



Roj: **STS 3332/2018** - ECLI:
ES:TS:2018:3332

Id Cendoj: **28079130032018100358**

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

Sección: **3**

Fecha: **28/09/2018**

Nº de Recurso: **3077/2016**

Nº de Resolución: **1435/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 3213/2016,**
STS 3332/2018

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1.435/2018

Fecha de sentencia: 28/09/2018

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3077/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/09/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

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

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

Transcrito por:

AVJ Nota:

RECURSO CASACION núm.: 3077/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 1435/2018

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 28 de septiembre de 2018.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 3077/2016, interpuesto por la procuradora de los tribunales doña María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de SCHINDLER, S.A., bajo la dirección letrada de don Iñigo Igartua Arregui y don Eduardo Gómez de la Cruz, contra la sentencia de 21 de julio de 2016, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso administrativo número 511/2013, contra la resolución dictada en fecha 17 de septiembre de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador n° S/410/12.

Ha intervenido como parte recurrida el Abogado del Estado, en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Cordoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El representante legal de Schindler SA interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2016 (rec. 511/2013) por la que se estimó parcialmente el recurso interpuesto por dicha compañía contra la resolución de fecha 17 de septiembre de 2013, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador n° S/410/12.

La parte dispositiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

«FALLAMOS.-

«Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo n° 511/2013, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. Maria José Bueno Ramírez, en nombre y en representación de la mercantil "SCHINDLER S.A.", contra la Resolución dictada en fecha 17 de septiembre de 2013 por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador n° S/410/12, resolución que agota la vía administrativa y, en consecuencia, se anula 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 a 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 sexto de esta sentencia. No se hace un pronunciamiento especial sobre las costas procesales causadas en esta instancia.».

La sentencia anula la resolución impugnada por considerarla 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 a 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 sexto de esta sentencia. El recurso se funda en los siguientes motivos de casación:

1º El primer motivo, planteado por el cauce del art. 88.1.c) de la LJ, considera que la sentencia incurre en una motivación defectuosa e incongruencia omisiva al no pronunciarse sobre una cuestión sustancial del litigio, con vulneración de los



artículos 33 y 67 de la LJCA , así como de los artículos 209.4 , 216 y 218 de la ley de enjuiciamiento civil y, en último término, del artículo 24.1 de la constitución .

Todo ello en relación con la ausencia de la calificación jurídica en el Pliego de concreción de hechos del contenido de una de las comunicaciones realizadas por Schindler (el fax de 7 de octubre de 2001).

Argumenta al respecto que en su demanda de instancia (Fundamento de Derecho Primero del escrito de demanda), argumentó la grave vulneración de su derecho de defensa debido a que la Dirección de Investigación (" DI ") de la CNMC en el Pliego de Concreción de Hechos (" PCH ") justificó su reproche al contenido del fax enviado por SCHINDLER el 7 de octubre de 2011 tomando como base una frase de dicha comunicación que en realidad no existía en la misma. Así en el párrafo 86 del PCH señalaba lo siguiente con referencia a una frase que no existe en el mencionado fax: «SCHINDLER, por su parte, asegura en el fax de 7 de octubre de 2011 que sólo ellos mismos pueden prestar el mejor servicio con garantía de "seguridad, calidad, rapidez, funcionamiento y disponibilidad inmediata de piezas y repuestos originales". De similar manera se manifiesta IMEM, en su carta de 17 de marzo de 2011, (...)».

Es la Propuesta de Resolución ("PR") cuando, a la vista de las alegaciones realizadas por SCHINDLER al respecto, la DI decide incluir su reproche sobre otras fases que sí existen en el fax, estableciendo así por primera vez las razones por las que la DI consideraba que otras frases que sí existían en dicho fax eran reprochables. Así la propuesta comienza por reconocer que la frase entrecomillada no pertenecía al fax sino a una carta anterior que no podía tomarse en consideración por prescripción, pero añadía:

«En cuanto al contenido del mencionado fax, sí es reprochable, de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente. Las expresiones utilizadas, incluyendo la frase "dado que sólo podrá disponer de nuestros repuestos originales, en nuestro Departamento de Venta de Repuestos", son falsas e inexactas y tienen por objeto confundir al consumidor, haciéndole creer que sólo SCHINDLER es capaz de obtener y utilizar, como empresa fabricante, dichos repuestos originales. La consideración de la causa del envío, como respuesta a una potencial baja y no de manera preventiva, no anula el contenido de la misiva, dado que el objetivo sigue siendo entorpecer la competencia efectiva en el mercado».

Por ello entiende que la resolución de la CNMC se dictó prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido en el artículo 50 de la LDC que establece el derecho a la doble alegación de los interesados en los procedimientos sancionadores en materia de competencia, aunque SCHINDLER explicó el contenido de esas dos frases en sus alegaciones al PCH, se vio obligado a hacerlo "a ciegas" y no pudo defenderse de las concretas acusaciones que pudiera tener la DI respecto de las mismas. Conforme al artículo 50 de la LDC , SCHINDLER tiene derecho a formular alegaciones y proponer pruebas sobre las acusaciones formuladas por la DI, tanto en la respuesta al PCH como a la PR.

2º El segundo motivo, formulado también al amparo del art. 88.1.c) de la LJ , alega así mismo motivación defectuosa e incongruencia omisiva, con vulneración de los artículos 33 y 67 de la LJCA , así como de los artículos 209.4 , 216 y 218 de la ley de enjuiciamiento civil y, en último término, del artículo 24.1 de la constitución . Todo ello, en relación con la indebida agravación del tipo sancionador impuesto a mi mandante (doblando el tipo sancionador por el uso de cartas modelo) y con la incorrecta valoración del alcance de la supuesta infracción (por una valoración excesiva del mercado de producto y geográfico afectado así como de la duración de la supuesta infracción).



La sentencia no se pronuncia sobre diferentes vulneraciones del principio de proporcionalidad contenidas en el fundamento de derecho cuarto de la demanda y que condicionan la sanción a imponer ante la necesidad de proceder a un nuevo cálculo de la multa impuesta. La Sentencia, si bien se pronuncia someramente sobre la aplicación de atenuantes y sobre la cuantificación de la multa y su adecuación al principio de proporcionalidad, no responde en ningún momento a las alegaciones sobre los siguientes extremos:

a) la resolución duplica el tipo sancionador que impone a SCHINDLER en relación con el resto de empresassancionadas sobre la base de que mi mandante usaba siempre modelos preestablecidos de cartas para enviar a los clientes. La CNMC toma como agravante dicha circunstancia, que, como ahora veremos, (i) no es cierta, (ii) no sería aplicable solo a SCHINDLER, y (iii) forma parte del supuesto de hecho de la conducta y no constituye un elemento agravante.

La Resolución duplica injustificadamente el tipo sancionador al imponer a mi mandante la sanción, que pasa del 1% (usado para sancionar a las otras entidades también condenadas por la Resolución) al 2% (que aplica solo a SCHINDLER). Esta agravación se hace sobre la base de que SCHINDLER «tenía modelos preestablecidos por la propia Compañía, que remitía siempre ante determinados supuestos, como por ejemplo cuando un cliente le comunicaba que había decidido pasar a otra empresa» . Esta premisa es doblemente falsa porque ni Schindler enviaba siempre esas comunicaciones ni es la única entidad sancionada que usaba modelos preestablecidos. Por lo tanto, doblar el tipo sancionador a SCHINDLER, supone la vulneración del artículo 64 de la LDC así como la infracción del principio de proporcionalidad en la graduación de las sanciones y el derecho fundamental a la igualdad reconocido por el artículo 14 de la Constitución .

Además, el hecho de que SCHINDLER tuviese modelos preestablecidos de cartas, o incluso en el supuesto de que se enviaran siempre a clientes que decidían cambiar de prestador de servicios (lo que ni siquiera ocurrió) no justifica la aplicación de una circunstancia agravante porque la posesión de tales modelos y su envío estarían claramente subsumidos en el supuesto de hecho de la supuesta conducta ilícita.

b) la CNMC determina incorrectamente el alcance de la supuesta infracción al llevar a cabo una incorrectadeterminación del mercado relevante en el que se enmarca la conducta objeto del presente recurso así como de la duración de dicha conducta.

En la instancia argumentó que la sanción que la resolución le impuso debía haber tomado como base el volumen de ventas obtenidas en los mercados de producto y geográfico donde la supuesta infracción hubiera producido o fuera susceptible de producir efectos. Por lo tanto, la sanción únicamente podría calcularse sobre la base del volumen de negocio de dicha empresa en el mercado de mantenimiento y reparación de ascensores en las provincias de Valencia y Ourense, por ser este el mercado en el que la supuesta infracción podría haber tenido efectos por situarse los dos clientes que recibieron las comunicaciones de SCHINDLER en ambas provincias (o incluso solo en una de ellas si, como propugnamos, el fax de 7 de octubre de 2011 no hubiera podido tenerse en cuenta por la Resolución al no haberse formulado en el PCH acusación concreta sobre el contenido de dicho fax) . La propia Resolución reconoce (apartado 39) que el mercado geográfico relevante tiene ámbito provincial y la CNMC no ha acreditado en la Resolución que de la presunta infracción se pudieran producir efectos más allá de las concretas provincias en las que se encuentran los clientes a los que se enviaron las comunicaciones.

También adujo que la CNMC fijó de manera incorrecta la sanción al basarse para su cálculo no solo en el mercado de mantenimiento de ascensores, sino también en la actividad de reparaciones (intervenciones). La CNMC no justifica en ningún momento



por qué entiende que el mercado afectado además de mantenimiento incluye reparaciones. En consecuencia, el mercado que debió tenerse en cuenta en la Resolución para determinar la cifra de negocios y, fijar posteriormente la sanción, es únicamente el mercado de mantenimiento.

Y finalmente porque no se pronunció sobre la alegación referida a que la multa, de forma incorrecta, se había determinado en base a un plazo de duración superior al que resulta de la propia resolución, pues la duración de la supuesta conducta ilícita no sería de 6 meses, tal y como establece la CNMC, sino de dos días, que es cuando los potenciales efectos de la conducta habrían podido tener lugar: los dos días en que cada uno de los clientes a los que se les envía la comunicación valora. Y aunque se siguiera la tesis de la CNMC que establece que la duración de la supuesta infracción se corresponde con el intervalo de tiempo entre el envío de la primera comunicación y la segunda, el plazo de duración de la supuesta infracción sería de 5 meses y 6 días.

La Sentencia, en el Fundamento de Derecho Sexto, establece que la sanción es desproporcionada por haberse fijado conforme a la Comunicación de Sanciones de 2009 de la Comisión Nacional de la Competencia y, en consecuencia ordena a la CNMC su recalcular con respecto a los criterios establecidos en la sentencia del Tribunal de Supremo de 29 de enero de 2015 , pero no ofrece pronunciamiento alguno sobre estas infracciones, incurriendo en incongruencia omisiva, pues no limita el importe máximo de una hipotética nueva sanción en la cuantía que resulte procedente en atención a los criterios expuestos.

3º El tercer motivo, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , invoca la infracción del artículo 24.2 de la Constitución en relación con el artículo 50 de la Ley de Defensa de la Competencia y de la jurisprudencia que lo interpreta. Y ello por cuanto la sentencia no anuló la resolución a pesar de que la valoración jurídica que realizó el PCH sobre el fax de 7 de octubre de 2011 únicamente se hacía respecto de una frase inexistente en dicho fax. Motivo que la parte considera debe ponerse en relación con el primer motivo de casación y lo en él alegado. La CNMC, al no incluir entre los hechos objeto de acusación en el PCH ninguna motivación de la supuesta deslealtad del contenido del fax de 7 de octubre de 2011 (sólo razonó la supuesta deslealtad en relación con una frase que en realidad no existía en dicho fax), no permitió que SCHINDLER realizase alegaciones y pudiese defenderse de la imputación relativa a la deslealtad del verdadero contenido de dicho fax que luego hizo en la PR.

La Sentencia vulnera el artículo 24.2 de la Constitución relativo al derecho a la tutela judicial efectiva. Como hemos explicado, al no poder realizar alegaciones a la acusación concreta sobre el contenido del citado fax incluida en el PCH, se vulnera el derecho a un procedimiento con todas las garantías.

4º El cuarto motivo, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , denuncia la infracción del artículo 64 de la LDC y del principio de proporcionalidad en la graduación de las sanciones al no declarar expresamente la sentencia la improcedencia de imponer a Schindler una sanción más grave (el doble) que a las demás entidades sancionadas por la resolución (lo que a su vez infringe el artículo 14 de la constitución). Y al no declarar expresamente la sentencia la improcedencia de usar en el recalcular de la multa el excesivo alcance de la supuesta infracción que usó la resolución.

5º El quinto motivo, planteado al amparo del art. 88.1.d) de la LJ , por entender que la sentencia infringe el artículo 3 de la LDC en relación con el artículo 9 de la ley 3/1991, de 10 de enero , y la jurisprudencia concordante así como del principio de tipicidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución , al confirmar la existencia de infracción a pesar de que las comunicaciones en cuestión no pueden ser consideradas actos de competencia desleal.



La Sentencia considera que SCHINDLER ha cometido un acto de competencia desleal porque el envío de las cartas o comunicaciones mencionadas previamente a sus clientes constituye un acto denigratorio prohibido por el artículo 9 de la LCD . Sin embargo, a su juicio, no concurren los requisitos exigidos ni por la ley ni por la jurisprudencia para que el contenido de esas comunicaciones pueda constituir una infracción de dicho artículo 9 y consecuentemente, tampoco del artículo 3 de la LDC y, a su vez, una vulneración del principio de tipicidad y legalidad sancionadora consagrado en el artículo 25 de la Constitución .

El artículo 9 de la LCD y la jurisprudencia que lo interpreta exigen que para que exista un acto denigratorio, las manifestaciones deben ser aptas para menoscabar el crédito del tercero en el mercado, a no ser que sean verdaderas, exactas y pertinentes. Toda manifestación que sea verdadera, exacta y pertinente, por lo tanto, no podrá reputarse desleal por denigratoria. Así, entre muchas otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 mayo de 2014 (rec. 1421/2012) y la Sentencia de 22 de marzo de 2007 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (rec. 1660/2000) .

Pues bien, las manifestaciones incluidas en las comunicaciones de SCHINDLER ni son falsas, ni inexactas o impertinentes y no son aptas para menoscabar el crédito de los competidores, por lo que no cabe entender, a diferencia de como hace la Sentencia, que sean desleales por denigratorias.

Por un lado, en cuanto a la manifestación de SCHINDLER que aparece en el fax de 7 de octubre de 2011 que ni siquiera debería ser objeto de la Resolución al no haber sido objeto de acusación concreta en el PCH como hemos señalado en los motivos primero y tercero anteriores- («Sólo Schindler puede garantizarle, como fabricante de su ascensor, que las piezas de repuesto son piezas originales» y «Esta garantía de fiabilidad y tiempo mínimo de entrega de repuestos, no se la podrá igualar otra empresa, dado que sólo podrá disponer de nuestros repuestos originales en nuestro Departamento de Venta de Repuestos»), ni es inexacta ni es falsa por cuanto que lo único que allí se afirma es totalmente verdadero ya que, puesto que SCHINDLER es la única empresa que fabrica piezas de repuesto originales para los ascensores SCHINDLER: (i) cuando una pieza de repuesto es un recambio original de SCHINDLER, esta entidad es la única que puede garantizarlo (lo que no impide que otros competidores en los servicios de mantenimiento utilicen piezas de recambio originales SCHINDLER y que este hecho sea certificado o garantizado por la propia SCHINDLER si así fuera requerida para ello); (ii) cualquier empresa que necesite un repuesto SCHINDLER habrá de obtenerlo, directa o indirectamente, en el Departamento de Venta de repuestos de mi representada dado que SCHINDLER, como fabricante que es, es la primera fuente de suministro de los repuestos SCHINDLER; y (iii) a pesar de que la propia SCHINDLER también debe obtener el recambio en el Departamento de Venta, es evidente que los procedimientos internos implantados por esta empresa para obtener sus propios recambios sean, lógicamente, más eficientes, lo cual no quiere decir que los procedimientos de suministro a terceros sean ineficaces. En ningún caso se dice que SCHINDLER denegará o dificultará la entrega de sus piezas originales: al contrario, dice que la empresa fabricante (SCHINDLER) las suministrará a quien las pida.

Del mismo modo sucede con lo afirmado en el correo electrónico de 13 de marzo de 2012 mencionada en la Sentencia sobre:

«El sistema de maniobra que tenéis [...] es Microtamic sistema fabricado exclusivamente por Schindler y no por ninguna otra compañía, de ahí nuestro derecho a la propiedad Intelectual del producto. Este sistema de maniobra dispone de dos placas muy importantes [...]. Estas placas, como otros materiales, los originales y copias de los mismos solo los tiene Schindler por el derecho a la propiedad intelectual, cualquier copia de estas piezas tendrá que solicitarse a Schindler S.A., si no se solicitara a la empresa fabricante esta claro que los repuestos



serian conseguidos sin una garantía por parte del fabricante de origen y sin una garantía para el buen funcionamiento del aparato elevador [...]. Que formación tienen los técnicos de City Lift? [...] Tenemos un seguro de responsabilidad civil de 15 millones de euros, de cuanto es el de City Lift?».

No contiene ni una sola expresión que sea inexacta o falsa. En contradicción con lo establecido en la Sentencia, ni ofrece datos erróneos o falsos que excedan de ser una información objetiva y pertinente, ni advierte al cliente sobre posibles dificultades en la obtención de piezas originales, sino que, más bien, se limita a afirmar y explicar una situación objetiva y real -a saber, que SCHINDLER (i) cuenta con un seguro, (ii) tiene derechos de **propiedad industrial** sobre sus piezas originales (como es obvio) y (iii) responde del buen funcionamiento de sus piezas originales pero no responde del buen o mal funcionamiento de las piezas fabricadas por otros-. En ningún caso se dice que SCHINDLER denegará o dificultará la entrega de sus piezas originales: al contrario, dice que la empresa fabricante las suministrará a quien las pida.

Las afirmaciones de SCHINDLER en ambos textos son absolutamente pertinentes pues únicamente ofrecen a un cliente información objetiva y veraz sobre cuestiones de relevancia (la eficiencia logística de SCHINDLER en la gestión de repuestos originales) en relación con el servicio en cuestión. En contra de lo afirmado en la sentencia si la información es veraz es muy poco probable que tenga como finalidad el descrédito de los competidores y, por ende, no puede ser reputada como desleal por ser denigratoria.

El correo electrónico de 13 de marzo de 2012 tampoco contiene ninguna frase que sea inexacta o falsa, a diferencia de como establece la Sentencia. No puede llegar a entenderse que se merme el crédito del competidor al animar al usuario a que compruebe si dicho competidor reúne o no algunas características básicas para la prestación del servicio que pretende suministrar.

6º El sexto motivo, planteado al amparo del artículo 88.1.d) de la LJ, denuncia la infracción del artículo 3 LDC así como del principio de tipicidad consagrado en el artículo 25 de la Constitución, y el artículo 129 de la ley 30/1992 de 26 de noviembre, al confirmar la existencia de infracción a pesar de la no afectación del interés público por las conductas enjuiciadas.

La conducta de la que venimos hablando a lo largo del presente escrito no tiene aptitud, de acuerdo con lo exigido por la jurisprudencia y por lo establecido en la ley, de constituir un acto de competencia desleal con afectación al interés público, que se traduce en el mantenimiento de un sistema competitivo eficaz basado en la libertad de competencia.

La Sentencia fundamenta su decisión relativa a la afectación del interés público en las barreras de entrada al mercado de mantenimiento de ascensores creadas por la posición de privilegio de SCHINDLER como fabricante y por la relevancia económica de dicho mercado. Además, añade que la actuación en paralelo y al mismo tiempo de varias empresas del sector tiene trascendencia para vulnerar el interés público. Pero dicha interpretación es contraria a la jurisprudencia existente, como ahora veremos, vulnerando así la Sentencia el artículo 3 de la LDC.

Las manifestaciones de SCHINDLER incluidas en el correo electrónico enviado el 13 de marzo de 2012 únicamente se refieren a un competidor en concreto (Citylift), por lo que no podría hablarse de afectación del interés público al no superar dichas manifestaciones el ámbito del mero conflicto privado entre empresas. Además no puede darse tal afectación por una sola carta enviada a un cliente; tampoco cabría tal afectación ni siquiera considerando como desleales el número máximo de cartas que con el texto correspondiente al fax de 7 de octubre de 2011 (y que no debería haberse tenido en cuenta en la Resolución) habría enviado SCHINDLER en 2011.



El Tribunal Supremo también se ha pronunciado sobre este aspecto y en su Sentencia núm. 782/2003 de 27 de julio de 2003 afirmó, tal y como esta parte puso de manifiesto el interés público no se veía afectado cuando la conducta desleal se refería a relaciones entre particulares de naturaleza estrictamente privada.

Como ya ha quedado sobradamente explicado, tanto el número de cartas como el de clientes afectados es muy reducido, por lo que no cabría afirmar que el interés público se ha visto afectado. Los competidores no se han visto expulsados del mercado por las comunicaciones enviadas por SCHINDLER, sino que al contrario, el consumidor cada día tiene más alternativas a la hora de elegir la empresa mantenedora de su ascensor, ya que existen numerosas empresas de mantenimiento que operan en el mercado, como ya se destacó en la demanda.

7º El séptimo motivo, planteado al amparo del artículo 88.1.d) de la LJ, denuncia la infracción de los artículos 24.2 y 25.1 de la Constitución y artículos 130.1 y 137 de la Ley 30/1992 al confirmar la procedencia de la sanción a mi mandante sobre la base de una supuesta afectación al interés público que descansa en actuaciones realizadas por terceros (las demás entidades sancionadas en la misma resolución) vulnerándose por tanto los principios de presunción de inocencia y personalidad de la sanción. La Sentencia confirma la resolución de la CNMC al afirmar que el interés público se ve afectado, entre otros aspectos, debido a la actuación en paralelo de diferentes empresas del sector. Ello supone una vulneración del citado principio de responsabilidad en la medida en que SCHINDLER se ha limitado a enviar las citadas manifestaciones, sin tener el más mínimo conocimiento del comportamiento del resto de empresas, por lo que no puede éste ser responsable de una conducta que trasciende de su propio control.

SEGUNDO. El Abogado del Estado se opone al recurso.

Respecto al primer motivo afirma que si bien es cierto que la sentencia no contiene un pronunciamiento expreso sobre la alegada infracción procedimental, pero implícitamente la rechaza en cuanto: por una parte anula la resolución recurrida sólo en cuanto a la cuantificación de la sanción, luego conforma en lo demás el acuerdo objeto de recurso en instancia; por otra parte considera el hecho del fax y su contenido como hechos probados y admitidos por la recurrente, independientemente de la valoración de los hechos a efectos de tipificar la infracción sancionada.

La resolución administrativa se pronunció sobre esta alegación y la sentencia al referirse de forma expresa al fax y su contenido está desestimando cualquier infracción del procedimiento referido a este concreto elemento probatorio y su contenido. Por lo que respecta al segundo motivo, en el que se critica que la sentencia no se pronuncie acerca de la alegada falta de proporcionalidad en cuanto a la agravación apreciada por el acto originario y la supuesta incorrecta valoración del alcance de la infracción. Sin embargo la sentencia recurrida sí que contiene un pronunciamiento expreso y explícito en su fundamento sexto al anular la sanción por no respetar el principio de proporcionalidad en aplicación de los criterios contenidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (casación 2872/2013).

Por lo que respecta al tercer motivo, referido a la supuesta infracción del procedimiento sancionador contenido en el artículo 50 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), al no especificarse en el PCH los hechos imputados recogidos en el fax de 7 de octubre de 2011, aunque después sí se consideraron en la PR.

No se produjo infracción del procedimiento que pudiera causar indefensión. La razón de ser de las alegaciones al PCH es poder contradecir los hechos que allí puedan constar y suscitar un trámite probatorio en contra, pero en el PCH sí se hizo constar el contenido íntegro del fax de 7 de octubre de 2011 y no se requería



prueba alguna añadida: o se acepta o se desmiente el hecho de la existencia del fax, de su envío y de su contenido. Cuestiones que nunca ha suscitado la recurrente.

Respecto al cuarto motivo, por una supuesta infracción del principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción, al no haber declarado expresamente la sentencia la improcedencia del agravamiento de la sanción, afirma que es una reproducción del motivo segundo, pero lo hace ahora por la vía del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, lo que hace el motivo inadmisibile.

En todo caso, está reconocido por la recurrente en el procedimiento sancionador y la demanda el envío masivo de cartas con el mismo tenor que el del fax de 7 de octubre de 2011.

Respecto al quinto motivo, por supuesta infracción del artículo 3 LDC en relación al 9 de la Ley de Competencia Desleal, (LCD) 3/1991, de 10 de enero, al considerar que las comunicaciones enviadas por la recurrente no contienen manifestaciones falsas, ni inexactas, ni impertinentes, que no son aptas para menoscabar el crédito de los competidores, se remite a lo ya razonado en la sentencia.

Respecto al sexto motivo, en el que invoca la infracción del art. 3 LDC en cuanto la supuesta competencia desleal no afecta al interés público, argumenta que la jurisprudencia, por todas la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 28 de marzo de 2011 (recurso de casación nº 4595/08, en su 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 CNC realiza un estudio del mercado en el que se constata, en un contexto de crisis económica, que existe una tendencia a la baja en la contratación de nuevos ascensores y 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. No se opone al derecho de la recurrente a defender su lista de clientes y a dirigirles comunicaciones destacando sus servicios, pero ello, no le habilita para denigrar a sus competidores o difundir mensajes engañosos. Por otra parte, el dato de su importante cuota de mercado no permite desconocer su activa colaboración a la creación de importantes barreras de entrada para los competidores hostiles.

Por otra parte, y aunque la conducta de la recurrente se realiza de forma individual, como efectivamente procede hacerlo cuando se trata de una infracción del artículo 3 de la LDC, 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. La afección al interés público es una cuestión que requiere analizar el concreto efecto que sobre la competencia produce la conducta desleal que falsea la competencia, que es precisamente lo que realiza la sentencia recurrida: evitar la entrada en el mercado de empresas de mantenimiento de ascensores independientes o no integradas verticalmente en un grupo.

Por lo que respecta al séptimo motivo, por la pretendida infracción del principio de presunción de inocencia y personalidad de la sanción, la sentencia no infringe dicho principio pues afirma expresamente que la conducta de la recurrente se realiza de forma individual, aunque toma en consideración como hecho constatado que no puede obviarse que existe una actuación en paralelo y al mismo tiempo de



diferentes empresas del sector, lo cual tiene indudable trascendencia en la intensidad con la que el interés público resulta vulnerado.

La sentencia recurrida se limita a reseñar el paralelismo de las conductas que han sido tratadas unitariamente en el mismo procedimiento sancionador, pero tal tratamiento conjunto no es lo mismo que los hechos realizados por una entidad infractor se achaquen a la recurrente.

TERCERO. Se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 11 de septiembre de 2018, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . En el presente recurso de casación, interpuesto por el representante legal de Schindler SA interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2016 (rec. 511/2013).

La sentencia impugnada confirmó la existencia de la infracción del art. 3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia por la realización de actos de competencia desleal consistentes en el envío de comunicaciones a clientes con un contenido engañoso y/o denigratorio sobre la capacidad y competencia de las actividades de las empresas rivales en el mantenimiento de ascensores y suministro de piezas de recambio para eliminar a competidores del mercado.

SEGUNDO . Sobre la incongruencia omisiva.

En primer lugar reprocha a la sentencia de instancia su falta de respuesta a la alegada nulidad de pleno derecho del procedimiento, por haberse prescindido del doble trámite de audiencia previsto en el artículo 50 de la LDC , dado que en el Pliego de Concreción de Hechos ("PCH") tomó como base una frase de una comunicación que en realidad no pertenecía a la misma (al afirmar en el fax de 7 de octubre de 2011 que sólo ellos mismos pueden prestar el mejor servicio con garantía de «seguridad, calidad, rapidez, funcionamiento y disponibilidad inmediata de piezas y repuestos originales») y fue en la Propuesta de Resolución ("PR") cuando, se rectifica incluyendo las frases correctas, estableciendo así por primera vez las razones por las que la DI consideraba que su conducta era reprochable.

Es cierto que la sentencia de instancia no aborda de forma específica su alegación referida a la equivocación en la que incurrió el pliego de concreción de hechos al identificar las frases que se reprochaban de su conducta, privándole de ese primer trámite de alegaciones, sin que pueda entenderse que la misma recibió una respuesta implícita.

En conclusión, debemos apreciar que hubo en este caso una omisión o insuficiencia de la respuesta jurisdiccional a una alegación sustancial de su demanda. El defecto procesal determinará, pues, la casación de la sentencia recurrida y que este Tribunal deba dar respuesta de resolver lo que proceda en los términos en que se planteó el debate de la instancia.

A tal efecto, consideramos que el hecho de que el pliego de concreción de hechos incurriese en un error (incluyendo una frase que no se correspondía con el contenido del fax remitido el 7 de octubre de 2011), ciertamente supuso una irregularidad en la tramitación que le privó de un primer trámite de alegaciones, pero ello no puede conllevar la nulidad de pleno derecho del procedimiento administrativo pues dicha consecuencia está reservada para aquellos supuestos en los que se prescinda "total y absolutamente" del procedimiento establecido, sin que sea este el caso, pues, al margen de este error, el procedimiento se tramitó conforme a las previsiones legalmente establecidas.



De modo que la irregularidad habida solo podría conllevar la anulabilidad si fuese causante de indefensión material para los interesados, circunstancia que no concurre en el supuesto que nos ocupa pues en la propuesta de resolución ya se incluyeron las frases correctas que se le reprochaban y la parte recurrente tuvo la oportunidad de formular alegaciones sobre el reproche concreto que se le dirigía, por lo que la irregularidad o error cometido en el curso del procedimiento no tiene la trascendencia anulatoria pretendida.

TERCERO . Sobre si la conducta enjuiciada constituye un acto de competencia desleal.

El análisis de los restantes motivos de impugnación exige modificar el orden propuesto por el recurrente pues, antes de analizar los reproches que la parte dirige a la sanción impuesta o la incongruencia de la sentencia sobre dichos extremos, procede examinar si la conducta enjuiciada es o no constitutiva de infracción.

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 «los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público».

Corresponde analizar en primer lugar si efectivamente está acreditada la comisión por parte de la mercantil recurrente 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.

La resolución impugnada consideró que las entidades sancionadas, entre ellas la ahora recurrente, que actúan como operadores de mantenimiento de aparatos elevadores, enviaron comunicaciones a los clientes con un contenido engañoso y/o denigratorio sobre las actividades de sus rivales en el mantenimiento de ascensores y suministro de piezas de recambio y/o actos de inducción a la infracción contractual con la intención de eliminar a competidores de mercado.

El núcleo de la cuestión se centra en la eventual conducta anticompetitiva que pudieron desplegar los fabricantes de ascensores en el mercado de mantenimiento y reparación 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.

La conducta enjuiciada que se considera acreditada por el tribunal de instancia, por lo que se refiere a la entidad recurrente, aparece referida al envío de varias comunicaciones a clientes que, a juicio, de la CNC y del tribunal de instancia, ponen en duda la capacidad técnica, económica y profesional de las empresas competidoras.

Dichas comunicaciones se concretan en un fax remitido el 7 de octubre de 2011, a una comunidad de propietarios en el que se destacaba que solo ellos pueden prestar el mejor servicio al menor coste posible, con garantía de «seguridad, calidad, rapidez, funcionamiento y disponibilidad inmediata de piezas y repuestos originales» . «Solo Schindler puede garantizarle, como FABRICANTE de su ascensor, que las piezas de repuesto son recambios ORIGINALES. Esta garantía de fiabilidad y tiempo mínimo de entrega en repuestos, NO se la podrá igualar otra empresa, dado que solo podrá disponer de nuestros repuestos originales en nuestro Departamento de Venta de Repuestos» . Y el correo remitido el 13 de marzo de 2012 a una comunidad de propietarios en el que la empresa Schindler afirmaba:

«El sistema de maniobra que tenéis [...] es Microtamic sistema fabricado exclusivamente por Schindler y no por ninguna otra compañía, de ahí nuestro derecho a la propiedad Intelectual del producto. Este sistema de maniobra dispone de dos placas muy importantes [...]. Estas placas, como otros materiales, los originales



y copias de los mismos solo los tiene Schindler por el derecho a la propiedad intelectual, cualquier copia de estas piezas tendrá que solicitarse a Schindler S.A., si no se solicitara a la empresa fabricante esta claro que los repuestos serian conseguidos sin una garantía por parte del fabricante de origen y sin una garantía para el buen funcionamiento del aparato elevador [...]. Que formación tienen los técnicos de City Lift? [...] Tenemos un seguro de responsabilidad civil de 15 millones de euros, de cuanto es el de City Lift?» .

La sentencia de instancia considera que lo manifestado en dichas cartas es susceptible de calificarse como una conducta denigratoria que tiene por finalidad el descrédito de sus competidores en base a informaciones engañosas o susceptibles de inducir a error:

- Por lo que respecta a la misiva de 7 de octubre de 2011 afirma que, dada su condición de fabricante del ascensor, Schindler era la única que podía garantizar el carácter original de las piezas de recambio y hacerlo en un plazo inmejorable, sin que dicha garantía pudiera ser igualada por otras empresas. La infracción, en este caso, se produciría por cuanto se afirma que solo Schindler puede facilitar las piezas de recambio originales en un plazo inmejorable al ser la fabricante del ascensor, dado que la exclusividad en la prestación del servicio es una información errónea, pues está obligada a suministrar las piezas de recambio a las empresas de suministro de que lo soliciten y a hacerlo con inmediatez.

- Y en el correo electrónico de 13 de marzo de 2012 si bien reconoce la obligación legal de suministro de piezas a los competidores, sugiere que el sistema de maniobra Microtamic es un sistema fabricado exclusivamente por Schindler por lo que al amparo del derecho de propiedad intelectual es ella quien tiene la copia de las piezas de tal manera que da a entender que el mantenimiento otorgado por otros empresarios impide garantizar el buen funcionamiento del aparato elevador, arrojando dudas sobre la capacidad de los competidores que no son fabricantes a prestar correctamente el servicio de mantenimiento y en las condiciones competitivas que puedan procurar.

Este Tribunal ha señalado, entre otras en su sentencia de 20 de abril de 2010 (recurso 3337/2007), que la expresión de «actos de competencia desleal» utilizada por el artículo 3 de la vigente LDC , «no tiene una significación autónoma, sino que remite a las conductas empresariales específicamente catalogadas como desleales en las leyes correspondientes», hoy plasmadas en los artículos 5 a 17 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD). Norma esta última que en su artículo 9 considera desleal «la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes».

Pues bien, en el caso que nos ocupa y a tenor del texto de las misivas enviadas por esta empresa se considera que lo manifestado en ellas no puede considerarse ni falso ni inexacto, y tampoco tiene, a nuestro juicio, suficiente entidad para menoscabar el crédito de los competidores.

Cuando se afirma que «Sólo Schindler puede garantizarle, como fabricante de su ascensor, que las piezas de repuesto son piezas originales» y «Esta garantía de fiabilidad y tiempo mínimo de entrega de repuestos, no se la podrá igualar otra empresa, dado que sólo podrá disponer de nuestros repuestos originales en nuestro Departamento de Venta de Repuestos», tan solo se afirma una realidad y es que dicha empresa, en cuanto fabricante de los ascensores, garantiza que instala piezas originales sin que pueda extraerse la conclusión de que las demás empresas no lo hagan o no puedan obtener recambios originales acudiendo a su departamento de venta de repuestos. El hecho de que se afirme que, en cuanto fabricante ha implantado un procedimiento ágil para obtener los recambios originales y que, por



lo tanto, es más eficaz que sus competidores, tampoco puede considerarse un hecho falso ni denigratorio, pues ante la eventualidad de que los clientes puedan optar por otras empresas, es lícito que las empresas traten de retener su clientela y para ello expliquen a sus clientes sus fortalezas y las ventajas que supone utilizar sus servicios de mantenimiento y reparación de los ascensores de la misma empresa que lo fabricó.

Y por lo que respecta a lo afirmado en el correo electrónico de 13 de marzo de 2012, tampoco se aprecia que lo manifestado sea falso o denigratorio para los competidores. En dicha comunicación se explica que la comunidad de propietarios destinataria de la misiva, que al tener instalado un ascensor fabricado por la empresa Schindler el mecanismo que utiliza está patentado por dicha empresa, la cual ostenta la propiedad intelectual del producto y de las placas y materiales originales de repuesto. Así mismo, se añade que de instalarse piezas no originales no estaría cubierto por la garantía, lo cual también es exacto.

Es cierto que al final de dicha comunicación se introduce una duda sobre la garantía que la empresa competidora puede ofrecer en relación con la cobertura que ella misma ofrece, por lo que establece una cierta comparación con sus competidores, pero ello se produce en un intento de evitar la pérdida de clientes, sin que lo afirmado tenga la suficiente entidad para entender que con ello se desacredita al competidor pues, en definitiva, pretende transmitir su solvencia profesional así como de la cobertura y garantía que ofrece a sus clientes, basada en su dimensión empresarial, y no en circunstancias que desacrediten "per se" al competidor, por lo que no se considera que constituyan un acto desleal en el ejercicio de la concurrencia en el mercado.

Por ello, consideramos que las comunicaciones remitidas por la empresa recurrente no pueden considerarse constitutivas de una conducta que pueda catalogarse de competencia desleal. Ello determina la estimación de este motivo de casación, resultando innecesario entrar a analizar los restantes motivos planteados.

CUARTO . Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la estimación del recurso de casación sin que se aprecien circunstancias que justifiquen la condena en costas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 de la LJ .

F A L L O

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

PRIMERO.- Que debemos estimar y estimamos el recurso de casación interpuesto por la empresa Schindler SA contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de julio de 2016 (rec. 511/2013) que se casa y anula.

SEGUNDO.- Que debemos estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Schindler SA contra la resolución de fecha 17 de septiembre de 2013, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia en el expediente sancionador nº S/410/12, anulando la sanción impuesta a dicha empresa.

TERCERO.- No hacemos expresa condena sobre las costas de este recurso de casación ni sobre las devengadas en la instancia.

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

Así se acuerda y firma.

D. Eduardo Espin Templado 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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D.Diego Cordoba Castroverde** , estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

AVISO LEGAL

Para la realización de cualesquiera actos de reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales con finalidad comercial, debe ponerse en contacto con el Centro de Documentación Judicial -CENDOJ-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ