



Roj: **STS 3334/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:3334**

Id Cendoj: **28079130032018100359**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **01/10/2018**

Nº de Recurso: **2924/2016**

Nº de Resolución: **1436/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.436/2018

Fecha de sentencia: 01/10/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2924/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por: dvs

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2924/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1436/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espin Templado, presidente

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. Maria Isabel Perello Domenech

D. Diego Cordoba Castroverde

D. Angel Ramon Arozamena Laso

D. Fernando Roman Garcia

En Madrid, a 1 de octubre de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 2924/2016 interpuesto por la entidad ZARDOYA OTIS, S.A., representada por la Procuradora D^a Cristina Gramage López, contra la sentencia de la Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2016 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 494/2013 . Se ha personado en las actuaciones, como parte recurrida, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y asistida por la Abogacía del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación de la entidad Zardoya Otis, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 17 de septiembre de 2013 (expediente sancionador S/0410/12 Ascensores-2) en la que, entre otros pronunciamientos referidos a distintas empresas que también fueron sancionadas, se impone a Zardoya Otis, S.A. una sanción de multa por importe de 2.845.362 € como responsable de una infracción del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia .

La Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 14 de julio de 2016 (recurso contencioso-administrativo nº 494/2013) en cuya parte dispositiva se acuerda:

<< 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>>.

SEGUNDO.- La conducta que la resolución sancionadora imputa a la recurrente la expone el fundamento jurídico 7/ de la sentencia -que reproduce diversos fragmentos de la resolución administrativa- en los siguientes términos:

<< (...) 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 TON/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>>.

En cuanto a la calificación jurídica de la conducta, el fundamento 4/ de la sentencia, que de nuevo reproduce fragmentos de la resolución impugnada en el proceso, señala lo siguiente:

<< (...) 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 .*

Los argumentos de impugnación que aducía la demandante en el proceso de instancia los sintetiza el fundamento 5/ de la sentencia del siguiente modo:

<< (...) 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>>.

No habiendo sido cuestionada la existencia de las comunicaciones dirigidas a los clientes, y una vez afirmado que la conducta es constitutiva de competencia desleal (F.J. 7/ de la sentencia recurrida, que hemos dejado



transcrito), la Sala de instancia se centra en examinar si ha existido o no afectación al interés público. De ello se ocupa el fundamento jurídico 8/ de la sentencia del que reproducimos los siguientes fragmentos:

<< (...) 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



denigratorias 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 elmem 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.

[...]

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>>.

Por último, de acuerdo con lo expuesto en el en el breve fundamento jurídico 9/ de la sentencia, la Sala de la Audiencia Nacional termina estimando en parte el recurso contencioso-administrativo y anula la resolución



sancionadora pero únicamente en el aspecto relativo a la cuantía de la multa impuesta, que se deja sin efecto ordenando a la Comisión Nacional de la Competencia que fije de nuevo la cuantía de la multa con arreglo a la doctrina en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013).

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, preparó recurso de casación contra ella la representación procesal de Zardoya Otis, S.A. y luego efectivamente lo interpuso mediante escrito presentado el 16 de noviembre de 2016 en el que formula cuatro motivos de casación, todos ellos al amparo del artículo 88.1.c/ de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

El enunciado de cada uno de los motivos es, en síntesis, el siguiente:

1.- Infracción de los artículos 5 y 9 de la Ley de Defensa de la Competencia, 25 y 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y 25.1 de la Constitución, así como de la doctrina contenida en sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2006 y en sentencia del Tribunal Constitucional STC 9/2006. Según la recurrente la sentencia de instancia yerra al calificar de denigratoria y engañosa la conducta de la actora consistente en la remisión de cuatro comunicaciones en las que se ponía en duda la capacidad técnica, profesional y económica de determinadas empresas competidoras, pues ninguna de las referidas comunicaciones encaja en el tipo sancionador previsto legalmente.

2.- Infracción de los artículos 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, 25, 27 y 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, 53.2.b de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 24 y 25 de la Constitución, así como de la jurisprudencia aplicable (cita SsTS de 8 de marzo de 2002, 20 de abril de 2010, 28 de marzo de 2011, 8 de julio de 2011 y 15 de marzo de 2016). En este motivo, formulado con carácter subsidiario respecto del motivo anterior, la recurrente insiste en la indebida subsunción de la conducta por la sentencia en el tipo infractor recogido en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia sin haberse acreditado la concurrencia de los presupuestos fácticos del precepto.

3.- Infracción de los artículos 24.3 de la Constitución, 28 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, 61 de la Ley de Defensa de la Competencia y 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de la jurisprudencia aplicable (cita SsTS de 27 de enero de 2003, 26 de abril de 2005 y 22 de marzo de 2006). Según la recurrente, la sentencia recurrida vulnera la presunción de inocencia y el carácter personal de la responsabilidad en materia sancionadora, al invertir la carga de la prueba e imputar a la recurrente conductas realizadas por otras empresas sancionadas en el mismo expediente.

4.- Infracción del artículo 24 de la Constitución, por valoración arbitraria de la prueba, y de la jurisprudencia dictada en la materia (cita SsTS 9 de junio de 2014, 11 de febrero de 2004, 19 de marzo de 2001 y 20 de enero de 1997). Aduce la recurrente que la sentencia acoge de manera acrítica las consideraciones de la CNC atribuyendo a la recurrente una conducta que no se ajusta a la realidad en relación con las comunicaciones remitidas.

Termina el escrito solicitando que se case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, se estime el recurso contencioso-administrativo y se acuerde la anulación de la resolución sancionadora impugnada.

CUARTO.- Mediante providencia de la Sección Primera de esta Sala de 10 de enero de 2017 se acordó la admisión del recurso de casación, así como la remisión de las actuaciones a la Sección Tercera conforme a las reglas de reparto de asuntos.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sección Tercera, por diligencia de ordenación de 13 de enero de 2017 se dio traslado del escrito de interposición a la partes recurrida para que formalizase su oposición, lo que llevó a efecto la representación de la Administración del Estado presentó escrito con fecha 27 de enero de 2017 en el que el Abogado del Estado expone las razones de su oposición a los motivos de casación formulados y termina solicitando que se dicte sentencia que desestime el recurso de casación con imposición de costas a la recurrente.

SEXTO.- Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose finalmente al efecto el día 11 de septiembre de 2018, fecha en que tuvo lugar la deliberación y votación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación nº 2924/2016 lo interpone la representación de la entidad ZARDOYA OTIS, S.A. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2016 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 494/2013.



Como hemos visto en el antecedente primero, la sentencia ahora recurrida en casación estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la referida entidad contra la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 17 de septiembre de 2013 (expediente sancionador S/0410/12 Ascensores-2) en la que, entre otros pronunciamientos referidos a distintas empresas que también fueron sancionadas, se impone a Zardoya Otis, S.A. una sanción de multa por importe de 2.845.362 € como responsable de una infracción del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. La sentencia anula la resolución sancionadora pero únicamente en el aspecto relativo a la cuantía de la multa impuesta, que se deja sin efecto ordenando a la Comisión Nacional de la Competencia que fije de nuevo la cuantía de la sanción con arreglo a la doctrina en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013).

En el antecedente segundo han quedado enunciadas las cuestiones que fueron suscitadas en el proceso de instancia y abordadas en la sentencia. Procede entonces que pasemos a examinar los motivos de casación que ha formulado la entidad mercantil recurrente, cuyo contenido hemos resumido en el antecedente tercero.

SEGUNDO.- Examinaremos de manera conjunta los motivos de casación primero, segundo y cuarto dado que, aunque en cada uno de ellos se citan como infringidos preceptos diferentes, los tres motivos suscitan cuestiones estrechamente relacionadas y en buena medida no son sino formulaciones apenas diferenciadas que giran en torno a un mismo eje argumental.

Así, en el motivo primero la recurrente aduce que la sentencia de instancia yerra al calificar de denigratoria y engañosa la conducta de la actora consistente en la remisión de cuatro comunicaciones en las que se ponía en duda la capacidad técnica, profesional y económica de determinadas empresas competidoras, pues ninguna de las referidas comunicaciones encaja en el tipo sancionador previsto legalmente. En la misma línea argumental abunda el motivo segundo -formulado con carácter subsidiario respecto del motivo anterior-, insistiendo la recurrente en la indebida subsunción de la conducta por la sentencia en el tipo infractor recogido en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia sin haberse acreditado la concurrencia de los presupuestos fácticos del precepto. Y, en fin, en el motivo de casación cuarto la representación de Zardoya Otis, S.A. sostiene que la sentencia de instancia acoge de manera acrítica las consideraciones de la Comisión Nacional de la Competencia, atribuyendo a la recurrente una conducta que no se ajusta a la realidad en relación con las comunicaciones remitidas.

Y una vez constatado el solapamiento argumental de estos tres apartados del recurso, dejamos desde ahora señalado que los tres motivos de casación han de ser desestimados. Y ello por las razones que ahora pasamos a exponer.

Ante todo debe notarse que, como señala la sentencia recurrida (F.J. 5), la parte recurrente no discute los hechos considerados acreditados, esto es, el envío de comunicaciones a sus clientes ante la noticia de un cambio de proveedor de servicios de mantenimiento y reparación de sus ascensores.

Partiendo de este dato debemos señalar que, a diferencia de lo que hemos apreciado en nuestra sentencia dictada con fecha de hoy en el recurso de casación 3077/2016 (interpuesto por la entidad Schlinder contra otra sentencia de la Audiencia Nacional referida a la misma resolución sancionadora), en el caso que nos ocupa sí apreciamos en las comunicaciones remitidas por Zardoya Otis, S.A. un contenido denigratorio de los competidores que la sentencia recurrida deja oportunamente señalado.

Así, en el fundamento jurídico séptimo de la sentencia de instancia, que reproduce varios fragmentos de la resolución recurrida en los que se recoge el contenido de aquellas comunicaciones, la Sala de la Audiencia Nacional señala que "(...) 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". Por las demás, en relación con Citylift se utilizan las siguientes expresiones: "(...) 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 ...". Y también señala en comunicación dirigida a sus clientes 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".

Frente a lo que indican esas comunicaciones de Zardoya Otis, S.A., la sentencia recurrida explica que la información que allí se ofrece sobre la exclusividad en la prestación del servicio es 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. Y siendo ello así, señala la sentencia, arrojar la sombra de la duda sobre un competidor, dando a entender que utilizará piezas de recambio de menor fiabilidad y 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.

También señala la sentencia que, en relación con la competidora Citylift, la recurrente asegura en una de sus comunicaciones que dicha empresa carece de auditorías de calidad y del certificado ISO 9001, creando claras dudas acerca de su capacidad para llevar a cabo el mantenimiento de los ascensores, siendo así, explica la Sala de instancia, que Citylift presentó ante la Dirección de Investigación, el certificado ISO 9001 otorgado a la empresa en 2010, con validez hasta 2021, así como copia de las auditorías de calidad realizadas por TON/Rheinland los años 2011 y 2012. Por tanto, señala la sentencia recurrida, lo manifestado por la recurrente es "(...) 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...".

Así las cosas, compartimos y hacemos nuestra la conclusión a que llega la Sala de instancia (FJ 7 de la sentencia) de 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" (FJ 7).

Por todo ello entendemos que, frente a lo que se afirma en los tres motivos de casación que estamos examinando, la conducta descrita en la resolución sancionadora y en la sentencia que la ratifica resulta incardinable en la descripción del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que, como es sabido, se refiere al *falseamiento de la libre competencia por actos desleales*, calificando el precepto como conductas prohibidas "*...los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público*".

Ahora bien, en el apartado siguiente haremos algunas consideraciones referidas a la concurrencia en este caso del elemento señalado en el inciso final del precepto, esto es, la afectación al interés público.

TERCERO.- La génesis del precepto contenido en el citado artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, y su antecedente inmediato, el artículo 7 de la Ley 16/1989, ha sido expuesta por esta Sala en diferentes ocasiones. Sirvan de muestra las consideraciones que expusimos en sentencias de 20 de junio de 2006 (casación 9174/2003, F.J. 10º) y 20 de abril de 2010 (casación 3337/2007, F.J. 6º).

De esta última resolución - sentencia de 20 de abril de 2010, F.J. 6º- interesa reproducir aquí el siguiente fragmento:

<< (...) Como ya manifestamos en nuestra sentencia de 20 de junio de 2006, no hay base jurídica para sostener que cualquier acto de competencia desleal cometido por un operador con posición de dominio en el mercado constituya por sí mismo, al margen de sus perfiles singulares y sea cual sea su alcance real en la práctica, una "explotación abusiva" de dicha posición de dominio. Ni el artículo 6 de la Ley 16/1989, no obstante, su formulación abierta, ni el artículo 7 del mismo texto legal auspician esta interpretación. Y menos razón aún hay para entender que la interpretación del artículo 7 de la Ley 16/1989 deba hacerse en términos tales que la aplicación del tipo sancionador quede reservada en exclusiva a las conductas desleales de los operadores económicos que no ostenten una posición de dominio.

Recordaremos a estos efectos lo que ya afirmamos en nuestra sentencia de 8 de marzo de 2002 y reiteramos en la de 20 de junio de 2006. Mediante el artículo 7 de la Ley 16/1989, y sobre la base de su antecedente inmediato, el artículo 3 de la derogada Ley 110 de 1963, de 20 de julio, de Represión de las Prácticas Restrictivas de la Competencia, el legislador español dispuso que conductas de las empresas hasta entonces consideradas meramente desleales pudieran, en lo sucesivo, ser tachadas de anticompetitivas según la Ley 16/1989 y castigadas por vía administrativa como tales.

Con esta importante ampliación del ámbito objetivo de las conductas incluidas en la Ley 16/1989 por virtud de su artículo 7, comportamientos de deslealtad mercantil que, en principio, sólo afectan a las empresas, cuya respuesta jurídica se deja a la iniciativa de éstas (mediante el ejercicio de las oportunas acciones civiles) y se traduce en el resarcimiento de los daños y perjuicios privados ocasionados, adquieren un nuevo carácter, ya público, que permite su represión independiente a cargo de la autoridad administrativa encargada de velar por la defensa de la competencia.



La ampliación de conductas perseguibles a título de la Ley 16/1989 se inspira en el hecho de que determinados comportamientos desleales de unos empresarios respecto de otros desbordan sus efectos perjudiciales meramente privados e inciden de lleno, y de modo desfavorable, en los intereses colectivos que la Administración Pública ha de tutelar. Designio que estaba presente desde el momento mismo de la aprobación de la Ley 16/1989, esto es, incluso con anterioridad a la publicación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, cuyo articulado, ya decididamente, presupone que la protección de unos empresarios frente a las conductas desleales de otros trasciende el interés meramente privado de éstos y deriva también del "interés colectivo de los consumidores y el propio interés público del Estado" (Exposición de Motivos de la Ley 3/1991).

Lo que antes era mero conflicto intersubjetivo entre empresarios adquiere, pues, tanto por virtud del artículo 7 de la Ley 6/1989 como, a fortiori, por la propia Ley 3/1991 (y en este mismo sentido, por la más reciente Ley 29/2009, de reforma de la de Competencia Desleal, ley inaplicable al caso de autos por obvias razones temporales) una dimensión pública relevante. La tutela de los intereses públicos en juego legitima, según el legislador español, la eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia para reprimir conductas desleales de los empresarios que, además de serlo, afecten a aquellos intereses públicos por falsear de manera sensible la competencia en el mercado.

Las exigencias de seguridad jurídica en la interpretación de normas cuya vulneración lleva aparejada sanciones administrativas (principio de certeza en la configuración de los tipos) nos conducen a adoptar un criterio de apreciación más restrictivo del que pudiera deducirse, a primera vista, de la mera lectura del precepto: partimos, por tanto, de que la expresión "actos de competencia desleal" utilizada por el artículo 7 de la Ley 16/1989 no tiene una significación autónoma, sino que remite a las conductas empresariales específicamente catalogadas como desleales en las leyes correspondientes. Tras la aprobación de la Ley 3/1991, dichas conductas eran las plasmadas en la "generosa" cláusula general de su artículo 5 y en los artículos 6 a 17.

Inevitablemente la catalogación normativa de tales conductas, a efectos meramente civiles y mercantiles, ha de incorporar tipos abiertos, esto es, cláusulas generales, dada "la cambiante fenomenología de la competencia desleal", por emplear de nuevo los términos de la Exposición de Motivos de la Ley 3/1991. Así, por ejemplo, el artículo 5 de ésta reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe y el artículo 15.2 considera desleal la "simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial".

Ahora bien, la imputación administrativa a título del artículo 7 de la Ley 16/1989 sólo alcanzaba a aquellas modalidades de ilícitos desleales que se vieran cualificadas por la presencia conjunta de dos elementos normativos adicionales, esto es, la distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado y la afectación del interés público. El tipo específico (lex specialis) del artículo 7 de la Ley 16/1989 era tajante en este sentido. Ulteriormente el nuevo artículo 3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, vendría a sustituirlo por otro cuyo contenido permite a las autoridades administrativas castigar "los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público", nueva redacción que resulta inaplicable, también por motivos temporales, a los hechos de autos y que no es sino vuelta, en lo sustancial, a la vigente antes de la reforma de 1999.

La reforma de la Ley 16/1989 que llevó a cabo la Ley 52/1999 trató de deslindar "claramente" el ámbito de la actuación de los órganos de competencia en relación con el artículo 7 de la Ley 16/1989: debían dichos órganos "limitarse [sic] a aquellos actos desleales que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado con grave afectación del interés público, dejando a los tribunales ordinarios el conocimiento y enjuiciamiento de conductas desleales de otro tipo".

A partir de estas premisas, no consideramos acertada la tesis de que cualquier acto de competencia desleal en que incurra una empresa con posición de dominio signifique eo ipso, de modo automático, la "explotación abusiva" de esa misma posición. Admitir dicha tesis sólo sería posible desde una lectura del precepto correspondiente (artículo 6) que deja en la total indeterminación su contenido. Por lo demás, significaría, entre otros resultados paradójicos, tanto como sujetar al control y represión de la Ley 16/1989 conductas aisladas u ocasionales de cualquier empresa con posición de dominio que hubiera procedido, por ejemplo, a la "contratación de extranjeros sin autorización para trabajar" (ilícito desleal a tenor del artículo 15.3 de la Ley 3/1991) o a la "adquisición de secretos por medio de espionaje" (conducta asimismo desleal a tenor del artículo 14.3 de la Ley 3/1991), aun cuando tales actuaciones no hubieran ocasionado distorsión alguna de las condiciones de mercado.

No era este el designio del legislador al tipificar, tras la reforma de 1999, los hechos susceptibles de represión administrativa en el artículo 7 de la Ley 16/1989, tipificación que, insistimos, sólo se producía cuando los ilícitos de deslealtad quedaran cualificados por la distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado y la afectación del interés público>>.



La secuencia normativa descrita en las sentencias de 20 de junio de 2006 (casación 9174/2003) y 20 de abril de 2010 (casación 3337/2007), que acabamos de reseñar, se completa luego en nuestra sentencia de 3 de febrero de 2017 (casación 779/2014). De ésta última resolución (F.J. 7º) interesa reproducir aquí los siguientes párrafos:

<< (...) SÉPTIMO.- También en relación con el requisito de tipicidad de la conducta imputada, el motivo cuarto del recurso de casación invoca la infracción por la sentencia impugnada del artículo 3 de la LDC , así como de las sentencias de esta Sala que cita, en lo que se refiere a la apreciación del requisito de que la conducta desleal falsee la competencia y afecte al interés público, porque parte de la premisa radicalmente incorrecta de que es suficiente para cumplir dicho requisito del tipo infractor la "aptitud" del acto desleal para falsear la competencia y afectar al interés público, cuando de acuerdo con la jurisprudencia invocada, para que un acto de competencia desleal sea sancionado con arreglo a la LDC, no es suficiente con esa potencialidad restrictiva en la que la sentencia impugnada detiene su análisis, confundiendo los requisitos que exige la aplicación del artículo 3 LDC con los que han de existir en los supuestos de abuso de posición de dominio del artículo 2 LDC , para cuya sanción si es suficiente la aptitud de la conducta para restringir la competencia.

Las sentencias que cita la parte recurrente, de fechas de 20 de junio de 2006 (recurso 9174/2003) y 20 de abril de 2010 , esta última ya referenciada, expresan el criterio jurisprudencial de esta Sala en relación con la sanción administrativa de los actos de competencia desleal, que limita la imputación administrativa a título del artículo 7 de la Ley 16/1989 (hoy artículo 3 de la Ley 15/2007), "a aquellas modalidades de ilícitos desleales que se vieran cualificadas por la presencia conjunta de dos elementos normativos adicionales, esto es, la distorsión grave de las condiciones de competencia en el mercado y la afectación del interés público".

Esta delimitación entre ilícitos mercantiles y administrativos se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley 52/1999, de reforma de la Ley 16/1989, que por razón de la publicación con posterioridad a la LDC de 1989 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, estimó conveniente aclarar que "la actuación de los órganos de competencia en relación con el artículo 7 de la Ley 16/1989 debe limitarse a aquellos actos desleales que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado con grave afectación del interés público, dejando a los tribunales ordinarios el conocimiento y enjuiciamiento de conductas desleales de otro tipo".

Cabe precisar, no obstante, que la descripción de la conducta infractora en la LDC ha experimentado sucesivas modificaciones, pues el artículo 7 de la Ley 16/1989, en su primera versión, sancionaba los actos de competencia desleal que "por falsear de manera sensible la competencia", en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público, posteriormente, en la redacción dada por la reforma llevada a cabo por la Ley 52/1999, que acabamos de citar, el tipo infractor exigía que el acto de competencia desleal "distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado", igualmente con afectación al interés público, y el artículo 3 de la Ley 15/2007 , que es la norma aplicable en el presente caso, tipifica como conducta prohibida los actos de competencia desleal "que por falsear la libre competencia afecten al interés público".

En el presente caso, no es necesario entrar en el debate que propone la parte recurrente sobre si la conducta infractora del artículo 3 LDC incluye además de los actos desleales que falseen la competencia, aquellos otros con aptitud para ello, pues lo cierto es que de los razonamiento de la sentencia recurrida, recogidos en los FD 7º y 8º, dedicados a examinar la concurrencia de los requisitos de falseamiento de la competencia y afectación del interés público, resulta con toda claridad que la Sala de instancia apreció que la conducta enjuiciada de las sociedades recurrentes no solamente reunía la aptitud, sino que falseó de forma real y efectiva la libre competencia con afectación del interés público...

[...]

Pone de manifiesto por tanto la sentencia recurrida que las sociedades recurrentes, con el traspaso de contratos de 268.001 clientes en las condiciones expresadas dentro de su propio grupo empresarial, evitaron que un número importante de clientes saliera al mercado, y redujeron de esta manera sensiblemente el mercado que razonablemente podrían captar otros comercializadores, en situación de desventaja respecto de dichos clientes, con aumento de su cuota de fidelización, lo que supone un reforzamiento de la barrera de entrada, por lo que compartimos la conclusión a que llega la sentencia impugnada de que dicha conducta alteró o falseó sensiblemente la competencia en el mercado de suministro de electricidad afectado por la conducta descrita.

También aprecia la sentencia impugnada la afectación al interés público que caracteriza el falseamiento de la libre competencia en la descripción de la infracción del artículo 3 LDC , que concurre al actuar el acto desleal sobre el mercado de suministro eléctrico, "de gran relevancia para el consumidor, por tratarse de un servicio de primera necesidad y de un input básico para las empresas", en el momento del tránsito del sistema tarifario al de precios de mercado, auspiciado por la reforma iniciada por la Ley 17/2007, estimando por ello que la conducta de las sociedades recurrentes atentó directamente contra ese proceso de liberalización, afectando gravemente a la estructura competitiva del mercado.



Por tanto, no puede negarse que la conducta descrita de las sociedades recurrentes afectó el interés público, concretado en este caso en el objetivo perseguido por el proceso legislativo de liberalización del sector eléctrico, de mejora de las condiciones de competencia y funcionamiento eficaz de dicho mercado, que resultó obstaculizado en la forma que se ha indicado en la sentencia recurrida [...]»>>.

Vemos así que, según la jurisprudencia de esta Sala, no toda manifestación de competencia desleal será constitutiva de infracción sancionable por la CNMC pues para ello será necesario, como señala artículo 3 de la Ley 15/2007, que se trate de actos de competencia desleal " *que por falsear la libre competencia afecten al interés público*". Y ello sucederá cuando la propia entidad de la conducta o la circunstancias concurrentes en su realización -piénsese, por ejemplo, en la posición de dominio o significación relativa de la empresa que la lleva a cabo, la situación del mercado en el momento de los hechos, la virtualidad de la conducta enjuiciada para obstaculizar el acceso o la permanencia de competidores en el mercado, u otras circunstancias o factores semejantes- permitan afirmar la existencia de un falseamiento de la competencia con afectación del interés público. Pues bien, debemos afirmar que esta exigencia del tipo infractor se cumple en el caso que nos ocupa.

En efecto, la sentencia aquí recurrida y la resolución sancionadora que en ella se confirma no se limitan a constatar la existencia de una conducta desleal sino que afirman con claridad la concurrencia de un falseamiento la libre competencia que afecta al interés público y explican las razones de esta conclusión.

Así, en el F.J. 8 de la sentencia recurrida la Sala de instancia señala, haciendo referencia al Informe de la Comisión Nacional de la Competencia publicado en 2011 sobre el funcionamiento del mercado del mantenimiento de los ascensores en España, la relevancia económica que tiene dicho mercado, especialmente en un contexto de crisis económica en el que existe una tendencia a la baja en la contratación de nuevos ascensores. Y también se destaca en ese mismo fundamento jurídico la posición de privilegio del fabricante, cuya actuación es determinante de la exclusión de la competencia en el mercado del mantenimiento y reparaciones mediante la intervención en dicho mercado de sus empresas verticalmente integradas, creando con ello unas barreras de entrada que dificultan en alto grado la competencia en ese mercado secundario.

Tales apreciaciones, basadas en los elementos fácticos y probatorios disponibles, son los que llevan a la Sala sentenciadora a afirmar la existencia de una vulneración del interés público, sin que esta conclusión haya sido desvirtuada en casación.

CUARTO.- Queda por examinar el motivo de casación tercero, en el que se alega la infracción de los artículos 24.3 de la Constitución, 28 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, 61 de la Ley de Defensa de la Competencia y 386.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de la jurisprudencia aplicable (cita SsTS de 27 de enero de 2003, 26 de abril de 2005 y 22 de marzo de 2006). Como vimos, en este motivo de casación la recurrente sostiene que la sentencia recurrida vulnera la presunción de inocencia y el carácter personal de la responsabilidad en materia sancionadora, al invertir la carga de la prueba e imputar a la recurrente conductas realizadas por otras empresas sancionadas en el mismo expediente.

Ante todo, difícilmente cabe afirmar que la Sala de instancia haya invertido la carga de la prueba cuando, como hemos visto, el F.J. 5 de la sentencia recurrida deja señalado que la parte actora no discutía los hechos considerados acreditados, esto es, el envío de comunicaciones a sus clientes ante la noticia de un cambio de proveedor de servicios de mantenimiento y reparación de sus ascensores, versando entonces la controversia no sobre la existencia de aquellas comunicaciones -que no se cuestionaba- sino sobre si su contenido resulta no incardinable en la descripción de la conducta prohibida del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Siendo ese el núcleo del debate, tampoco es cierto que la sentencia de instancia haya vulnerado la presunción de inocencia ni que haya incurrido en inversión de la carga de la prueba a base de imputar a la recurrente conductas realizadas por otras empresas sancionadas en el mismo expediente. El reproche sancionador que la resolución de la Comisión dirige contra la recurrente -y que la sentencia de instancia confirma- viene motivado por las comunicaciones que Zardoya Otis, S.A. dirigió a sus clientes y en las que ponía en duda la capacidad técnica, profesional y económica de determinadas empresas competidoras. En este sentido, en el apartado 4 de la resolución sancionadora (*hechos acreditados*) aparecen debidamente diferenciadas las actuaciones realizadas por la aquí recurrente Zardoya Otis, S.A. (apartado 4.1 de la resolución) de aquellas actuaciones llevadas a cabo por otras empresas que también fueron sancionadas -Schindler, S.A (apartado 4.2), Ascensores Eninter, S.L. (4.3) y Ascensores Imem, S.L. (4.4)- y diferenciadas también de las actuaciones de la empresa Industrial de Elevación, S.A. (apartado 4.5 de la resolución), a la que finalmente no se impuso sanción alguna por no haber resultado acreditado que incurriese en infracción.

Por tanto, las diversas empresas que resultaron sancionadas -por cierto, en cuantías muy diferentes- lo fueron en atención a las actuaciones que cada una de ellas había realizado. Y si la sentencia aquí recurrida menciona en algún momento la conducta de esas otras empresas, lo hace de manera incidental y porque todas ellas



fueron objeto de un mismo expediente administrativo; lo que en modo alguno significa que se haya vulnerado el carácter personal de la responsabilidad en materia sancionadora ni que se hayan imputado a la recurrente conductas realizadas por aquellas otras empresas sancionadas en el mismo expediente.

QUINTO.- Por las razones expuestas en los apartados anteriores procede que declaremos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Zardoya Otis, S.A., lo que comporta que deben imponerse las costas derivadas del recurso de casación a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .

Ahora bien, como permite el apartado 3 del mismo artículo 139, atendiendo a la índole del asunto y a la actividad desplegada por la parte recurrida -Administración del Estado- al oponerse al recurso de casación, procede limitar la cuantía de la condena en costas a la cifra de cuatro mil euros (4.000 €) por todos los conceptos.

Vistos los preceptos y jurisprudencia citados, así como los artículos 86 a 95 de la Ley de esta Jurisdicción .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

No ha lugar al recurso de casación nº 2924/2016 interpuesto en representación de la entidad ZARDOYA OTIS, S.A. contra la sentencia de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de julio de 2016 (recurso contencioso-administrativo nº 494/2013), con imposición de las costas del recurso de casación a la parte recurrente en los términos señalados en el fundamento jurídico cuarto.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat Eduardo Calvo Rojas

Diego Cordoba Castroverde Maria Isabel Perello Domenech

Angel Ramon Arozamena Laso Fernando Roman Garcia

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que certifico