

Resolución Expte. S/410/12, ASCENSORES-2

CONSEJO:

D. Joaquín García Bernaldo de Quirós, Presidente
D^a Pilar Sánchez Núñez, Vicepresidenta
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a M^a Jesús González López, Consejera
D^a Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera
D. Luis Díez Martín, Consejero

En Madrid, a 17 de septiembre de 2013

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia con la composición expresada al margen y siendo Consejera Ponente D^a María Jesús González López, ha dictado la siguiente Resolución en el expediente S/410/12, ASCENSORES 2, incoado por la Dirección de Investigación contra ZARDOYA OTIS S.A., SCHINDLER, S.A., ASCENSORES ENINTER, S.L., ASCENSORES IMEM, S.L. e INDUSTRIAL DE ELEVACIÓN, S.A., por supuestas prácticas restrictivas de la competencia, de conformidad con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Con fecha de 27 de mayo de 2011, tuvo entrada en la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) escrito de denuncia de D. XXX, en nombre y representación de la MANCOMUNIDAD DE PROPIETARIOS COCHERAS 4, de Madrid contra INDUSTRIAL DE ELEVACIÓN, S.A (en adelante INELSA) por supuestas conductas constitutivas de infracción de la LDC y, en particular, de su artículo 3. Con objeto de determinar la existencia de indicios de infracción en los hechos denunciados, la Dirección de Investigación (DI) llevó a cabo una información reservada con número de actuaciones DP/2011/023, en virtud del artículo 49.2 LDC (folios 168 a 170).
2. Con fecha 27 de enero de 2012, tuvo entrada en la CNC determinada información aportada por la empresa CITYLIFT, S.A. relacionada con posibles prácticas anticompetitivas que pudieran ser contrarias al artículo 3 LDC, por parte de diversos operadores en el mercado de mantenimiento de aparatos elevadores (folio 3).

A la vista de dicha información, la DI, en el marco de lo establecido en el artículo 49.2 LDC, inició una información reservada con número de actuaciones S/0410/12 con el fin de determinar, con carácter preliminar, la concurrencia de circunstancias que justificasen la incoación de expediente sancionador.

3. Debido a la conexión directa existente entre los hechos denunciados, se procedió a la incorporación de las actuaciones desarrolladas bajo el número DP/2011/023 en la información reservada S/0410/12.
4. Con fechas 20, 21 y 22 de marzo de 2012, tuvieron entrada en la DI escritos de CITYLIFT, S.A. en los que aporta información adicional relativa a las conductas denunciadas, que fue incorporada al expediente (folios 286 a 290).
5. Con fecha 26 de abril de 2012, de conformidad con lo establecido en el artículo 49.1 LDC, la DI acordó incoar expediente sancionador S/0410/12, contra ZARDOYA OTIS, S.A., SCHINDLER, S.A., ASCENSORES ENINTER, S.L., ASCENSORES IMEM, S.L., e INDUSTRIAL DE ELEVACIÓN, S.A. por posibles conductas prohibidas en el artículo 3 LDC, consistentes en obstaculizar la actividad de los competidores en dicho mercado a través del empleo de medios desleales, tales como comunicaciones a clientes con 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 del mercado (folios 291 a 293).
6. Con fecha 22 de junio de 2012, la DI efectuó requerimiento de información a ZARDOYA OTIS, S.A., SCHINDLER, S.A., ASCENSORES ENINTER, S.L., ASCENSORES IMEM, S.L., e INDUSTRIAL DE ELEVACIÓN, S.A. (folios 433 a 440). En particular, se requería a las citadas empresas para que aportaran determinada información sobre las actividades desarrolladas por cada una de ellas; especificaran cada una el número total de ascensores fabricados e instalados en los últimos 3 años, así como el número total de aparatos mantenidos en los últimos tres años; y señalaran y, en su caso, adjuntaran, las comunicaciones remitidas a clientes en las cuales hubieran realizado afirmaciones sobre las ventajas de contratar con la empresa fabricante e instaladora del ascensor con respecto a los demás competidores o que contuvieran afirmaciones directas sobre los competidores o los servicios prestados por éstos. Asimismo a INDUSTRIAL DE ELEVACIÓN, S.A. se le solicitó que aportara información adicional referente a su conducta con ocasión de la avería de la placa RHMKI y la comunicación enviada a la comunidad de propietarios afectada por dicha disfunción.

Con fechas 10, 12 y 18 de julio de 2012 se recibieron las respuestas de ZARDOYA OTIS, S.A. (folios 531 a 554), SCHINDLER, S.A. (folios 609 a 618), ASCENSORES ENINTER, S.L. (folios 555 a 557), ASCENSORES IMEM, S.L. (folios 586 a 590), e INDUSTRIAL DE ELEVACIÓN, S.A. (folios 558 a 559) al requerimiento de información.

7. Con fecha 6 de noviembre y 14 de diciembre de 2012 se recibieron las alegaciones al acuerdo de incoación de ZARDOYA OTIS, S.A. (folios 768-777), así como las relativas al escrito presentado por CITYLIFT, S.A. de fecha 5 de julio de 2012, en el que constaba un cuadro comparativo de las prestaciones de los servicios de mantenimiento de ambas empresas (folios 920 a 935). Con

fecha 21 de noviembre de 2012 se recibieron las alegaciones de ASCENSORES IMEM, S.L. (folios 811-904). Con fecha 26 de diciembre de 2012 se recibió escrito de SCHINDLER, S.A. ampliando y corrigiendo la información aportada como consecuencia de la solicitud de información realizada el 22 de junio de 2012 y contestada inicialmente el 12 de julio de 2012 (folios 965 a 980).

8. Con fecha 23 de enero de 2013, la DI acordó el desglose de los folios 822 a 833, 935 a 904, 913 a 918 y 981 a 995, relativos a la denuncia de IMEM por la conducta supuestamente contraria a la competencia de CITYLIFT, así como a la solicitud de información a CITYLIFT y su posterior contestación, al expediente S/0458/13 puesto que los hechos descritos en los mismos no guardan relación ni van a ser utilizados en este expediente, requiriendo una tramitación independiente. Con fecha 26 de junio de 2013, el Consejo de la CNC dictó Resolución de archivo recaída en dicho expte. S/0458/13, Ascensores-3.
9. Con fecha 13 de febrero de 2013, se efectuó requerimiento de información a SCHINDLER para que enviase las distintas cartas ad-hoc a que hacía referencia en su anterior escrito de 26 de diciembre de 2012, enviadas por su empresa en los dos últimos años (folios 1071 a 1073). Con fecha 25 de febrero de 2013 se recibió la contestación de SCHINDLER a este requerimiento de información (folios 1208 a 1216).
10. De acuerdo con lo previsto en el artículo 50.3 LDC, con fecha 26 de febrero de 2013, la DI formuló el Pliego de Concreción de Hechos (PCH), el cual fue notificado el mismo día a las partes (folios 1218-1247).
11. Con fecha 14 de marzo de 2013 tuvo entrada el escrito de alegaciones al PCH presentado por IMEM (folios 1508 a 1532); el 15 de marzo de 2013 tuvo entrada el escrito de alegaciones presentado por ENINTER (folios 1537 a 1586); el 26 de marzo de 2013 se recibieron las alegaciones de INELSA (folios 1593 a 1600) y de SCHINDLER (folios 1829 a 1908); y con fecha 27 de marzo de 2013 tuvo entrada el escrito presentado por OTIS (folios 1963 a 2010).
12. Con fecha 5 de abril de 2013, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 33.1 del RDC, la DI procedió al cierre de la fase de instrucción, comunicándolo a las partes interesadas.
13. El 16 de abril de 2013, conforme al artículo 50.4 de la LDC, la DI notificó la Propuesta de Resolución (PR) a las partes interesadas para que formularan las alegaciones que tengan por convenientes (folios 2052-2129). La DI propone en su PR:

“Primero. Que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 3 de la Ley 15/2007.

Segundo. Que se declare responsable de dicha infracción a ZARDOYA OTIS S.A., SCHINDLER S.A., ASCENSORES ENINTER S.L. y ASCENSORES IMEM, S.L.

Tercero. Que la conducta prohibida se tipifique, a los efectos de determinación de la sanción a imponer, como infracción grave del artículo 62.3. c) LDC.

Cuarto. Que se imponga la sanción prevista en el artículo 63 LDC, teniendo en cuenta los criterios para la determinación de la sanción previstos en el artículo 64 LDC.

Quinto. Que se archiven las actuaciones en relación con INDUSTRIAL DE ELEVACIÓN S.A, al no haber resultado acreditada la concurrencia de los requisitos establecidos por el artículo 3 LDC.”

14. Con fecha 3 de mayo de 2013 tuvieron entrada los escritos de alegaciones a la PR de CITYLIFT (folios 2283 a 2286) y de ASCENSORES IMEM S.L. (folios 2287 a 2298), conteniendo solicitud de práctica de pruebas y actuaciones complementarias ante el Consejo así como solicitud de celebración de vista. Con fecha 6 de mayo de 2013 tuvieron entrada los escritos de alegaciones de ASCENSORES ENINTER S.L. (folios 2299 a 2331), de ZARDOYA OTIS S.A. (folios 2395 a 2450), y de SCHINDLER S.A. (folios 2589 a 2625).
15. Con fecha 7 de mayo de 2013, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 50.5 de la LDC y 34.2 del RDC, la DI elevó a este Consejo de la CNC el expediente de referencia junto con el Informe que contiene la Propuesta de Resolución antes transcrita y las alegaciones presentadas por las partes interesadas en el expediente.
16. El 31 de julio de 2013, el Consejo acordó requerir a las empresas ZARDOYA OTIS, S.A., SCHINDLER, S.A., ASCENSORES ENINTER, S.L., y ASCENSORES IMEM, S.L., para que aporten el volumen de negocios en el mercado de mantenimiento y reparación de aparatos elevadores, antes de la aplicación del IVA y de otros impuestos relacionados, correspondiente al año 2011 y, en su caso, completar la información ya aportada sobre el año 2012, suspendiendo el plazo para resolver en virtud del artículo 37.1 a) LDC. Las respuestas se recibieron en la CNC durante el mes de agosto (folios 2761, 2766-2769, 2775-2778 y 2781, confidenciales)
17. El Consejo de la CNC deliberó y falló esta Resolución en su sesión del día 11 de septiembre de 2013.
18. Son partes interesadas en este expediente:
 - ZARDOYA OTIS S.A., (OTIS o ZOSA)
 - SCHINDLER S.A., (SCHINDLER)
 - ASCENSORES ENINTER S.L., (ENINTER)
 - ASCENSORES IMEM, S.L., (IMEM)
 - INDUSTRIAL DE ELEVACIÓN S.A. (INELSA)
 - CITY LIFT ASCENSORES
 - MANCOMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA CALLE COCHERAS, 4 DE MADRID

HECHOS PROBADOS

Las conductas objeto de este expediente han sido valoradas por este Consejo partiendo de los Hechos Acreditados por la DI durante la instrucción que ha llevado a cabo y que se transcriben a continuación al igual que la descripción de las partes imputadas, y del marco jurídico y mercado relevante en el que se desarrollan las actividades sobre las que versa el análisis de competencia objeto de este expediente que ha realizado la DI.

“2. LAS PARTES

2.1. ZARDOYA OTIS S.A. (OTIS)

(18) *OTIS es una sociedad que cotiza en Bolsa en España, estando más de la mitad de su capital social controlado por United Technologies Holdings, S.A. (UTH), dedicada a la producción de productos de alta tecnología para la industria aeroespacial y de la construcción.*

(19) *OTIS está activa en España en la fabricación, comercialización, mantenimiento y reparación de ascensores y otros aparatos mecánicos (escaleras mecánicas, montaplatos, cintas transportadoras, etc.).*

2.2. SCHINDLER S.A. (SCHINDLER)

(20) *SCHINDLER, pertenece al Grupo suizo Schindler que opera en fabricación, instalación, mantenimiento y modernización de ascensores y escaleras mecánicas.*

(21) *SCHINDLER instala y mantiene un gran parque de ascensores y escaleras mecánicas en nuestro país, aunque no fabrica ascensores en España, sino únicamente ciertos componentes de los mismos.*

2.3. ASCENSORES ENINTER S.L. (ENINTER)

(22) *ENINTER es una empresa familiar con presencia en prácticamente toda España. ENINTER se dedica a la instalación, mantenimiento y reparación de ascensores, montacargas y elevadores.*

2.4. ASCENSORES IMEM S.L. (IMEM)

(23) *IMEM es una empresa dedicada al diseño, fabricación, e instalación de aparatos elevadores, tanto en España como en el resto del mundo, así como al mantenimiento de ascensores en Cantabria, Asturias, La Rioja y Vizcaya.*

2.5. INDUSTRIAL DE ELEVACIÓN S.A (INELSA).

(24) *INELSA es una empresa dedicada a la fabricación, instalación, mantenimiento y de ascensores, alcanzando en la actualidad implantación nacional e internacional.”*

3. EL MERCADO

(25) *La descripción del sector de aparatos elevadores, un segmento de la industria de sistemas o equipos de transporte, requiere tanto un análisis previo del marco regulatorio aplicable, como de una delimitación horizontal de las categorías de producto correspondientes a cada una de las fases de la cadena de valor del negocio de la elevación y una delimitación vertical de las distintas actividades que configuran cada una de estas fases. (Información obtenida del “Informe sobre el Funcionamiento del Mercado de Mantenimiento de Ascensores en España” (CNC, 2011).*

3.1. Marco regulatorio

(26) *Al tratarse de un sector caracterizado por una cierta peligrosidad, se ha aprobado una abundante normativa con la finalidad de garantizar la seguridad en el funcionamiento de los aparatos elevadores.*

(27) *Los ascensores sólo pueden comercializarse y ponerse en servicio cuando, estando instalados y mantenidos adecuadamente, no presenten riesgo para la seguridad o la salud de las personas y, en su caso, la seguridad de los bienes (art. 3 RD 1314/1997). Para ello, el instalador debe obtener la declaración de conformidad con las disposiciones reglamentarias en vigor emitida por un organismo de control autorizado por la Comunidad Autónoma correspondiente y colocar el marcado “CE” en el ascensor.*

(28) *Las Comunidades Autónomas están obligadas a mantener el Registro de Aparatos Elevadores (RAE) y a identificar, mediante su inscripción en el mismo, todos los aparatos elevadores instalados en su territorio, la empresa que realizó su instalación, las inspecciones llevadas a cabo, las compañías encargadas de su mantenimiento, así como las distintas incidencias y reparaciones de las que son objeto, entre otros detalles. Toda esta información se gestiona por delegaciones provinciales.*

(29) *La legislación vigente exige también que todos los ascensores cuenten con un contrato de mantenimiento antes de su puesta en funcionamiento que es objeto de inscripción junto con el resto de los datos del ascensor (apartado 16 de la Instrucción Técnica Complementaria MIE-AEM-1 del Reglamento de Aparatos de Elevación y Manutención, aprobada por Orden de 23 de septiembre de 1987). Las empresas conservadoras están obligadas a dar cuenta al órgano administrativo competente de todas las altas y bajas de contratos de conservación de los aparatos que tengan a su cargo (art. 11.g) RD 2291/1985).*

(30) *El artículo 10 del Real Decreto 2291/1985 establece los requisitos mínimos que han de cumplir las empresas conservadoras. En primer lugar, han de estar inscritas en el Registro de Empresas Conservadoras de los órganos territoriales competentes de la Administración Pública. Estas inscripciones tendrán validez durante un año y serán prorrogables anualmente si se acredita el cumplimiento del resto de requisitos. En segundo lugar, han de*

poseer los medios técnicos y humanos especificados en cada Instrucción Técnica Complementaria (ITC) y la normativa de desarrollo. En tercer lugar, han de tener cubierta la responsabilidad civil que pueda derivarse de su actuación. Asimismo, han de responsabilizarse de que los aparatos que tienen encomendados se encuentran en adecuadas condiciones de mantenimiento.

- (31) *El artículo 2 del Real Decreto 57/2005, de 21 de enero, por el que se establecen prescripciones para el incremento de la seguridad en el parque de ascensores existente, dispone que las empresas que realicen reformas de importancia en ascensores existentes habrán de contar como mínimo con un técnico titulado (ingeniero superior o ingeniero técnico) y cinco operarios cualificados de los cuales al menos tres habrán de tener categoría de oficial.*
- (32) *Son también destacables las obligaciones contenidas en el apartado 6 del Anexo I RD 1314/1997 en que establece lo siguiente:*

“6. Instrucciones de uso

- 6.1 Los componentes de seguridad citados en el anexo IV irán acompañados de un manual de instrucciones redactado en una lengua oficial del Estado miembro del instalador del ascensor o en otra lengua comunitaria aceptada por éste, de forma que: el montaje, la conexión, el ajuste, el mantenimiento, pueda efectuarse eficazmente y sin peligro.*
- 6.2 Cada ascensor irá acompañado de una documentación redactada en la lengua o lenguas oficiales de la Comunidad, las cuales podrán ser determinadas, de conformidad con el Tratado, por el Estado miembro en que se instale el ascensor. Dicha documentación constará como mínimo: de un manual de instrucciones que contenga los planos y esquemas necesarios para el uso corriente, así como los necesarios para el mantenimiento, la inspección, la reparación, las revisiones periódicas y las operaciones de socorro citadas en el apartado 4.4; de un cuaderno de incidencias, en el que se podrán anotar las reparaciones y, en su caso, las revisiones periódicas”.*

3.2. Mercado relevante

- (33) *La definición prevista en el artículo 2.1 del Real Decreto 1314/1997, de 1 de agosto, por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 95/16/CE, sobre ascensores, señala que “ascensor es todo aparato de elevación que sirva niveles definidos, con un habitáculo que se desplace a lo largo de guías rígidas y cuya inclinación sobre la horizontal sea superior a 15 grados, destinado al transporte:*
- a) De personas,*
 - b) De personas y objetos,*

c) Solamente de objetos si el habitáculo es accesible, es decir, si una persona puede entrar en él sin dificultad, y si está provisto de órganos de accionamiento situados dentro del habitáculo o al alcance de una persona situada dentro del mismo.”

- (34) *En general, los productos del sector incluyen los sistemas de transporte vertical, entre los que se encuentran los ascensores, y los sistemas de transporte horizontal, entre los que se encuentran las escaleras mecánicas y los andenes móviles (En todo caso, el artículo 1.3 del Real Decreto 1314/1997 excluye este tipo de transportes de su ámbito de aplicación). De acuerdo con el análisis llevado a cabo por la CNC, los ascensores se diferencian, tanto por sus características técnicas, como por su uso, de otras plataformas de elevación tales como grúas, montamateriales o transelevadores, así como de otros artilugios elevadores como funiculares, trenes de cremallera, ascensores de obra de construcción o elevadores sitos en medios de transporte (véanse, Informes del extinto SDC sobre las concentraciones N-04094 Zardoya Otis/Electromecánica CAM (Activos), N-05050 Orona/Electra, N-05068 Zardoya Otis/Mantenimiento Elevadores Soler, N-06041 Zardoya Otis/Lagi, N-07033 Zardoya Otis/Ascensores Aspe y N-07083 Orona/Ascensores Gasteiz. Ver también las Resoluciones del Consejo de la CNC sobre la concentración C 108/07 Orona/Ascensores Gasteiz, C/0109/08 Orona/Ascensores Sagastizábal, C/0150/09 Orona/Omega y C/0469/12 Otis/Enor).*
- (35) *El presente expediente se centra en la categoría de ascensores definida en el artículo 2.1 del Real Decreto 1314/1997 antes mencionado.*

3.3. Mantenimiento y reparación de ascensores

- (36) *El sector de los ascensores comprende, principalmente, tres ámbitos de actividad: (i) fabricación y venta mayorista de ascensores y de componentes, (ii) ensamblaje, instalación y venta minorista de ascensores, y (iii) mantenimiento y reparación de ascensores instalados. Dichas actividades han sido consideradas en los precedentes nacionales citados como mercados de producto separados. El presente expediente se centra en la actividad de mantenimiento y reparación de ascensores instalados.*
- (37) *La principal característica de la actividad de mantenimiento y reparación es su carácter secundario (mercados comúnmente denominados aftermarket) en relación con la venta e instalación de ascensores, dado que el servicio de mantenimiento y reparación se demanda en la medida en que existe un parque de ascensores ya instalado que lo necesita (C-108/07 Orona/Ascensores Gasteiz). Incluso, en aquellos casos en que este parque tiene ya una determinada antigüedad, se desarrolla una tercera actividad de renovación integral del aparato mediante la cual se sustituyen determinadas piezas y componentes de una vez para devolver el ascensor a similares condiciones que cuando fue instalado.*

- (38) *Las actividades de mantenimiento y reparación de ascensores son aquellas directamente relacionadas con su revisión y comprobación de acuerdo con los estándares y plazos establecidos, así como la reparación de dichos aparatos, tendentes a garantizar el correcto funcionamiento de los ascensores instalados.*
- (39) *El ámbito geográfico en que se desarrolla esta actividad tiene una dimensión inferior a la nacional, en particular, provincial. Ello se debe a que, para asegurar una adecuada prestación del servicio, que permita llevar a cabo una inspección y un mantenimiento fiables, así como una reparación eficaz y rápida en las horas siguientes a la recepción del aviso de avería, es necesaria la presencia física de la empresa conservadora en la zona donde estén ubicados los ascensores de cuyo mantenimiento se ocupa.*
- (40) *Las ventajas derivadas de la integración vertical no impiden la participación en el mercado de un numeroso grupo de otras empresas de tamaño más reducido no integradas verticalmente que, aunque no operen necesariamente en todo el territorio nacional, llevan a cabo actividades de instalación y mantenimiento de ascensores fabricados por terceros, o exclusivamente labores de mantenimiento, en determinadas áreas provinciales. Muchas veces se trata de empresas creadas por antiguos empleados de los grandes grupos verticalmente integrados, capaces de generar una importante presión competitiva sobre dichos grupos, particularmente en relación con los ascensores menos desarrollados tecnológicamente. Este tipo de empresas prestan especial atención a la competitividad en precios, una variable cuyo peso en la decisión del consumidor final ha tendido a ganar importancia en la actual coyuntura de crisis económica.*
- (41) *Debe destacarse que en los últimos años se observa una tendencia al crecimiento de los grandes operadores mediante la adquisición de empresas rivales o de carteras de contratos de mantenimiento, algunas de las cuales han sido notificadas y analizadas por la CNC al cumplirse los umbrales de notificación obligatoria previstos en la LDC (Resoluciones del Consejo de la CNC sobre las concentraciones C/0150/09 Orona/Omega y C/0469/12 Otis/Eno). La frecuente expansión a través de la adquisición de carteras de clientes de mantenimiento podría ser un indicio de la reticencia o de las dificultades de estos clientes para cambiar de proveedor.*
- (42) *La demanda del servicio de mantenimiento y reparación de ascensores depende del momento en que se contrate el servicio y del motivo que lleve a demandar el ascensor. Así, en los supuestos de construcción de obra nueva para uso residencial, en los que no existe todavía un ascensor en funcionamiento, será normalmente la propia empresa promotora la que contrate el mantenimiento del aparato; posteriormente la comunidad de propietarios, una vez constituida, debe optar por subrogarse o no en el*

contrato de mantenimiento firmado por el promotor. En el resto de supuestos de uso residencial, la demanda del servicio procederá de las juntas de propietarios o de los administradores de las correspondientes fincas.

- (43) *Por lo que respecta al precio de este servicio, generalmente se fija a través de negociaciones individuales con el cliente final que carece de poder de negociación, por lo que no se aprecia transparencia en los precios. No obstante, los organismos públicos y grandes clientes suelen tener mayor poder de negociación y generalmente licitan públicamente estos contratos. Los principales determinantes del precio son la cobertura del contrato (a todo riesgo, semi-riesgo o básico) y las características del ascensor (antigüedad, número de paradas, tecnología, tráfico). Se observa una heterogeneidad similar a la del segmento de fabricación y venta de ascensores, debida igualmente a la gran diversidad de variables que inciden en su formación: características del ascensor (modelo, tamaño, antigüedad), razones exógenas (localización de la finca y naturaleza de la misma), intensidad del uso del aparato y modalidad de mantenimiento contratado (básico, a todo riesgo u otras variedades).*
- (44) *El Consejo de la CNC ha subrayado en sus Resoluciones, como se observa, en concreto, en la Resolución C-108-07 ORONA/ASCENSORES GASTEIZ que, incluso para grandes fabricantes, los ingresos de la actividad de mantenimiento y reparación tienen una importancia relativa mayor a la del mercado de fabricación, venta e instalación. Esta apreciación también ha sido recogida en la Decisión de la Comisión Europea de escaleras mecánicas y ascensores (Decisión de la Comisión 21-09-07, Asunto 38.823-PO/Escaleras mecánicas y ascensores, párrafo 55). La importancia de esta actividad se ha acrecentado en la actual coyuntura económica, como consecuencia de la mayor vinculación de la demanda de ascensores nuevos con la construcción de obra nueva. En un momento de estancamiento de la construcción y, por tanto, de las posibilidades de venta de ascensores, el segmento de mantenimiento puede estar cobrando más importancia para los mantenedores verticalmente integrados (sea en dos o en tres de las fases de la cadena de valor), a medida que los ingresos derivados del flujo de contratos activos de mantenimiento crecen más rápidamente que los que puedan obtenerse por las ventas de ascensores nuevos.*
- (45) *Los precedentes citados no consideran que existan barreras de entrada infranqueables al mercado de mantenimiento, al no ser necesarias grandes inversiones. Sin embargo, se han identificado las siguientes:*
- *Regulatoria: El acceso a esta actividad requiere la presentación ante el órgano competente de la CC.AA. correspondiente de una declaración responsable en la que se incluya la afirmación del cumplimiento de los requisitos estatales (artículo 10 del Real decreto 2291/1985, de 8 de*

noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de aparatos de elevación y manutención de los mismos) y, en su caso, de la normativa autonómica; la disponibilidad de la documentación acreditativa del cumplimiento de tales requisitos; y el compromiso de mantener dichos documentos durante la vigencia de su actividad, así como de cumplir con la normativa técnica correspondiente en el desarrollo de la misma.

- *Integración vertical con el mercado de instalación, (Véase Resolución del Consejo de la CNC, de 14 de febrero de 2008, en el asunto C-0027/07 Zardoya Otis/Devega) en la medida en que la instalación se configura como la principal forma de conseguir clientes para el mantenimiento y reparación. Según el Informe de la CNC sobre el funcionamiento del mercado de mantenimiento de ascensores, de los casi 30.000 ascensores que en 2009 pusieron en funcionamiento las empresas consultadas, tan sólo en 156 se firmó el primer contrato de mantenimiento con una empresa distinta de la del instalador del aparato. Esto es, en casi el 98% de los casos el contrato se firmó con la empresa que lo instaló. De hecho, tan sólo una de las empresas consultadas retuvo menos del 95% de los primeros contratos de mantenimiento.*
- *Alto grado de fidelización a la marca y asimetrías en la información que afectan particularmente a la demanda.*
- *Inelasticidad de la demanda.*
- *Dificultades de acceso a piezas de repuesto.”*

4. HECHOS ACREDITADOS

4.1 Actuaciones de ZARDOYA OTIS S.A.

4.1.1. 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.

Obran en el expediente diversas comunicaciones remitidas por trabajadores de OTIS desde sus correspondientes delegaciones que se refieren a empresas de mantenimiento competidoras en general y su dudosa profesionalidad:

- (46) *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, provenientes muchas de ellas de oficios de la electricidad, 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 al 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” (folio 107).

- (47) *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).*
- (48) *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).*

4.1.2. 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.

- (49) *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).*
- (50) *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).*

(51) *CITYLIFT*, sin embargo, ha presentado ante esta Dirección, 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.

4.1.3. OTIS reconoce no disponer de registros de este tipo de comunicaciones

(52) *OTIS* ha reconocido durante el expediente que no conserva registros de cuándo o a quién se envían este tipo de comunicaciones y que, por tanto, no puede proporcionar datos precisos sobre el número de comunicaciones que pueden haber sido enviadas. (folio 534)

(53) *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.

(54) 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).

4.2. Actuaciones de SCHINDLER S.A.

4.2.1. SCHINDLER ha remitido comunicaciones a clientes poniendo en duda la capacidad profesional, técnica y económica de las empresas competidoras no integradas verticalmente como mantenedoras de aparatos elevadores.

(55) Existe al menos una comunicación, que obra en el expediente, remitida por una Delegación de *SCHINDLER* que se refiere, indirectamente, a la menor fiabilidad y profesionalidad de empresas de mantenimiento competidoras, en particular en lo que respecta al suministro de piezas de recambio.

(56) Concretamente, con fecha 7 de octubre de 2011, *SCHINDLER* envió un fax a una comunidad de propietarios en la que se destaca que sólo 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”. “Sólo 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 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” (folio 109).

4.2.2. SCHINDLER ha remitido comunicaciones a clientes poniendo en duda la capacidad técnica, profesional y económica de una empresa competidora determinada (CITYLIFT) como conservadora de aparatos elevadores

(57) Con fecha 13 de marzo de 2012, Schindler envió un email a una comunidad de propietarios declarando: “El sistema de maniobra que tenéis (...) es Micromatic 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 está claro que los repuestos serían conseguidos sin una garantía por parte del fabricante de origen y sin una garantía para el buen funcionamiento del aparato elevador. (...) Qué formación tienen los técnicos de City Lift? (...) Tenemos un seguro de responsabilidad civil de 15 millones de euros, de cuánto es el de City Lift?” (folios 287 a 288).

4.2.3. SCHINDLER asegura no realizar manifestaciones sobre sus competidores

(58) SCHINDLER asegura que las cartas a clientes del tipo anteriormente transcritas se envían en defensa de los contratos existentes, una vez le han comunicado su intención de resolver el contrato, pero no como estrategia de captación de clientes ni como medida precautoria para prevenir la resolución de contratos. Las campañas de captación de nuevos clientes que llevan a cabo periódicamente, cuyos folletos adjuntan, no hacen referencia a los competidores (folios 626 a 632).

(59) Schindler ha reconocido durante el expediente que la mayor parte de las negociaciones con los clientes que desean resolver el contrato anticipadamente se realizan de forma verbal.

(60) No obstante, con posterioridad, y al objeto de ampliar la información aportada como respuesta a la solicitud de información de fecha 16 de julio de 2012, SCHINDLER ha determinado el número de comunicaciones enviadas durante el año 2011 a los clientes que manifestaron su voluntad de resolver los contratos de mantenimiento anticipadamente. Así, SCHINDLER declara que [10%-20%] de los clientes que causaron baja en el año 2011 han recibido una comunicación escrita de su empresa. De estas comunicaciones, [<300] se realizaron siguiendo modelos preestablecidos por la propia compañía, uno de los cuales contiene aseveraciones similares a las anteriormente mencionadas: “Sólo 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 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” (folio 620). El resto de las misivas enviadas, [<200], fueron cartas ad-hoc, que se adaptan a las situaciones particulares de cada caso y que fueron elaboradas por algún empleado, sin seguir un modelo ni directrices de la empresa. (folios 967 a 969).

- (61) *En respuesta al requerimiento de información efectuado el día 13 de febrero de 2013, SCHINDLER explicó que, de esas misivas enviadas ad-hoc, [<40], contienen afirmaciones referentes a las ventajas que puede suponer contratar el servicio de mantenimiento con la empresa fabricante e instaladora de los aparatos con respecto a los demás competidores, o afirmaciones directas sobre los competidores o sobre los servicios que éstos prestan, adjuntando copia de las cartas enviadas (folios 1208 a 1216). Dichas aseveraciones, tras su análisis, resultan igualmente no ser ni pertinentes ni veraces ni exactas, ya que también aluden, no sólo a la falta de capacitación de las empresas competidoras para llevar a cabo el mantenimiento de los ascensores instalados, que afirman podría dañar el aparato, sino también a la no disponibilidad de recambios originales y a la falta de seguridad de los elevadores si son mantenidos por una empresa distinta a SCHINDLER.”*

4.3 Actuaciones de Ascensores ENINTER, S.L.

4.3.1. ENINTER ha remitido comunicaciones a clientes cuestionando la capacidad técnica, económica y profesional de empresas competidoras no integradas verticalmente como mantenedoras de aparatos elevadores.

- (62) *Obran en el expediente diversas comunicaciones remitidas por trabajadores de ENINTER que se refieren a empresas de mantenimiento competidoras en general y su insuficiente capacidad y garantía, en particular, en relación al suministro de piezas de recambio originales.*
- (63) *Con fecha 29 de marzo de 2011 ENINTER, desde su delegación de Benetusser, Valencia, remitió una carta defendiendo que: “Sólo Eninter puede garantizarles, como fabricante de su ascensor, que las piezas de repuesto son ORIGINALES, y puede además suministrárselas en un plazo inmejorable. Esta garantía y tiempo mínimo de entrega de repuesto no se la podrá igualar otra empresa, dado que, no podrá disponer de repuestos originales” (Subrayado literal) (folio 104).*
- (64) *ENINTER también ha comunicado a sus clientes que, al ser la empresa fabricante, las demás empresas le tendrían que comprar las piezas de repuestos, lo que ocasionaría retrasos en su entrega. En este sentido, con fecha 30 de marzo de 2011 envió, desde su delegación de Benetusser, Valencia, un correo electrónico a una comunidad de propietarios en las que se afirma: “Por otro parte este el asunto de los materiales, ENINTER, es una empresa FABRICANTE de todo el material, con esto quiero decir, que*

cualquier otra empresa nos tiene que comprar el material y nosotros por ley, vendérsela. Pero claro está, ellos tendrán que tener un beneficio de esas piezas, no? Y sobre todo y lo más importante es que, no disponen del material en el acto, tendrían que esperar a recibir el material, dejando el ascensor parado, quizás varios días, pero en este asunto no quiero entrar, cada uno tiene su política”.

4.3.2. ENINTER ha remitido comunicaciones a clientes poniendo en duda la capacidad técnica y profesional de una empresa competidora determinada (CITYLIFT) como conservadora de aparatos elevadores

(65) *Con fecha 21 de noviembre de 2011, ENINTER envió un correo electrónico aseverando: “Cualquier pieza, recambio o avería provocará más gasto y mayor tiempo de puesta en marcha del ascensor que con la empresa matriz (...) Casualmente la Empresa que ha captado estos ascensores es City Lift, empresa del sector y franquiciada” (folio 103).*

4.3.3. ENINTER asegura no realizar manifestaciones sobre sus competidores

(66) *ENINTER ha asegurado a lo largo del expediente no realizar comunicaciones a clientes que contengan manifestaciones o declaraciones sobre empresas competidoras, puesto que es política de empresa no hablar sobre la competencia (folios 556 y 557).*

4.4. Actuación de Ascensores IMEM S.L.

4.4.1. IMEM ha remitido comunicaciones a clientes cuestionando la capacidad técnica, económica y profesional de empresas competidoras no integradas verticalmente como mantenedoras de aparatos elevadores.

(67) *Obran en el expediente diversas comunicaciones con al menos una comunidad de propietarios que se refieren, indirectamente, a la menor fiabilidad y profesionalidad de empresas de mantenimiento competidoras, en particular en lo que respecta al suministro de piezas de recambio.*

(68) *En efecto, con fecha 17 de marzo de 2011 IMEM remitió a una comunidad de propietarios una carta defendiendo que, al ser la empresa fabricante e instaladora, “es la única que puede prestar a los Consumidores y Usuarios un servicio de mantenimiento excelente, permitiendo la mayor garantía y seguridad para los usuarios, al disponer de los repuestos originales y el soporte técnico óptimo para que el ascensor alcance la mayor vida útil en las mejores condiciones de servicio, con un número mínimo de averías y el máximo tiempo de disponibilidad” (folios 105 y 106).*

(69) *Más adelante afirman: “¿Dónde están los repuestos necesarios para atender tanta diversidad de componentes y fabricantes con la rapidez precisa para dar un buen servicio? No hay tiendas de repuestos de ascensores, como sucede con los turismos”.*

(70) *En la mencionada carta asimismo se declara: “¿Qué pensarían si IMEM ASCENSORES les afirmase, contundentemente, que somos los mejores para mantener un ascensor de cualquier otra marca? Seguramente pensarán que no estamos diciendo toda la verdad. ¿Dónde están esos técnicos que dominan todas las tecnologías y marcas, incluso de ascensores que no han visto nunca, como es el caso? No hay escuelas de formación de ascensoristas; cada fabricante tiene su propia tecnología y la tecnología está en continuo cambio”.*

4.4.2. IMEM declara haber enviado la mencionada comunicación como reacción a la oferta de otro competidor, concretamente de CITYLIFT y reconoce aludir a las ventajas que supone contratar con la empresa fabricante e instaladora.

(71) *IMEM reconoce haber enviado la carta a la comunidad de propietarios una vez le informaron de la oferta recibida, concretamente, de CITYLIFT y las declaraciones realizadas por ésta, según IMEM engañosas. Supone por tanto la reacción comercial a la pertinente actuación de CITYLIFT en un caso concreto, sin que dicha comunicación sea publicitada al usuario en general (folio 812).*

(72) *Con fecha 12 de julio de 2012, y en respuesta a la Solicitud de Información realizada por esta DI el 21 de junio de 2012, IMEM remitió varios modelos de cartas enviadas a sus clientes. En dichos modelos se recogen las siguientes afirmaciones en aquellas comunicaciones remitidas una vez el cliente le ha comunicado su intención de resolver el contrato: “Como ustedes conocen, IMEM ASCENSORES es la empresa que diseñó, fabricó, instaló y conserva hasta la fecha su ascensor, permitiendo la mayor garantía, servicio y seguridad para los usuarios, al disponer de los repuestos originales y el soporte técnico óptimo para que los ascensores alcancen la mayor vida útil en las mejores condiciones. Por el contrario, hay empresas, no fabricantes, que a falta de otros argumentos válidos, sólo pueden ofrecer un bajo precio en la cuota de mantenimiento, siendo habitual que promuevan la sustitución innecesaria de componentes por falta de piezas o desconocimiento de su funcionamiento”. No se aporta número de las comunicaciones remitidas de este tipo. (folios 594 a 600).*

(73) *IMEM declara no emitir comunicaciones que contengan afirmaciones directas sobre sus competidores o sobre los servicios que éstos prestan. (folio 589)”.*

4.5. Actuaciones de INDUSTRIAL DE ELEVACIÓN S.A. (INELSA ZENER)

4.5.1. INELSA ha inducido a la terminación del contrato que vinculaba a un competidor con su cliente prevaliéndose de su ventaja como instalador del ascensor.

- (74) *INELSA fue la empresa instaladora y mantenedora de varios ascensores en la mancomunidad de propietarios Cocheras 4 la cual posteriormente cedió a KONE el mantenimiento de los mismos (folio 182)*
- (75) *A través de diversas cartas y comunicaciones, ha quedado probado que INELSA ZENER negó, tras el cambio de mantenedora, el suministro y la reparación de una pieza a KONE ELEVADORES S.A., a lo largo de 2010 y 2011, impidiendo que ésta pudiera prestar eficazmente el servicio de mantenimiento para el que había sido contratado (folios 168 a 278).*
- (76) *A la vez que negaba el suministro de la pieza o la reparación de la misma a la empresa mantenedora, INELSA envió una carta a la mancomunidad de propietarios, ofreciendo sus servicios y asegurando su capacidad para resolver la avería y la disponibilidad de repuestos de las piezas necesarias. En la misiva se manifestaba lo siguiente: “Tras la información recibida (...) en la que nos informaban del deficiente estado y mantenimiento de los ascensores, Industrial de Elevación S.A. se ofrece para la inspección y solución de las averías que mantienen parados durante un largo periodo de tiempo a algunos de los ascensores sin coste alguno para la comunidad (...), quedando únicamente supeditada la presente oferta a la gravedad de las posibles deficiencias provocadas por la actual empresa mantenedora (...). Asimismo, al estar montados los ascensores con nuestro propio material, disponer de repuestos de piezas suficientes y de un personal perfectamente formado, les garantizamos un correcto mantenimiento de las instalaciones y la solución de las averías producidas a la mayor brevedad posible (...)” (folio 193).*

4.5.2. INELSA declara no haber realizado comunicaciones similares en los casos en que ha tenido conocimiento de una avería de un ascensor instalado por ella y mantenido por un competidor.

- (77) *INELSA ha afirmado que no ha remitido ninguna otra comunicación igual o similar a la referida en supuestos en que haya tenido conocimiento de una avería en un ascensor instalado por INELSA cuyo mantenimiento esté a cargo de otra empresa. La comunicación de referencia se remitió como consecuencia de la información de algunos vecinos de la comunidad sobre el estado de los ascensores, debido a que INELSA no podía intervenir en los mismos ni comprobar su estado ni funcionamiento (al no ser la empresa mantenedora), motivo por el cual se decidió enviar el comunicado, si bien dichas afirmaciones no han sido demostradas por la empresa (folio 559).*
- (78) *Asimismo INELSA ha declarado durante el expediente que no realiza comunicaciones a clientes con referencias a otros competidores (folio 559).*

FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO.- Objeto de Resolución y base jurídica. La incoación de este expediente tuvo lugar el 26 de abril de 2012 y se refiere a conductas posteriores a septiembre

de 2007 por lo que la norma aplicable a todos los efectos es la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

A la vista de los Hechos Probados, la DI en su Informe y Propuesta de Resolución elevado a este Consejo conforme al artículo 50.5 de la LDC, propone que se declare la existencia de conductas prohibidas por el artículo 3 LDC y que se declaren responsables de dicha infracción a ZARDOYA OTIS, S.A., SCHINDLER, S.A., ASCENSORES ENINTER, S.L. y ASCENSORES IMEM, S.L., al mismo tiempo que propone el archivo de las actuaciones en relación con INDUSTRIAL DE ELEVACIÓN, S.A, al no haber resultado acreditada la concurrencia de los requisitos establecidos por el artículo 3 LDC.

El Consejo, por tanto, en este expediente tiene que resolver si, como propone la DI, los hechos acreditados reproducidos en los Hechos Probados de esta Resolución son constitutivos de una infracción del artículo 3 de la LDC, al obstaculizar la actividad de los competidores en el mercado de mantenimiento de aparatos elevadores a través del empleo de medios desleales que falsean la competencia afectando al interés público, calificable como infracción grave conforme al artículo 62.3.c) de la LDC.

SEGUNDO.- Valoración jurídica de la DI. El artículo 3 de la LDC prohíbe *“los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afectan al interés público”*. La DI analiza si las prácticas acreditadas constituyen actos de competencia desleal de conformidad con la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD) y, posteriormente, si la conducta, por falsear la competencia, afecta al interés público protegido por la LDC.

Así, la DI tras valorar los Hechos Acreditados recogidos en esta Resolución 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. (105 PR).

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 analiza si las comunicaciones de contenido desleal han provocado o puede provocar una grave perturbación del normal juego de la competencia en el mercado considerado.

La DI tiene en cuenta la especial preocupación que la CNC ha mostrado acerca del funcionamiento competitivo del mercado de mantenimiento de ascensores en España, impulsando investigaciones de distinto alcance, tales como el Informe sobre el mismo publicado en 2011 o la que culminó en la Resolución del Consejo de 10 de enero de 2011, Expte. S/0230/10. También destaca la DI que las comunicaciones en cuestión afectan a la capacidad de elección de un número indeterminado e

indudablemente alto de consumidores, dado el extenso parque de ascensores en funcionamiento en España, y señala que son cartas que se envían habitualmente, al menos como respuesta a una solicitud de baja, lo que indica que, en cualquier caso, afectan a un número elevado de consumidores. Por otro lado, explica que se ha demostrado que las conductas imputadas agravan el insuficiente nivel de competencia efectiva que muestra el mercado de mantenimiento de ascensores y potencian las barreras “naturales” del sector, favoreciendo aún más la integración vertical a través del uso de medios claramente desleales. (112 y 113 PR).

Por todo, 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.”* (270 PR)

En cuanto a INELSA considera la DI que, a pesar de la conducta desleal llevada a cabo por esta empresa constituye un acto de inducción a la infracción contractual (art. 14 LCD), sólo consta en el expediente un único documento de esta empresa a una mancomunidad de propietarios. Y, por tanto, declara que: *“Todo ello y, en particular, el hecho de que no se haya podido acreditar la utilización genérica o habitual de este tipo de comunicaciones, más allá de este caso puntual, por parte de INELSA, determina que, no obstante el probado carácter desleal de la conducta desarrollada por la alegante, no pueda decirse que este comportamiento trascienda la mera relación entre particulares y tenga el impacto suficiente sobre el funcionamiento competitivo del mercado para poder ser considerada una infracción de la LDC. Su represión, en definitiva, debe quedar reservada a la LCD y, su enjuiciamiento, a los órganos de la jurisdicción ordinaria.”* (243 PR).

TERCERO.- Alegaciones a la PR. Aunque nos encontramos ante cuatro conductas independientes llevadas a cabo por cada una de las imputadas, dada la similitud de las mismas, hay una serie de alegaciones comunes de las empresas incoadas, por lo que se procede a resumirlas de manera conjunta para proceder a su contestación de manera agrupada para su mejor comprensión y evitar reiteraciones al respecto en

el Fundamento de Derecho de calificación de las conductas por el Consejo, y posteriormente las alegaciones que de forma individualizada han realizado algunas de las empresas incoadas. Las alegaciones que versan sobre la determinación de la sanción, serán recogidas y contestadas en su correspondiente Fundamento de Derecho.

En relación con las alegaciones presentadas hay que destacar que, con carácter general, en dichas alegaciones no se han discutido 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, que han motivado la incoación de este expediente sancionador, con alguna matización respecto a la duración de los hechos, discrepando únicamente las alegantes de la valoración jurídica como infracción que realiza la DI. Dicha valoración es celebrada por CITYLIFT quien comparte el contenido íntegro de la PR.

1. Sobre el mercado y el ámbito de actuación de las empresas

Todas las partes alegan y argumentan que el mercado español de prestación de servicios de mantenimiento y reparación de ascensores es altamente competitivo frente a los prejuicios que dice tiene la CNC. OTIS subraya los siguientes aspectos: (i) el significativo número de contratos que se pierden a favor de competidores; (ii) la reciente entrada de numerosos competidores en el mercado, debido a la ausencia de barreras de entrada, apunta que en 2012 entraron 76 nuevos operadores según los datos públicos de la Federación Empresarial Española de Ascensores (FEEDA); (iii) la recurrencia, cada vez mayor, a los procesos de licitaciones para la adjudicación de grandes contratos por parte de grandes empresas y administraciones públicas; o (iv) la tendencia constante a la baja de los precios en los últimos años.

2. Sobre las conductas imputadas

2.1 Sobre el contenido desleal

Todas las imputadas disienten de las conclusiones de la DI y alegan que las comunicaciones objeto de investigación, ya sean comunicaciones *ad hoc*, modelos de cartas así como comunicaciones verbales en las que se pone en duda la capacidad técnica de su competidor y su acceso a piezas de recambio originales no constituyen actos de contenido desleal.

Las partes defienden que las comunicaciones que obran en el expediente contienen referencias genéricas a competidores, que a su juicio, se corresponden de forma plena con la realidad, es decir, son exactas y verdaderas, por lo que no puede apreciarse carácter denigratorio alguno. Y que esas actuaciones se producen como reacción a los intentos de la competencia de arrebatarse algún cliente, siendo en ocasiones competidor el denunciante, CITYLIFT, S.A., quien igualmente se dedica, a nivel nacional, a la fabricación, instalación y mantenimiento de ascensores. Y todas niegan que en las cartas exista una negativa de suministro de piezas, lo que no impide que reconozcan (SCHINDLER) que el sistema interno de suministro de

piezas de recambio es más rápido que el servicio externo prestado a terceros mantenedores.

A título de ejemplo, IMEM reconoce que cuando CITYLIFT se presentaba ante los clientes con la intención de quitarle un cliente, esta empresa informaba a sus clientes que CITYLIFT es una franquicia que opera en todo el territorio nacional, que no tiene técnicos especializados en ninguna marca y menos en la de IMEM, que carecen de los medios y conocimientos tecnológicos que forzosamente tiene el fabricante y que, por tanto, no puede ofrecer el mismo nivel de servicio ni acudir a algunos recambios propios. Alega que éstas son afirmaciones puramente informativas, que responden a verdades objetivas, lógicas y elementales, que ayudan al cliente a formar una opinión equilibrada y ajustada a la realidad, y que por notoria no precisa de justificación alguna. Mantiene que no se dice que CITYLIFT no pueden acceder a piezas originales de recambios, sino que IMEM al ser el dueño de la tecnología de algunos componentes, protegidos por la propiedad industrial, puede ofrecer un servicio con inmediatez y urgencia. Añade que no existen “tiendas” de recambios y alega que determinados componentes de alta tecnología, debido a su dificultad, *“colocan a los mantenedores verticalmente integrados en una posición de ventaja para mantener los ascensores fabricados/instalados por ellos mismos”*, (Informe de la Comisión sobre el Mercado de Mantenimiento de Ascensores). En similares términos se pronuncia el resto de imputadas, en el sentido de que las cartas y comunicaciones eran enviadas a clientes que comunicaban su baja o voluntad de baja, y más concertantemente, en caso de bajas anticipadas.

2.2 Sobre la afectación al interés público

De manera similar las imputadas rechazan la existencia de “modelos” de cartas que se envíen “habitualmente” y que “afectan a un número elevado de consumidores” como afirma la DI (228 PR) y niegan por tanto la afectación del interés público.

SCHINDLER señala que se trata de una conducta restringida a un número reducido y específico de clientes y que no tiene la misma aptitud para distorsionar el mercado que una conducta global, contrariamente a lo concluido por la DI. Con carácter general consideran que la DI basa su juicio sobre el número reducido de cartas que consta en el expediente presumiendo la existencia de otras comunicaciones no acreditadas (IMEM dice que solo dispone de dos comunicaciones en el expediente; ENINTER señala que son únicamente tres correos electrónicos; SCHINDLER señala que la acusación contra ella está basada en afirmaciones contenidas en dos cartas concretas, así como en manifestaciones no identificadas contenidas en cartas enviadas *ad hoc*; OTIS declara que se le imputa la remisión de cuatro comunicaciones aisladas a puntos inconexos de la geografía española y clientes diferentes) y reprochan la falta de rigor probatorio alegando que el standard de la prueba utilizado por la DI se aleja de lo exigido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Por su parte las empresas IMEM y ENINTER aportan sus cuotas en el mercado de mantenimiento de elevadores, ya sea nacional o regional para negar cualquier efecto y, por tanto, la afectación a la competencia y al interés general.

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.

SCHINDLER y OTIS coinciden al alegar que la DI considera de manera incorrecta el supuesto efecto cumulativo de las conductas paralelas llevadas a cabo por las diferentes empresas investigadas (párrafo 179 PR). Consideran irrelevante a la hora de valorar si ha habido una infracción o no el artículo 3 de la LDC, el supuesto paralelismo de las conductas imputadas o el efecto acumulativo afirmado por la DI (párrafo 179 PR). Aprecian que es inadecuada la referencia de la DI a la Resolución 529/01, Administradores de Fincas, porque dicha Resolución se centra en los efectos individuales de la conducta de cada infractor y no en los efectos acumulativos de las conductas de los diferentes imputados. También se rechazan la aplicación de la Resolución 652/07 que la DI cita puesto que en ella se trató una infracción del art. 1 LDC y art. 101 TFUE y por tanto nada tiene que ver con el artículo 3 LDC que aquí se aplica. Defienden que el artículo 3 de la LDC se refiere a conductas unilaterales llevadas a cabo por cada una de las empresas y no deja margen a ningún supuesto efecto cumulativo o supuesta conducta paralela. Alegan que no existe prueba ni indicios de ninguna clase de concertación entre las empresas investigadas y que toda la valoración jurídica realizada por la DI está incorrectamente influenciada por esta idea, así como por la opinión infundada de que la competencia en este sector resulta insuficiente.

Más concretamente, SCHINDLER defiende que de la lectura de la Resolución 529/01 se deduce que en el ámbito del artículo 3 de la LDC, la DI debe probar los efectos restrictivos causados por las conductas infractoras, esto es, los efectos probados. En el caso que nos ocupa, no existen efectos distorsionadores de la competencia derivados de las conductas probadas: al contrario, los clientes a los que SCHINDLER dirigió cartas, han cambiado de empresa de mantenimiento (o en su caso han conseguido una renegociación del contrato a la baja), mientras que la facturación obtenida por la venta de piezas de recambio a terceros mantenedores se ha visto incrementada año tras año. A su juicio, esto demuestra que existe una fuerte competencia en el mercado. Igualmente, otras imputadas, como ENINTER y OTIS niegan que la conducta investigada haya producido efectos restrictivos de la competencia, e incluso aluden a la pérdida de clientes.

3. Otras alegaciones

SCHINDLER considera arbitrario que la DI exculpe a INELSA porque solo tiene acreditado la existencia de un documento mientras en su caso presume que los

documentos que constan en el expediente, una carta de fecha 7 de octubre de 2011 y otra de fecha 13 de marzo de 2012, no son los únicos.

Este Consejo coincide con la valoración de la DI (272 PR), y determina que sin perjuicio del carácter desleal de la conducta desarrollada por INELSA, no ha podido acreditarse que este comportamiento trascienda la mera relación entre particulares y afecte al interés público tutelado por la LDC, siendo ésta una condición necesaria para poder ser analizada por la CNC y en su caso considerada como infracción del artículo 3 LDC.

Por otra parte, SCHINDLER alega indefensión ante la supuesta nueva imputación que realiza la DI al tener en cuenta dos frases de contenido desleal que no fueron valoradas con anterioridad al PCH. A su juicio, esta empresa no ha tenido la oportunidad de defenderse ante tal acusación y ello perjudica a su derecho de defensa.

Debe notarse en este sentido que ya en el PCH notificado a SCHINDLER con fecha 26 de febrero de 2013, la DI recogía como Hecho Probado (54) para la imputación de SCHINDLER la siguiente frase contenida en la carta de 7 de octubre de 2011, *“Sólo 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 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”* (folio 109). Por lo tanto, SCHINDLER no puede alegar que la DI basa la imputación de esta empresa en hechos nuevos y, por ende, no puede hablarse de indefensión alguna al ser conocedora de los hechos que se le imputan. Además, debe recordarse, que este expediente no trata de hacer un examen aislado, una a una, de las afirmaciones contenidas en las comunicaciones en cuestión, sino que lo que procede es un análisis en su conjunto o global de todas ellas.

En otro orden de consideraciones, IMEM, en virtud del artículo 51.1 de la LDC que regula la práctica por el Consejo de pruebas siempre que sean distintas de las practicadas en la fase de instrucción por la DI, o de actuaciones complementarias, bien sean de oficio o a instancia de los interesados, cuando dichas pruebas o actuaciones sean consideradas por el Consejo necesarias para la formación del juicio en la toma de decisión, reitera que se practiquen las pruebas solicitadas en las alegaciones al PCH a saber: que se oficie a la Federación Empresarial Española de Ascensores (FEEDA), para que informe del número total de ascensores instalados en España durante los años 2011 y 2012, y las unidades cuyo mantenimiento ha sido realizado por IMEM, así como prueba testifical de los delegados comerciales. La DI rechazó la práctica de dichas pruebas. El Consejo coincide con la DI en que la información que pretendía ya ha sido suministrada y consta en el expediente y respecto el testimonio solicitado de los delegados nada aportaría para su derecho de defensa, puesto que lo que se le imputa que es la remisión de las cartas no ha sido cuestionado por la parte, y por tanto, no procede su admisión en fase de resolución. IMEM también interesa la celebración de Vista ante el Consejo prevista en el artículo

51.3 de la LDC, sin aportar justificación alguna sobre la necesidad de la misma, por lo que el Consejo, a la vista de que la información que obra en el expediente es suficiente para la formación de su juicio y haciendo uso de la potestad que le da el citado artículo, ha valorado que no procede la celebración de Vista.

CUARTO.- Sobre la naturaleza anticompetitiva de la conducta imputada. Corresponde a este Consejo determinar si efectivamente ha existido una vulneración del artículo 3 LDC que establece que se consideraran conductas prohibidas aquellos actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

Como este Consejo ha reiterado en la aplicación del artículo 3 de la LDC la cuestión primordial es si las conductas analizadas, actos incardinados en las conductas sancionadas por la Ley de Competencia desleal, tienen un potencial de distorsión de la competencia que implique una afectación del interés público tutelado (por todas Resoluciones de 11 de junio de 2012, Expte S/0304/10 ENDESA)

Y esta es la situación que se nos presenta en este expediente en el que tendremos que valorar si los operadores imputados, fabricantes de elevadores y competidores en el mercado de reparación y mantenimiento de aparatos elevadores, están distorsionando el citado mercado, impidiendo la entrada a de competidores no fabricantes, mediante actuaciones denigratorias o, en todo caso, desleales.

Antes de proceder a analizar si tales elementos concurren en el caso que nos ocupa de acuerdo con la imputación que realiza la DI y a la vista de las alegaciones y pruebas presentadas por las partes interesadas, resulta necesario realizar una serie de consideraciones sobre las alegaciones realizadas sobre el mercado afectado por las conductas imputadas.

OTIS y SCHINDLER coinciden al alegar que el mercado de mantenimiento y reparación de ascensores está atomizado y que en él existe competencia efectiva, entre otras cosas porque no existen barreras de entrada. Consideran estas empresas 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. ENINTER se manifiesta en sentido contrario a aquellas empresas y afirma que el riesgo para la competencia en este mercado viene de los grandes grupos integrados verticalmente que operan en el sector y que se benefician de su condición de fabricantes de elementos tecnológicos de los ascensores para reforzar su posición en el mercado del mantenimiento y reparación de los mismos.

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 (Ver HP 44). 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 denigratorios 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 e IMEM 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.

Este Consejo, sobre los actos denigratorios ya estableció que: *“La mejor doctrina mercantilista afirma que la denigración es un comportamiento de deslealtad frente al competidor en tanto que obstaculiza o dificulta el ejercicio de la actividad económica*

de un tercero mediante el menoscabo de su reputación o de su ventaja competitiva, pero sobre todo es un acto de deslealtad competitiva frente a los consumidores porque está dirigida a eliminar o distorsionar la libertad y racionalidad de sus decisiones de mercado y, por ello, en último término son conductas aptas para distorsionar el normal juego de la competencia económica. En este sentido, se destaca que el bien jurídico protegido a través de la tipificación de los actos de denigración no es la reputación o crédito del competidor en el mercado como el proceso competitivo, en la medida en que reprimiendo los actos de denigración del competidor se está garantizando la correcta y racional formación del proceso de toma de decisiones de mercado por parte de los consumidores. Por ello, porque el bien jurídico protegido es la competencia económica, al analizar el carácter desleal de las manifestaciones de un agente económico realizadas en el mercado y con fines concurrenciales (art. 2 de la LCD) es preciso tener en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se realizan, que en este caso es el de la conducta del antiguo incumbente de un mercado en proceso de liberalización efectiva.” (RCNC de 29 de julio 2011, expte. S/0184/09 GAS NATURAL).

Así pues, aplicando la doctrina al presente asunto, de la lectura de las comunicaciones remitidas por las imputadas 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.

Existen pronunciamientos judiciales que son trasladables al presente asunto. La Sentencia de 29 de marzo de 2011 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante, declaró que la divulgación por parte de una empresa, que se dedica al mantenimiento de ascensores, de cartas-circulares en las que, entre otras circunstancias, se acusa a los competidores de prestar unos servicios que no garantizan la seguridad, esencial en los ascensores, constituye un ilícito desleal. Concretamente señala que el engaño unido al menoscabo del crédito de una empresa en el mercado, pues da a entender que su actividad contractual en el mercado se basa en el engaño y que los servicios ofertados adolecen de medidas de seguridad, es una actuación que objetivamente es capaz de perjudicarle comercialmente, y que tiene su encaje en el artículo 9 LCD.

La mayoría de las alegantes manifiestan que no hay suficientes comunicaciones para probar que existe un ilícito de conformidad con el artículo 3 LDC y niegan la afectación de la conducta en el mercado, pero a juicio de este Consejo constan en el expediente una muestra elocuente del 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 las imputadas cuentan con un número de clientes considerable, siendo algunas de ellas 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 estas

empresas que permita cuantificar el número de misivas de contenido desleal enviadas a los clientes, e incluso en su intento de cuantificarlas como hace SCHINDLER, no impide que estemos ante una práctica conocida en el sector puesto que algunas imputadas (OTIS, SCHINDLER, IMEM) han reconocido que muchas de esas comunicaciones son modelos y que han sido enviados en más ocasiones que las que constan en el presente caso. Por tanto, el Consejo considera que la conducta que imputa la DI ha quedado debidamente probada de forma clara y suficiente. La documentación que obra en el expediente revela que las comunicaciones de contenido desleal remitidas por éstas a sus clientes ha sido una práctica seguida por todas ellas en el sector y en ellas se descalifica o denigra a los competidores, especialmente a los mantenedores que no son a su vez fabricantes o instaladores de ascensores.

En definitiva, teniendo en cuenta todo lo expuesto, este Consejo considera que las misivas enviadas por SCHINDLER, OTIS, IMEM y ENINTER contienen manifestaciones que sin ser exactas y verdaderas, observadas en su conjunto y sin perder de vista el contexto jurídico y económico en el que se enmarcan, son aptas para desacreditar, menospreciar o denigrar a los competidores en el mercado del mantenimiento y reparación de ascensores. Los actos desleales falsean la libre competencia cuando afectan a la capacidad de competir de otras empresas o alteran el funcionamiento del mercado limitando dicha capacidad y afectando al interés público. El Consejo coincide con la DI en que la conducta desarrollada por las imputadas tiene aptitud para falsear la competencia.

Tal y como ya se ha apuntado con anterioridad, las manifestaciones contenidas en las comunicaciones analizadas, deben situarse en su contexto jurídico y económico. En este sentido, no debe olvidarse que las empresas fabricantes e instaladoras de ascensores son operadores verticalmente integrados que parten con una ventaja competitiva en el mercado conexo de mantenimiento y reparación de ascensores. Esta estructura de mercado, caracterizada por operadores más fuertes con redes en el mercado minorista genera, como ya se ha señalado, barreras a la entrada en el mercado de instalación y mantenimiento. En este contexto los operadores imputados han llevado a cabo las conductas descritas y calificadas ya como actos desleales. Con ello, OTIS, SCHINDLER, ENINTER e IMEM refuerzan las barreras a la entrada en el mercado de terceros competidores mantenedores que no se encuentran verticalmente integrados, obstaculizando la competencia y entorpeciendo la consolidación de las pequeñas empresas dedicadas al mantenimiento y reparación de ascensores fabricados e instalados por otros operadores. Por ello, estamos ante actos de competencia desleal que, falsean la libre competencia, afectando al interés público, en el sentido del artículo 3 de la LDC.

En contra de lo que OTIS y SCHINDLER sostienen, la DI no se está apoyando en que exista una conducta paralela para imputar una ilícito del artículo 3 de la LDC. Entre otras cuestiones porque, como apunta la propia SCHINDLER, la concertación no constituye un presupuesto del tipo infractor bajo este artículo. Lo que si es cierto es que, dado el contexto económico en que se producen las conductas infractoras

su potencial efecto sobre la obstaculización de la competencia en el mercado se acrecienta.

Y difícilmente se puede aceptar como justificación que las cartas aquí investigadas sean una reacción comercial lícita ante la pérdida de clientes. Efectivamente lo que se reprocha en esta Resolución no es que las imputadas intenten mantener su cartera de clientes, sino que utilicen medios desleales, manifestaciones fundamentalmente denigratorias contenidas en las misivas, para hacerlo, dañando la competencia en el mercado de aquéllas empresas que no tengan la condición de estar presentes en los dos mercados conexos identificados. De ahí, que el hecho de haber sido enviadas las comunicaciones como reacción a una solicitud de baja, no elimina los efectos dañinos derivados de su contenido. Igualmente, el hecho de que las imputadas hayan perdido clientes recientemente, no evita el efecto perjudicial a la competencia provocado con la emisión de las comunicaciones objeto de investigación.

QUINTO.- Sobre la responsabilidad y la determinación del importe de la sanción. De acuerdo con el artículo 61 de la LDC: *“Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley”* que, conforme a lo dispuesto por el artículo 63 de la misma Ley, podrán ser sancionados con multa cuando la infracción ha sido cometida deliberadamente o por negligencia.

Ha quedado acreditado y probado en este expediente que ZARDOYA OTIS, S.A., SCHINDLER, S.A., ASCENSORES ENINTER, S.L. y ASCENSORES IMEM, S.L., han llevado a cabo de forma independiente cada una de ellas, conductas que obstaculizan el ejercicio de la actividad de sus competidores en el mercado de mantenimiento de aparatos elevadores a través del empleo de medios desleales, lo que constituye una infracción tipificada en el artículo 3 de la LDC considerada infracción grave de conformidad con el artículo 62.3 c) de la LDC. De acuerdo con el artículo 63 de la LDC, las infracciones graves podrán sancionarse con una multa de hasta el 5% del volumen de negocios total de la empresa infractora.

A la hora de modular la cuantía dentro de dicho límite, el artículo 64 se remite a los criterios de dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables, el alcance y duración de la infracción, los efectos sobre los derechos legítimos de competidores y consumidores y usuarios, así como los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción y, en su caso, las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas. El Consejo tiene en cuenta asimismo la doctrina del Tribunal Supremo, según la cual este Consejo a la hora de fijar la multa ha de tener, *“...como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas”*.

Para la aplicación de la *"Comunicación de la CNC sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3*

de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del tratado de la Comunidad Europea", que recoge en su sistemática de cálculo los anteriores criterios, el Consejo, con fecha 31 de julio de 2013 ha solicitado a las imputadas que completaran la información sobre el volumen de negocios (Ver AH 16). En los Hechos Probados recogidos en esta Resolución han quedado determinados los hechos que se han considerado acreditados para cada una de las empresas de forma individualizada, sin perjuicio de que el Fundamento de Derecho relativo a la calificación de la conducta sea el mismo para todas las empresas imputadas dada la similitud de las prácticas analizadas, se ha tenido en cuenta la responsabilidad individual de cada una de ellas. En el caso de Zardoya OTIS las comunicaciones que constan en el expediente remitidas a lo largo del año 2012 a distintos puntos de España como levante, el País Vasco o la zona centro, ponen en duda la capacidad técnica y profesional de las empresas no integradas verticalmente. Igual o similar contenido tienen las comunicaciones remitidas a lo largo de 2011, tanto por ENINTER, a Valencia y Barcelona, como por IMEM en las remitidas a Asturias y en los modelos, cuatro, que constan en el expediente y que reconoce envió a otros destinatarios. Por lo que se refiere a SCHINDLER, reconoce la remisión de al menos 461 cartas.

Por tanto para el cálculo del importe base sobre el que aplicar el tipo sancionador el Consejo ha tenido en cuenta los ingresos obtenidos en el mercado de reparación y mantenimiento de elevadores en el periodo acreditado en el que cada una de las imputadas ha estado remitiendo las cartas.

OTIS discrepa del alcance amplio de la conducta considera por la DI y alega que no se trata de una práctica habitual. A juicio del Consejo, ha quedado suficientemente probado que el envío de este tipo de misivas es una práctica habitual de OTIS.

ENINTER argumenta que dado que el mercado relevante es el del mantenimiento y reparación de ascensores de ámbito provincial, el mercado afectado sería la provincia de Valencia, de Barcelona o, a lo sumo, ambas provincias. El Consejo disiente de esta alegación porque lo que se sanciona es la práctica de la empresa que actúa en el ámbito nacional y tratando de impedir la entrada de empresas que quieren operar en todo el territorio nacional.

Por lo que se refiere al tipo a aplicar de acuerdo con la Comunicación, y que según la calificación de la conducta podría llegar al 5%, en el caso de ZARDOYA OTIS S.A., ENINTER, IMEM, el Consejo considera adecuado y proporcional un tipo del 1%. No obstante y por lo que se refiere a SCHINDLER, que como consta acreditado y ha reconocido la imputada (HP 60 y 61) tenía *modelos preestablecidos por la propia compañía*, que remitía siempre ante determinados supuestos, como por ejemplo cuando un cliente le comunicaba que pasaba a otra empresa. El Consejo considera que por proporcionalidad, el tipo a aplicar debe ser del 2%.

Con estas premisas las multas resultantes son:

ZARDOYA OTIS S.A., por su participación en la infracción, acreditada desde el día 26 de enero de 2012 hasta el 13 de noviembre de 2012, aplicando un tipo del 1%

sobre la base del volumen de negocios en el mercado afectado comunicado por la empresa (folio 2776), la cantidad que resulta es de 2.845.362 euros.

SCHINDLER por su participación en la infracción, acreditada desde el día 7 de octubre de 2011 hasta 30 de marzo de 2012, aplicando un tipo del 2% sobre la base del volumen de negocios en el mercado afectado comunicado por la empresa (folio 2791), la cantidad que resulta es de 1.892.690 euros

ENINTER, por su participación en la infracción acreditada desde el día 29 de marzo de 2011 hasta 21 de noviembre de 2011, aplicando un tipo del 1% sobre la base del volumen de negocios en el mercado afectado comunicado por la empresa (folio 2767), la cantidad que resulta es de 103.533 euros.

IMEM por su participación en la infracción acreditada desde 17 de marzo de 2011 hasta 3 de junio de 2011, aplicando un tipo del 1% sobre la base del volumen de negocios en el mercado afectado comunicado por la empresa (folio 2760), la cantidad que resulta es de 25.732 euros.

Las imputadas alegan atenuantes, en concreto SCHINDLER alega que debe tenerse en cuenta como atenuante del 64.3.d) LDC que ha colaborado más allá del simple deber de colaboración por haber aportado voluntariamente nueva y exhaustiva información que ha resultado útil a la investigación, y ENINTER alega que había puesto fin a la infracción antes de la incoación. El Consejo no aprecia que la respuesta aportada por SCHINDLER a requerimiento de la DI pueda considerarse una colaboración activa y efectiva sino el cumplimiento de su deber de acuerdo con el artículo 39 de la LDC. Y por lo que se refiere a ENINTER (e IMEM), si bien la acreditación es de 2011, no han aportado información alguna de haber *“realizado actuaciones que pongan fin a la infracción”* sino que es posible que en ese periodo no se hubieran dado los supuestos que desencadenaban la remisión de dicho tipo de cartas o, simplemente que no se haya acreditado.

Por su parte la DI considera que OTIS emitió una carta con contenido desleal, de fecha 13 de noviembre 2012, esto es, con posterioridad a la incoación del presente expediente, lo que podría considerarse como agravante. En el cálculo de la sanción el Consejo ha tenido en cuenta dicha carta como fecha final de la infracción por lo que excluye la aplicación del agravante.

En resumen y dado que no se consideran circunstancias agravantes ni atenuantes las sanciones a imponer son las más arriba descritas, que no superan el límite del 5% del Volumen de negocios del año anterior de acuerdo con el artículo 63 de la LDC, más aún en ninguno de los casos alcanza el 1% de dicho volumen, siendo la más elevada en proporción a sus ingresos la de SCHINDLER, que supone un 0,6% de su volumen de negocios en 2012. En su virtud, visto los artículos citados y los demás de general aplicación, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia,

RESUELVE

PRIMERO.- Declarar acreditada la existencia de cuatro infracciones del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia, consistentes en obstaculizar la actividad de los competidores en el mercado de mantenimiento de aparatos elevadores a través del empleo de medios desleales, de las que son responsables respectivamente, ZARDOYA OTIS, S.A., SCHINDLER, S.A., ASCENSORES ENINTER, S.L., y ASCENSORES IMEM, S.L.

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

- 2.845.362 euros, (dos millones ochocientos cuarenta y cinco mil trescientos sesenta y dos euros) a ZARDOYA OTIS, S.A.
- 1.892.690 euros, (Un millón ochocientos noventa y dos mil seiscientos noventa euros) a SCHINDLER, S.A.
- 103.533 euros, (ciento tres mil quinientos treinta y tres euros) a ASCENSORES ENINTER, S.A.
- 25.732 euros, (veinticinco mil setecientos treinta y dos euros) a ASCENSORES IMEM, S.L.

TERCERO.- Declarar que no ha resultado acreditada la infracción de la LDC por parte de la empresa INDUSTRIAL DE ELEVACIÓN, S.A. (INELSA) y archivar las actuaciones realizadas.

CUARTO.- Intimar a cada una de las empresas sancionadas a no realizar este tipo de comunicaciones.

QUINTO.- Instar a la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia para que vigile el cumplimiento de esta Resolución.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación de la CNC y notifíquese a las interesadas haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo en la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde la notificación.