

## **RESOLUCIÓN DE CUMPLIMIENTO DE RESOLUCION**

**(Expte. VATC/0302/10, ORONA/OMEGA)**

### **Consejo:**

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente  
D. Julio Costas Comesaña, Consejero  
D<sup>a</sup>. María Jesús González López, Consejera  
D<sup>a</sup>. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera  
D. Luis Diez Martín, Consejero

En Madrid, a 4 de junio de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, con la composición expresada y siendo Ponente D. Julio Costas Comesaña, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente VATC/0302/107, cuyo objeto es la vigilancia de la Resolución de Terminación Convencional del Consejo de 22 de septiembre de 2011, recaída en el expediente sancionador S/0302/10, de conformidad con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Con fecha 2 de abril de 2013, la Dirección de Investigación remitió a este Consejo *Informe final de vigilancia de la terminación convencional de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 22 de septiembre de 2011*, en el que se recogen como Antecedentes los siguientes hechos:

*"1.- Con fecha 2 de julio de 2009 el Consejo de la CNC aprobó la operación de concentración C-0150/09 ORONA/OMEGA que consistía, fundamentalmente, en la transmisión a ORONA por parte de OMEGA de sus delegaciones territoriales en el País Vasco, Burgos y la Comunidad Autónoma de la Rioja dedicadas a la instalación y mantenimiento de aparatos elevadores, así como a tareas de comercialización a clientes finales.*

*El Consejo de la CNC, en su Resolución, acordó subordinar la aprobación de esta operación al cumplimiento de determinados compromisos y sometiendo a vigilancia de la Dirección de Investigación la observancia de dichos compromisos presentados y aceptados, cuya vulneración constituiría una infracción muy grave.*

*La operación de concentración se articulaba en torno al "**Convenio Marco relativo al Proceso de Creación de Sociedad, de Colaboración en Proyecto Empresarial, de Compra-Venta de Delegaciones y de Transmisión de Participaciones de Omega City Lifts Limited**" (Convenio Marco), firmado por las partes el 20 de febrero de 2009, y en cuyos anexos del 2 al 6, ambos inclusive, se incluían los contratos de transmisión de las delegaciones objeto de la*

concentración (situadas en Álava, Burgos, Guipúzcoa, La Rioja, Miranda de Ebro y Vizcaya).

Cada uno de esos contratos contenía una cláusula octava sobre pactos de no competencia y secreto, en la que se preveían, con igual contenido, salvo determinadas matizaciones territoriales, pactos de no competencia por un periodo de tres años, y de aplicación en cada de uno de los territorios afectados por la operación de concentración económica.

2.- Con fecha 11 de marzo de 2010 entró en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) escrito de la sociedad Omega Elevator SA en el que se solicitaba aclaración de la interpretación que se daba al concepto “comercialización”, así como el acceso a la versión confidencial de la Resolución del expediente C-0150/09 ORONA/OMEGA.

3.- Con fecha 26 de marzo de 2010, el Consejo de la CNC solicitó a OMEGA aclaración de los motivos por los que solicitaba confirmación de la interpretación del concepto “comercialización”, así como de su pretensión de tener acceso a la versión confidencial de la Resolución del expediente C-0150.

4.- Con fecha 31 de marzo de 2010, OMEGA señala los motivos que explican su solicitud:

i) facilitar la ejecución del “Convenio Marco” firmado con ORONA y evitar de esta manera diferencias de interpretación de las dos partes,

ii) saber con precisión el ámbito de actividad que se acoge bajo el concepto “comercialización”.

5.- Con fecha 7 de abril de 2010 el Consejo de la CNC acordó solicitar el parecer de ORONA sobre esta solicitud.

6.- Con fecha 16 de abril de 2010 entró en la CNC escrito de alegaciones de ORONA oponiéndose a la entrega de la versión confidencial de la Resolución por contener secretos de negocio y a que se interpretase el concepto “comercialización”. Igualmente señaló que “en fecha 14 de abril de 2010 ORONA y OMEGA han firmado una adenda modificativa del Convenio Marco en la que se precisa la interpretación que debe darse del contenido de los pactos de no competencia. De esta manera se pone fin a esta controversia surgida entre las partes”.

7.- Con fecha de 2 de junio de 2010, el Consejo resolvió denegar el acceso de la versión confidencial de la Resolución a OMEGA, precisó que los pactos de no competencia objeto de la autorización de la CNC no incluían compromisos sobre el mercado de fabricación y venta mayorista de ascensores, y dio traslado a la Dirección de Investigación de la firma del Adenda al Convenio Marco de 14 de abril de 2010 para su estudio, por si la misma pudiera suponer una posible infracción del artículo 1 de la LDC.

8.- Con fecha 21 de julio de 2010, la Dirección de Investigación envió a las dos partes escrito de requerimiento de información solicitando aclaraciones y explicaciones relativas a los motivos y consecuencias de la Adenda de 14 de abril

de 2010, dándose respuesta al mismo ORONA el 30 de julio de 2010 y OMEGA el 6 de agosto de 2010 respectivamente.

9.- Mediante la **“Adenda Modificativa del Convenio Marco” de fecha 14 de Abril de 2010 (primera adenda)**, que constaba de tres cláusulas, se estableció el alcance concreto de los pactos de no competencia de la cláusula octava de los contratos del Convenio Marco. En dichas cláusulas se interpretaba el alcance de los mencionados pactos de no competencia en el sentido de que el mercado de aprovisionamiento mayorista también estaría contenido en el perímetro del pacto de no competencia considerado restricción accesoria a la citada concentración.

La Adenda de 14 de abril de 2010 tenía, en definitiva por objeto zanjar las diferencias interpretativas sobre el término “comercialización”. En este sentido, ORONA entiende que la expresión “cualquier tipo de venta” incluye las ofertas de ventas, sean estas dirigidas a propietarios, comunidades de vecinos, promotores, instaladores de ascensores o distribuidores de este tipo de aparatos en determinadas zonas geográficas.

Adicionalmente, la pretensión de ORONA era que OMEGA no pudiera suministrar a terceros en el territorio determinado en el pacto de no competencia. En tal caso, se podría estar produciendo una restricción territorial vertical al obligar indirectamente a OMEGA a requerir de sus compradores información sobre dónde van a venderlas e impedirles la reventa en los territorios de la cláusula de no competencia. En este sentido, tampoco quedaba claro cómo se interpretaría el pacto de no competencia en ventas mayoristas desde la perspectiva territorial, bien limitada la venta por OMEGA a aquellas empresas que tengan su sede en ese determinado territorio cubierto por la cláusula de no competencia, o bien limitada la venta a aquellas empresas que vendan/instalen en ese territorio.

Esa restricción de la competencia mediante el pacto de no competencia en fabricación y venta mayorista se veía sin embargo mitigada en parte no sólo por la duración y el territorio al que se limita, sino porque se permitían las ventas pasivas de Omega de los repuestos necesarios para el correcto mantenimiento de aparatos elevadores vendidos por ella en el pasado.

A la vista del análisis detallado por la Dirección de Investigación del contenido de la Adenda primera, y ante la inexistencia de eficiencias alegadas, se llegó a la conclusión de que ese pacto de no competencia, en cuanto excedía de la autorización de la concentración C/0150/09, era un acuerdo entre competidores contrario al artículo 1 de la LDC, al ser restrictivo de la competencia por su mismo objeto.

10.- Ello motivó la incoación mediante Acuerdo de 4 de octubre de 2010 del expediente sancionador S/0302/10, en cuyo seno ORONA, unilateralmente, solicitó la suspensión del plazo para resolver y el inicio de actuaciones para la terminación convencional sobre la totalidad del procedimiento sancionador.

11.- Mediante Acuerdo de la Dirección de Investigación de 15 de abril de 2011 se iniciaron las actuaciones tendentes a la terminación convencional del procedimiento sancionador S/0302/10

12.- Los compromisos inicialmente aportados por ORONA con fecha 12 de abril de 2011, fueron considerados insuficientes por la Dirección de Investigación, que introdujo determinadas matizaciones a los mismos. La otra parte interesada en el expediente, OMEGA, aun prestando un consentimiento general a la Propuesta presentada por ORONA, se manifestó igualmente en el sentido de introducir en la misma determinadas matizaciones.

13.- Aceptadas las mismas, ORONA y OMEGA presentaron conjuntamente con fecha 8 de junio de 2011 una propuesta final de compromisos que, con el informe favorable de la Dirección de Investigación, se elevó al Consejo de la CNC para su valoración.

14.- Por **Resolución de 22 de septiembre de 2011** en el expediente de referencia, notificada a las partes el 27 del mismo mes y año, el Consejo de la CNC resolvió:

**“PRIMERO.-** Declarar la terminación convencional del expediente sancionador S/0302/10, por estimar adecuados los compromisos presentados por ORONA Sociedad Cooperativa y OMEGA ELEVATOR SA con fecha 8 de junio de 2011.

Estos compromisos, resumidos en el Hecho Probado Octavo de esta Resolución, son vinculantes para las empresas señaladas en el resuelve anterior en los términos establecidos en el artículo 52.2 de la Ley 15/2007, y su incumplimiento constituye una infracción grave de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62.4.c) de la misma Ley.

**SEGUNDO.-** Encomendar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia la vigilancia de esta Resolución de terminación convencional y, por tanto, de los compromisos propuestos y de las obligaciones impuestas para el eficaz cumplimiento de aquellos.”

2. En atención a los hechos transcritos en el anterior antecedente, en su Informe final de vigilancia, realiza la siguiente valoración sobre el cumplimiento de los compromisos asumidos en la Resolución de 28 de febrero de 2013 objeto de esta vigilancia:

*El contenido de la propuesta final de compromisos presentada conjuntamente por ORONA y OMEGA el 8 de junio de 2011 y aprobada por la Resolución de 22 de septiembre de 2011 objeto de esta vigilancia, que se resume en el Hecho Probado Octavo de la misma, se puede agrupar en tres bloques:*

- *compromiso de firma de una nueva adenda (segunda adenda) que dejará parcialmente sin vigor la Primera Adenda de 14 de abril de 2010.*
- *compromisos de publicidad y*
- *compromisos adicionales (de ejecución).*

*A lo largo de las actuaciones de vigilancia seguidas en relación al expediente de referencia, y cumpliendo con el compromiso adoptado, ORONA ha venido informando a la Dirección de Investigación del estado del cumplimiento de las obligaciones asumidas en el Acuerdo de Terminación Convencional.*

De la información aportada es posible concluir:

### **2.1 Compromiso de firma de la segunda adenda.**

Según los compromisos:

- ORONA y OMEGA se comprometen a firmar el texto de una nueva adenda del Convenio Marco (Segunda Adenda), según el modelo que se contiene en el Anexo 1 de los compromisos aprobados por el Consejo de la CNC.
- La Segunda Adenda dejará sin efecto el contenido actual de las cláusulas 1.1 ("Extinción de Compromisos") y 2 ("Alcance de los pactos de no competencia") de la Primera Adenda del Convenio Marco, siendo su contenido sustituido por el previsto en las cláusulas 1 y 2 de la versión de la Segunda Adenda, y cuyo texto definitivo será el siguiente (contenido en el Anexo 1 de los compromisos):

#### **Cláusula 1. EXTINCIÓN DE COMPROMISOS**

Los intervinientes acuerdan que el punto 1º) de la Cláusula 1 de la Primera Adenda sea sustituido por el siguiente párrafo:

1º) "Que la DIVISIÓN DE ELEVACIÓN, en caso de necesitar comprar a terceros las estructuras necesarias para la instalación de ascensores en edificios ya existentes, concede a OMEGA ELAVATOR el carácter de proveedor preferente no exclusivo en el suministro de las mismas, siempre que las ofertas de OMEGA ELEVATOR sean competitivas en parámetros de precio y calidad. Con carácter orientativo, la DIVISIÓN DE ELEVACIÓN declara que en el ejercicio 2009 adquirió de proveedores (incluido OMEGA ELEVATOR) [...] estructuras, aproximadamente".

#### **Cláusula 2. ALCANCE DE LOS PACTOS DE NO COMPETENCIA.**

Los INTERVINIENTES acuerdan que el contenido de la Cláusula 2 de la Primera Adenda sea sustituido en su integridad por los siguientes párrafos:

"Los INTERVINIENTES acuerdan que las actividades a las que se refieren los pactos de no competencia previstos en las Cláusulas octavas de cada uno de los contratos de compraventa de las carteras de contratos de mantenimiento de aparatos elevadores y de las actividades de comercialización de las delegaciones de Miranda de Ebro y de La Rioja, Burgos, Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, esto es, la comercialización, instalación, montaje y/o mantenimiento de aparatos elevadores, comprenden, en el ámbito territorial y periodo temporal a que dichos pactos se refieren, la realización por las personas obligadas a dichos pactos y en todos los ámbitos de su actividad, de las siguientes actividades:

1º) la realización de cualquier tipo de oferta de venta, instalación, montaje y/o mantenimiento de aparatos elevadores tanto a propietarios de inmuebles y comunidades de vecinos, como a promotores con instalación; y

2º) la realización de publicidad directa de las actividades de venta, instalación, montaje y/o mantenimiento de aparatos elevadores a promotores con instalación y propietarios de inmuebles y comunidades de vecinos, distinta de:

- a) La campaña de publicidad con vigencia hasta julio de 2011 en la revista Euro Bask y el globo aerostático en el Buesa Arena, sin perjuicio de que Omega Elevator se compromete a intentar que dicha campaña no se realice en la temporada 2010-2011.
- b) La campaña publicitaria en el estadio Mendizorroza, consistente en la publicidad estática en las vallas del terreno de juego.
- c) La campaña publicitaria contratada con canal Gasteiz mientras se realizan las gestiones necesarias para su cese inmediato.

No obstante lo anterior, OMEGA se compromete a dirigir sus acciones publicitarias a operadores del mercado mayorista, sin que, en ningún caso, pueda atender demandas de clientes finales en el mercado minorista que hayan podido tener acceso a las mismas. "

Cumpliendo con este compromiso, ORONA y OMEGA han procedido a firmar la Segunda Adenda con **fecha 30 de septiembre de 2011**, con un contenido que se ajusta en todos sus términos al aprobado en la Resolución de 22 de septiembre de 2011.

## **2.2 Compromisos de publicidad**

ORONA se compromete a:

- En el plazo de **quince días** a contar desde la notificación de la Resolución [...] que acuerde la terminación convencional del expediente de referencia, ORONA enviará la carta informativa a los instaladores y distribuidores mayoristas de aparatos elevadores activos en las provincias de Burgos, Álava, Guipúzcoa, Vizcaya y en la Comunidad Autónoma de La Rioja con el contenido previsto en el Anexo 2º de la propuesta de compromisos. En dicha carta se informa de que OMEGA puede realizar las actividades de venta mayorista de aparatos elevadores o de componentes de los mismos a instaladores y distribuidores mayoristas de aparatos elevadores activos en dichas provincias.
- En el plazo de **quince días** a contar desde la notificación de la Resolución que acuerde la terminación convencional del expediente de referencia ORONA publicará en un diario de tirada nacional y en otro diario del País Vasco un anuncio informativo referente a este asunto con el contenido previsto en el Anexo 3º de la propuesta de compromisos. comunicando que OMEGA puede realizar las actividades de venta mayorista de aparatos elevadores o de componentes de los mismos a instaladores y distribuidores activos en las provincias antes mencionadas.

Las cartas, que efectivamente se ajustan al contenido de los anexos citados, según justifica ORONA (folios 28 a 97 del expediente VATC/0302) se enviaron por correo certificado y acuse de recibo **el 6 de octubre de 2011**, dentro del plazo otorgado para ello, habiéndose entregado 65 de las 69 enviadas, según el listado de empresas instaladoras y distribuidoras mayoristas de aparatos elevadores activos en el País Vasco y la Rioja, facilitado por las respectivas Delegaciones territoriales de Industria. Las incidencias producidas en las 4 empresas restantes se han resultado del siguiente modo:

1. Ascensores de Marco, S.L. Esta empresa tiene su sede central en La Rioja. La carta enviada por ORONA a su sede en La Rioja figuraba entre las 65 entregadas con normalidad por correo certificado con acuse de recibo. En cambio, la carta enviada a su delegación en Álava figuraba entre las 4 devueltas. ORONA consiguió finalmente que la carta también fuera entregada en la delegación en Álava de Ascensores de Marco, S.L.
2. Start Elevator, S.L. Esta empresa está activa en Álava y su sede es la misma que la de la empresa Viguam, S.L. La carta enviada a Viguam, S.L. figura entre las 65 entregadas con normalidad por correo certificado con acuse de recibo. En cambio, ORONA no consiguió que Start Elevator, S.L. la recepcionara, al no haber encontrado a nadie que representara a Start Elevator, S.L. en la dirección que constaba en la relación facilitada por el Gobierno Vasco.
3. Peri S.A.U figuraba en el listado remitido por el Gobierno Vasco como activa en Vizcaya. Realmente, se trata de una empresa desconocida y/o con una nula actividad en esta provincia. ORONA no consiguió que esta empresa recepcionara la carta, al no haber encontrado a nadie que representara a esa empresa en la dirección que constaba en la relación facilitada por el Gobierno Vasco.
4. Ascensores de Miranda, S.L. figuraba en el listado remitido por el Gobierno de La Rioja como activa en La Rioja. Realmente, se trata de una empresa desconocida y/o con una nula actividad en esta provincia. ORONA no consiguió que esta empresa recepcionara la carta, al no haber encontrado a nadie que representara a esa empresa en la dirección que constaba en la relación facilitada por el Gobierno de La Rioja.

Por otra parte, las publicaciones fueron efectivamente llevadas a cabo en el diario Público del 7 de octubre de 2011, igualmente dentro del plazo otorgado para ello, y en el diario El Mundo edición Euskadi de la misma fecha, según acredita debidamente (folios 98 a 100 del mismo expediente).

### **2.3 Compromisos adicionales (de ejecución)**

Según los compromisos:

- *ORONA y OMEGA aplicarán la Primera Adenda del Convenio Marco en los términos recogidos en la Segunda Adenda desde el momento en que la Dirección de Investigación de la CNC acuerde proponer al Consejo la terminación convencional del expediente.*

*Aunque según la Resolución del Consejo el citado momento en que la Dirección de Investigación de la CNC acordó proponer al Consejo la terminación convencional del expediente tuvo lugar el 28 de julio de 2011, ORONA no fue notificada de este hecho.*

*A pesar de ello, ORONA y OMEGA han estado aplicando la Primera Adenda del Convenio Marco en los términos recogidos en la Segunda Adenda **desde el 8 de junio de 2011**, fecha en la que presentaron conjuntamente su oferta de compromisos.*

- *ORONA informará a la Dirección de Investigación de la CNC del cumplimiento de estos compromisos en el plazo de un mes desde la adopción de la Resolución que acuerde la terminación convencional del expediente de referencia, lo que efectivamente ha llevado a cabo dentro del plazo indicado mediante Informe de fecha 28 de octubre de 2011.”*

**3.** En consideración a este análisis, la Dirección de Investigación concluye en su Informe final de vigilancia:

*“A la vista de lo expuesto, es posible concluir que, efectivamente, y como manifiesta y justifica documentalmente una de las partes, ORONA, las dos empresas implicadas en el cumplimiento de los compromisos adoptados por el Consejo de la CNC en su Resolución de 22 de septiembre de 2011 (la citada empresa y OMEGA) han dado cumplimiento a las condiciones impuestas en la misma.*

*Por otra parte, la Adenda modificada (primera Adenda) mediante los compromisos que se vigilan en el presente expediente lo era a la cláusula octava sobre pactos de no competencia y secreto del denominado "Convenio Marco relativo al Proceso de Creación de Sociedad, de Colaboración en Proyecto Empresarial, de Compra-Venta de Delegaciones y de Transmisión de Participaciones de Omega City Lifts Limited", firmado por las partes el 20 de febrero de 2009. Toda vez que dicha cláusula preveía pactos de no competencia por un periodo de tres años, y de aplicación en cada de uno de los territorios afectados por la operación de concentración económica , el periodo de vigencia de dichos pactos ha concluido, por lo que la Dirección de Investigación va a remitir Informe final de Vigilancia al Consejo de la CNC en el que va a proponer dar por concluida la vigilancia relativa a la mencionada Resolución llevada a cabo en el seno del expediente VATC/0302/10.”*

**4.** La Propuesta de Informe Final de Vigilancia fue notificada a las partes interesadas en esta vigilancia, habiendo contestado únicamente ORONA, en el sentido de mostrar su conformidad.

5. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 29 de mayo de 2013.
6. Son interesados en este expediente de vigilancia
  - ORONA SOCIEDAD COOPERATIVA
  - OMEGA ELEVATOR SA.

### **FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA**

**Primero.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y en el artículo 71 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia corresponde resolver la finalización de la vigilancia de las resoluciones dictadas en aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, previa propuesta de la Dirección de Investigación.

**Segundo.-** A la vista del Informe de Vigilancia de la Dirección de Investigación, de 1 de abril de 2013, este Consejo considera que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución de Terminación Convencional de 22 de septiembre de 2011 objeto de esta vigilancia, por lo que procede dar por concluida la misma.

En su virtud, vistos los preceptos legales y reglamentarios citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia.

### **HA RESUELTO**

**PRIMERO.-** Declarar que se ha dado cumplimiento a lo ordenado en la Resolución de 22 de septiembre de 2011, recaída en el expediente sancionador S/0302/10.

**SEGUNDO.-** Dar por concluida la vigilancia del cumplimiento de la mencionada Resolución de Terminación Convencional.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.