investigadora, sin que ello produjera indefensión ni perjuicios irreparables a los derechos o intereses legítimos de la aquí recurrente.

## **SEGUNDO.- Naturaleza del recurso previsto en el artículo 47 de la LDC.**

Antes de analizar las concretas pretensiones de los recurrentes, resulta necesario aclarar la naturaleza del recurso sobre el que se dicta la presente resolución.

OTIS interpuso este recurso en virtud de lo dispuesto en el artículo 36.1 de la LCCNMC y en los artículos 51, 107, 110, 114 y 115 de la LRJPAC.

Dicho artículo 36.1 de la LCCNMC establece lo siguiente:

*"1. Los actos y decisiones de los órganos de la Comisión distintos del Presidente y del Consejo podrán ser objeto de recurso administrativo conforme a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.*

*No obstante, respecto a los actos dictados en aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, únicamente podrán ser objeto de recurso aquéllos a los que hace referencia el artículo 47 de dicha Ley."*

De acuerdo con el artículo 47 de la LDC, *"las resoluciones y actos de la Dirección de Investigación que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos serán recurribles ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el plazo de diez días"*, siendo el Consejo de la CNMC el órgano competente para resolver dicho recurso.

Asimismo, conviene recordar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de mayo de 2011, en la que se establecía: *"El Tribunal Supremo en múltiples sentencias en las que se interpreta la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 al procedimiento administrativo de Defensa de la Competencia (entre otras las sentencias de 26-IV-2005, 11-X1-2005 y 24-15 2006) ha establecido que la supletoriedad de dicha ley en relación con la Ley de Defensa de la Competencia significa que es aplicable en lo que sea compatible con la naturaleza de los procedimientos regulados en la LDC"*.

También la extinta CNC en su Resolución de 16 de julio de 2009 (Expte. R/0022/09, PELQUERÍA PROFESIONAL) especificó que *"los procedimientos administrativos en materia de defensa de la competencia se rigen por lo dispuesto en la LDC y su normativa de desarrollo y, supletoriamente, por la Ley 30/1992, siendo el artículo 47 de la LDC el que establece la regulación del recurso administrativo contra las resoluciones y actos dictados por la DI"*.

En conclusión, no estamos ante los recursos regulados en la LRJPAC, sino ante el único recurso administrativo previsto por la LDC contra los actos dictados por el órgano

instructor en materia de defensa de la competencia. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2013 advierte que los motivos de impugnación deben estar basados únicamente en la indefensión o el perjuicio irreparable que los actos recurridos puedan causar a derechos o intereses legítimos, y no en ningún otro motivo: *“En efecto, la vía a través de la cual es posible la impugnación "anticipada" de las resoluciones y actos dictados por la Dirección de Investigación es precisamente, en la nueva Ley 15/2007 (RCL 2007, 1302) , de Defensa de la Competencia, la establecida en su artículo 47.1, esto es, el recurso (interno) frente a unas y otros ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. Pero no se trata de una vía que abra la posibilidad a cualquier impugnación y por cualquier motivo sino exclusivamente la de aquellos actos o resoluciones a los que se impute haber causado indefensión o provocar "perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos"*

La recurrente entendió que la Comunicación de la DC de 8 de junio de 2016 le causaba indefensión y un perjuicio irreparable a sus derechos e intereses legítimos, si bien no citó propiamente el artículo 47 de la LDC en su escrito de recurso. No obstante, por lo que se acaba de exponer anteriormente y, dado que estamos ante un acto dictado por la DC en aplicación de la LDC, solamente cabe interponer recurso en base a lo dispuesto en dicho artículo, por lo que debe entenderse que éste es el cauce pretendido por OTIS. Además, el artículo 110.2 LRJPAC dispone que *“El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*, por lo que el presente recurso debe considerarse interpuesto al amparo de lo establecido en el artículo 47 de la LDC.

### **TERCERO.- Sobre la extemporaneidad del recurso.**

La Comunicación de 8 de junio de 2016 de la Subdirección de Industria y Energía de la DC fue notificada a la recurrente el día 10 de junio de 2016. Teniendo en cuenta que el recurso tiene sello de entrada de correo postal de 7 de julio de 2016 y tuvo entrada en el registro de la CNMC el día 11 de julio de 2016, es evidente que se sobrepasó con creces el plazo de diez días a contar desde la notificación de la Comunicación, establecido en el artículo 47 de la LDC para la interposición del mismo.

Por tanto, en la medida en que el artículo 47 de la LDC en su apartado tercero establece que *“El Consejo inadmitirá sin más trámite los recursos interpuestos fuera de plazo”*, este Consejo entiende que, por extemporáneo, debe inadmitirse el presente recurso.

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

## HA RESUELTO

**ÚNICO.-** Inadmitir el recurso interpuesta por ZARDOYA OTIS, S.A (OTIS), en el que se solicitaba la revocación de la Comunicación de la DC de 8 de junio de 2016, por la que se ponía en conocimiento que los hechos expuestos en el escrito de 13 de abril de 2016, no encajaban en ninguno de los tipos infractores de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese a la interesada, haciéndole saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que puede interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de su notificación.