

RESOLUCIÓN

Expte. S/0230/10 APARATOS ELEVADORES

CONSEJO

D. Luis Berenguer Fuster, Presidente
D. Julio Costas Comesaña, Consejero
D^a. María Jesús González López, Consejera
D^a. Inmaculada Gutiérrez Carrizo, Consejera

En Madrid, a 10 de enero de 2011

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), con la composición arriba expresada, ha dictado la siguiente Resolución en el Expte. S/0230/10 APARATOS ELEVADORES tramitado de oficio por supuestas prácticas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en el sector de fabricación, comercialización, instalación y mantenimiento de aparatos elevadores y escaleras mecánicas.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El 1 de julio de 2009, en el marco de las Diligencias Previas DP/024/09, la Directora de Investigación dictó una Orden de Investigación de las empresas: Schindler, S.A. (SCHINDLER), Thyssenkrupp Elevadores, S.L. (THYSSEN), Zardoya Otis, S.A. (OTIS) y Orona Sociedad Cooperativa (ORONA). El objeto de la investigación era contrastar la existencia de actuaciones que pudieran constituir prácticas prohibidas por el artículo 1 LDC y 101 del TFUE así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre del mercado de fabricación, comercialización, instalación y mantenimiento de aparatos elevadores y escaleras mecánicas.

La Dirección de Investigación justifica en su propuesta la apertura de oficio de las Diligencias Previas por tratarse de un sector que había sido analizado en múltiples ocasiones, fundamentalmente en operaciones de concentración, detectándose problemas estructurales así como indicios de reparto de mercado y de conductas potencialmente abusivas. Por otra parte, la Dirección de Investigación ha recibido numerosas consultas y quejas de varios operadores y consumidores relacionados específicamente con el mercado de mantenimiento de aparatos elevadores.

2. Las investigaciones domiciliarias se llevaron a cabo el día 9 de julio de 2009 previa concesión, por parte del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo correspondiente, de la oportuna autorización judicial.
3. Con posterioridad se han realizado diferentes requerimientos de información a las empresas investigadas (SCHINDLER, THYSSEN, ORONA y OTIS), a mantenedores independientes, a empresas que suministran piezas de repuesto de tipo eléctrico o

electrónico a los mantenedores independientes y a las Delegaciones Provinciales de Industria.

4. Con fecha 4 de junio de 2010 tuvo entrada en esta Dirección de Investigación escrito de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA) en el que comunica que habían tenido conocimiento de la existencia de una cláusula potencialmente abusiva incluida en un contrato tipo cuya aplicación podría haberse generalizado a otras Comunidades, por lo que considera que el órgano competente para conocer del asunto sería la CNC.
5. El 2 de diciembre de 2010 la Dirección de Investigación eleva al Consejo una propuesta en la que analiza determinados documentos e informaciones obtenidos en la inspección, en las respuestas a los requerimientos de información o en escritos de diferentes fuentes a los que ha tenido acceso por si fueran constitutivos de un ilícito de acuerdo con los artículos 1, 2 y 3 LDC.
6. El presente expediente afecta a la industria de sistemas o equipos de transporte, cuyos principales productos atendiendo a los Informes del extinto Servicio de Defensa de la Competencia (EXPTE. N-302 UNITED TECHNOLOGIES CORPORATION/SUZHOU JIANGNAN ELEVATOR Y EXPTE. N-05007 KONE/MCGREGOR) son por una parte los sistemas de transporte vertical, dentro de los cuales se inscriben los ascensores y por otra los sistemas de transporte horizontal entre los cuales se encuentran las escaleras mecánicas y los andenes móviles.

Dentro del mercado de fabricación y venta de ascensores, los precedentes (C/108 /07 ORONA/ASCENSORES GASTEIZ; Expte. C/0109/08 ORONA/ASCENSORES SAGASTIZABAL; Expte. C/150/09 ORONA/OMEGA) han distinguido dos sub-mercados más estrechos: el mercado de fabricación y venta mayorista, que incluiría la actividad de fabricación y las ventas entre operadores, y el mercado de venta e instalación de ascensores, que comprendería las ventas a clientes finales, incluyendo instalación y montaje. Su ámbito geográfico sería nacional.

El mercado de mantenimiento y reparación de ascensores es considerado en la precitada Resolución C-108/07 ORONA/ASCENSORES GASTEIZ como un mercado secundario con respecto al de venta e instalación, pues necesariamente para que haya demanda de mantenimiento ha de existir previamente un parque de ascensores instalado. En cuanto a la oferta, en general comprende a los operadores activos en fabricación e instalación de ascensores, esto es, a operadores verticalmente integrados, así como a operadores activos sólo en el mercado de mantenimiento y reparación. Estos últimos suelen tener pequeñas y medianas empresas no necesariamente presentes en todo el territorio nacional.

Todos los precedentes señalados coinciden en considerar el mercado del mantenimiento y reparación de ascensores como provincial por las siguientes razones:

- Con el objeto de asegurar una inspección y mantenimiento fiables, y una reparación rápida y adecuada (en las horas siguientes a la recepción del aviso de avería), es preciso garantizar la presencia física de la empresa conservadora en la zona donde se ubiquen los ascensores cuyo mantenimiento y reparación tengan contratados. Por

ello, las empresas activas en este mercado disponen de servicios técnicos que atienden áreas más reducidas que el territorio nacional, normalmente provincias.

- Además, las empresas organizan su operativa mediante rutas de revisión programadas, de tal manera que los técnicos se suelen desplazar con furgonetas ligeras que podrían llegar a atender un radio de hasta 100 km. a la redonda.
- La normativa vigente exige, para prestar servicios de conservación de ascensores, estar en posesión de un "certificado de conservador", que se obtiene cumpliendo los siguientes requisitos: (i) contar en la plantilla, a nivel de empresa, como mínimo con un titulado (ingeniero superior o técnico) y dos operarios cualificados que habrán de estar en jornada laboral completa, y (ii) contar, a nivel provincial, con un operario cualificado con categoría de oficial por cada 75 aparatos a conservar y con un local con teléfono, repuestos y demás medios necesarios para atender eficazmente su trabajo

Cuotas de mercado 2006-2008			
MERCADO DE FABRICACIÓN Y VENTA DE ASCENSORES EN ESPAÑA 2006-2008			
Operador	Cuota (2006)	Cuota (2007)	Cuota (2008)
ORONA	[10-20%]	[10-20%]	[10-20%]
THYSSEN	[20-30%]	[20-30%]	[20-30%]
ZARDOYA OTIS	[20-30%]	[10-20%]	[10-20%]
SCHINDLER	[20-30%]	[10-20%]	[10-20%]
KONE	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
FAÍN	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
GRUPO ENOR	[0-10%]	[0-10%]	[0-10%]
OTROS	[10-20%]	[0-10%]	[0-10%]
TOTAL	100,00%	100,00%	100,00%

Fuente: Resolución Consejo CNC (Expte. C-150-09 ORONA/OMEGA)

La Dirección de Investigación manifiesta de acuerdo con los precedentes que los mercados de instalación y venta de ascensores y los de mantenimiento y reparación de ascensores están estrechamente vinculados. La información que se ha recabado de los Registros de Aparatos Elevadores (RAE) de las Delegaciones Provinciales de Industria ratifica estos hechos. La mayoría de los elevadores instalados en España son instalados y mantenidos por la misma empresa (68%). El 32% restante es mantenido por una empresa distinta que puede estar verticalmente integrada o no. Esta pauta se repite prácticamente para todas las CCAA con algunas excepciones.

Este patrón es especialmente acentuado en el caso de las empresas de mayor tamaño donde el porcentaje de fidelización en el mantenimiento se sitúa por encima del 80%. Por el contrario, en el grupo de pequeñas y medianas empresas y en el de "otras" este porcentaje es bastante menor aunque importante (superior al 40 %).

Elevadores instalados y mantenidos por la misma empresa por tipo de empresa			
Tipo	Total Elevadores Instalados (A)	Total Elevadores Instalados y Mantenidos (B)	%(B/A)
Orona	58.728	53.488	91,08%
Kone	11.180	9.041	80,87%
Otis	89.199	73.810	82,75%
Schindler	50.393	42.572	84,48%
Thyssen	47.969	42.229	88,03%
Otros	136.300	55.810	40,95%
MANT	10.595	8.305	78,39%
Pymes verticalmente integradas	71.247	38.712	54,33%
Total	475.611	323.967	68,12%
<i>Fuente: elaboración propia a partir de información facilitada por los RAE provinciales. Ver nota metodológica.</i>			

La Dirección de Investigación indica algunos factores que explican esta tendencia y que ya han sido analizados en algunos precedentes de la CNC:

- El primer contrato de mantenimiento se suele firmar en el momento de la adquisición del ascensor por el promotor, subrogándose después la comunidad de propietarios.
- Existencia de obligación legal de dar de alta el contrato de mantenimiento en el RAE en el momento de la puesta en funcionamiento del ascensor.
- El instalador está obligado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 a ofrecer una garantía de dos años, presumiéndose salvo prueba en contrario que las faltas que se manifiesten durante los seis meses posteriores a la contratación existían a la entrega del producto.
- El usuario tiende a considerar que la empresa instaladora conoce bien el aparato y está en condiciones óptimas de prestar el servicio de mantenimiento.

Estos factores llevan a que los intereses de promotores y fabricantes no se encuentren alineados con los de los demandantes de servicios de mantenimiento. Por un lado, los promotores estarán interesados en un bajo precio del ascensor y serán poco sensibles a elevados precios en el preceptivo contrato de mantenimiento pues el pago de este servicio corresponderá al comprador. Por otro lado, el fabricante podrá ofrecer un bajo precio por la venta e instalación del ascensor sacrificando margen que luego podrá

recuperar a lo largo de la vigencia del contrato de mantenimiento por los factores antes descritos: el mantenimiento suele ser contratado al instalador del ascensor y la demanda de mantenimiento es poco sensible al precio.

7. Los hechos que se analizan en la Propuesta de Archivo hacen referencia a diferentes aspectos:

A. Escaleras mecánicas

“(92) De la información obtenida en la inspección llevada a cabo en las sedes de SCHINDLER y ORONA, corroborada posteriormente mediante requerimientos de información a SCHINDLER y ORONA, se deduce que dichas entidades suscribieron un acuerdo en virtud del cual SCHINDLER suministraría escaleras mecánicas y otros sistemas de transporte horizontal sin montar a ORONA (folios no confidenciales 984-986; folios CONFIDENCIALES 26-45; 48-53; 72; 130-170; 697-737; 738-771; 786; 988-1028). Este acuerdo incluye un listado de clientes [CONFIDENCIAL] (folios no confidenciales 984-985; folios CONFIDENCIALES 26-45; 48-53; 72; 130-170; 697-737; 738-771; 786; 988-1028). El acuerdo no contiene expresamente “cláusulas de no competencia” y, en todo caso, la duración del mismo es inferior a cinco años [CONFIDENCIAL]. El acuerdo limita la comercialización del producto por parte de ORONA a un determinado territorio. [CONFIDENCIAL]

(93) Según la información facilitada por ORONA a requerimiento de esta DI, esa entidad no opera en el mercado de fabricación y venta mayorista de sistemas de transporte horizontal (folio 960). Por su parte SCHINDLER afirma, también en la información facilitada a requerimiento de esta DI, que ORONA es un distribuidor que no fabrica bienes que compitan con los bienes objeto de contrato y que ORONA y SCHINDLER son competidores en el mercado de escaleras mecánicas porque SCHINDLER suministra a ORONA los equipos correspondientes para la fabricación y montaje de las citadas escaleras (folio 985). En opinión de SCHINDLER, ORONA es libre de comprar a otros fabricantes los equipos correspondientes para la fabricación y montaje de las escaleras (folio 986). Así se deduce también de la contestación de ORONA al requerimiento de esta DI (folio 956 confidencial). Por tanto, sólo SHINDLER opera en el mercado de fabricación y venta mayorista de sistemas de transporte horizontal pero tanto SHINDLER como ORONA operan en el mercado de la distribución minorista de sistemas de transporte horizontal (folios 959, 982)”.

La Dirección de Investigación subraya que el contrato suscrito entre SCHINDLER y ORONA es un acuerdo entre dos empresas que operan en planos distintos de la cadena de producción y distribución de sistemas de transporte horizontal y referido a las condiciones en que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios. Es, por tanto, un acuerdo vertical que habrá que analizar de acuerdo con los Reglamentos de exención comunitarios.

El Reglamento (UE) N° 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (en

adelante Reglamento (UE) N° 330/2010) sustituye al Reglamento (CE) n° 2790/99 de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (en adelante Reglamento (CE) n° 2790/99). El nuevo Reglamento entró en vigor el 1 de junio de 2010 en virtud de lo dispuesto en su artículo 9 el cual establece asimismo un periodo transitorio para los acuerdos vigentes a 31 de mayo de 2010 que no cumplan los requisitos para la exención recogidos en el Reglamento. Este periodo transitorio se extiende desde el 1 de junio de 2010 hasta el 31 de mayo de 2011. Por ello, la Dirección de Investigación considera que al no haber expirado este periodo transitorio, el contrato debe analizarse a la luz del Reglamento (CE) n° 2790/99. El análisis que la Dirección de Investigación realiza se concreta como sigue:

“(149) A pesar de tratarse de empresas competidoras en la distribución minorista de los productos objeto del contrato, el contrato disfruta de la exención en virtud de lo establecido en el artículo 2.4.b) del Reglamento (CE) n° 2790/99 pues el proveedor es fabricante y distribuidor de bienes y el comprador es un distribuidor que no fabrica bienes que compitan con los bienes del contrato. Asimismo, esta exención es aplicable ya que la cuota de mercado del proveedor en el mercado relevante de fabricación y venta mayorista de sistemas de transporte horizontal no excede de 30% (art. 3.1. del Reglamento (CE) n° 2790/99) como figura en el apartado relativo al mercado (párrafo 41 de esta Propuesta).

(150) Por otra parte, aunque el contrato incluye determinadas restricciones (párrafo 92 de esta Propuesta), éstas quedan amparadas por lo dispuesto en la excepción del artículo 4. b) del Reglamento (CE) n° 2790/99 pues se restringen las ventas activas en el territorio o al grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor o asignados en exclusiva por el proveedor a otro comprador y no se limitan las ventas de los clientes del comprador. Finalmente, el acuerdo no contiene ninguna de las cláusulas a las que hace referencia el art. 5 del citado Reglamento.

(151) A la vista de lo anterior, puede afirmarse que aunque el acuerdo vulnerase el art. 1 LDC quedaría amparado por lo dispuesto en el Reglamento (CE) n° 2790/99.”

B. Ascensores

A este respecto se han identificado cuestiones a analizar en relación con los siguientes aspectos: a) Acceso a piezas de recambio y a útiles de diagnóstico; b) Ofertas de mantenimiento a bajo precio; c) Cartas de instaladores y d) Denuncias de diferente naturaleza. A continuación se describen los hechos analizados relativos a cada uno de estos aspectos.

a) Acceso a piezas de recambio y a útiles de diagnóstico

En las sedes inspeccionadas se hallaron indicios de posibles irregularidades en el suministro de determinados repuestos originales, particularmente útiles de diagnóstico (Instrumentos electrónicos que se emplean para detectar averías y en ocasiones también programar determinados elementos de los ascensores) y placas y memorias. Estas

últimas son piezas electrónicas que han de ser generalmente programadas de acuerdo con las características de cada ascensor. No obstante, la información recabada en la inspección también incluye evidencias de suministro de repuestos a competidores.

Con objeto de establecer si las irregularidades eran generalizadas y existían indicios de negativa de suministro en piezas de repuesto, se remitieron requerimientos de información a once operadores del mercado de mantenimiento de ascensores de pequeño y mediano tamaño. Del análisis realizado la Dirección de Investigación deduce que:

- Existen proveedores de piezas de recambio independientes de las grandes compañías verticalmente integradas. Numerosos mantenedores adquieren a estos operadores de manera satisfactoria las piezas de recambio. También pueden adquirirse a estos proveedores los útiles de diagnóstico.
- Diez de los once operadores o bien mantienen todas las marcas o estarían dispuestos a mantener todas. Si no las mantienen todas aportan explicación objetiva para ello (no se encuentran preparados para ello por la complejidad técnica o por no estar dispuestos a tener repuestos de tantas marcas).
- Estos operadores dicen obtener sus repuestos tanto del fabricante del ascensor como de fabricantes y distribuidores de componentes de ascensores nacionales e internacionales y citan una lista relativamente extensa.
- Nueve de estos once operadores manifiestan no tener en la actualidad ningún problema en el suministro de piezas de recambio en forma de retrasos, de negativa de suministro o de precios excesivamente elevados. Alguna contestación da a entender que esos problemas sí se han producido en el pasado. El plazo de entrega habitual parece ser de 15 días.
- No obstante, un operador del mercado de mantenimiento, GEXXI, señala que las dificultades en el acceso a repuestos se limitan a los componentes no estándar sean mecánicos, eléctricos o electrónicos (folio 1750). Manifiesta haber tenido dificultades en el suministro con varios proveedores y lo documenta. En cuanto a SCHINDLER, considera que el precio de placas y memorias es excesivo y que el plazo de suministro (dos semanas) también lo es. También refieren que SCHINDLER no suministra determinada información técnica, tampoco suministra útiles de diagnóstico y no repara las placas. Por lo que respecta a ORONA y THYSEN, GEXXI señala que no le han sido suministrados los útiles de pruebas. Finalmente, otros operadores habrían encriptado sus repuestos, lo cual a su vez habría obstaculizado el mantenimiento de sus ascensores. La Dirección de Investigación también habría recibido un escrito de una comunidad de propietarios poniendo de manifiesto anomalías en relación con el suministro de una consola de programación.

En vista de ello, la Dirección de Investigación procedió a analizar con mayor detenimiento el suministro de placas o tarjetas por parte de SCHINDLER, el suministro de útiles de prueba y la encriptación.

i. Suministro de placas o tarjetas por parte de SCHINDLER

De la información aportada por GEXXI se deduce que SCHINDLER facilita determinados repuestos en un plazo de 15 días y que en ocasiones solicita información concreta acerca del ascensor al que va destinado el repuesto.

En su respuesta al requerimiento de información remitido por la Dirección de Investigación, SCHINDLER explica que:

- Dado que cada tarjeta SIM es única para cada ascensor, no es posible mantener un stock de tarjetas SIM. Por tanto, el pedido siempre debe hacerse de forma unitaria para cada necesidad concreta de tarjeta SIM.
- Es necesario programar las tarjetas SIM para cada ascensor en función de sus especificaciones de funcionamiento. Por ello, para reemplazar la tarjeta SIM, es necesario que SCHINDLER recupere los datos específicos de ese ascensor en su banco de datos, para cargarlos en la tarjeta.
- El precio que factura SCHINDLER ELECTRONICS LTD. a SCHINDLER S.A. por la tarjeta es exactamente el mismo cuando el mantenimiento lo realiza SCHINDLER que cuando lo realiza un tercero. Así, la delegación de mantenimiento que realiza la reparación cobrará al cliente (i) la remuneración pertinente por el servicio (mano de obra, etc.) y (ii) una cantidad por la tarjeta SIM. Si el mantenimiento lo lleva a cabo un tercero, SCHINDLER, S.A. vende la tarjeta a dicho tercero mantenedor por la misma cuantía.

ii. Suministro de útiles de prueba

Con vistas a determinar si el útil de pruebas es necesario e insustituible para el correcto mantenimiento de los ascensores se requirió información a SCHINDLER, ORONA, THYSSEN y OTIS. Estos operadores manifiestan que:

- El útil de pruebas no es insustituible para poder determinar dónde está una avería y poder posteriormente repararla. Afirman puede ser necesario para diagnosticar determinadas averías más complejas.
- Suministran estos equipos a terceros, aportando asimismo prueba documental de tal afirmación en forma de facturas. En la documentación recabada en la inspección se encuentran también evidencias de suministro del útil de diagnóstico por canales alternativos al fabricante y directamente del fabricante.

iii. Encriptación

GEXXI informa de que la encriptación de repuestos con código cliente dificulta el mantenimiento puesto que no se puede acceder a la programación o desbloqueo en caso de avería sin este código. Los casos que cita GEXXI hacen referencia a instaladores distintos de los inspeccionados.

La Dirección de Investigación envió un requerimiento de información a seis empresas que suministran piezas de repuesto de tipo eléctrico o electrónico a los mantenedores independientes. Ninguna de ellas dijo fabricar herramientas de programación o diagnosis para SCHINDLER, OTIS, ORONA o THYSSEN. Dos de estos cinco proveedores, afirman que codifican sus piezas en determinados casos (el primero

cuando diseña una pieza a medida para un cliente siguiendo sus especificaciones; el segundo para seguimiento de sus clientes).

La Dirección de Investigación considera que los operadores verticalmente integrados podrían gozar de posición de dominio en un posible mercado de suministro de piezas de repuestos originales y útiles de prueba. Por ello, analiza si los hechos descritos pueden ser constitutivos de un abuso consistente en la negativa de suministro o en la excesiva duración de los contratos.

La Dirección de Investigación concluye que no puede acreditarse un abuso consistente en una negativa de suministro.

Por lo que respecta a las piezas de repuesto originales, concretamente placas y tarjetas SIM:

- Aun admitiendo que las mismas sean esenciales para competir en el mercado de mantenimiento, no se han acreditado estrategia de negativas de suministro propiamente dichas.
- Las respuestas de los clientes no permiten concluir que el plazo de 15 días para servir las piezas puede ser considerado una negativa de suministro constructiva.
- En cuanto a los precios cargados por SCHINDLER, no existen indicios de que cargue un coste diferente por las placas a los terceros mantenedores y, en todo caso, siguiendo el criterio del Consejo de la CNC en el asunto S/0177/09 3M, no hay evidencia de negativa de suministro constructiva lo suficientemente generalizada como para llevar a la exclusión de GEXXI (que es el operador que ha cuestionado los precios cargados por SCHINDLER) del mercado de los servicios del mantenimiento.

En cuanto al resto de repuestos que no precisan de programación de acuerdo con las especificidades de cada ascensor, ha quedado acreditado por un lado que existen numerosos distribuidores multimarca que disponen de los mismos y a los que los operadores acceden habitualmente de forma satisfactoria y por otro lado que no existen negativas de suministro generalizadas por parte de los fabricantes originales de las piezas en tanto la mayoría de los operadores consultados han manifestado no haber experimentado problema alguno en el suministro de piezas de repuesto.

Por otra parte, cabría considerar si la encriptación de repuestos constituye una negativa constructiva de suministro en tanto vuelve inservible el repuesto en caso de no contar con el código en cuestión. No obstante, primero, no se ha evidenciado que los operadores que encriptan tengan una posición de dominio; segundo, no operan en el mercado del mantenimiento, al que supuestamente querrían extender su posición de dominio y tercero, no se han constatado los efectos perversos de esta conducta en el mercado.

En cuanto al suministro de información técnica, hay que destacar que la normativa sectorial prevé la obligación de suministrar la información técnica necesaria para el uso normal y el mantenimiento de cada ascensor (apartado 6.2. Anexo I, RD1314/1997). No hacerlo supondría en su caso un ilícito sectorial del que ha de conocer la Autoridad Territorial Competente en cada caso. El cumplimiento de tal obligación es relevante

desde la óptica de la Defensa de la Competencia pues posibilita que los mantenedores puedan operar.

En suma, con independencia de la supuesta existencia de una posición dominante de los instaladores verticalmente integrados en el mercado de repuestos originales, la Dirección de Investigación no considera probado que existan indicios de un comportamiento abusivo por parte de los mismos en dicho mercado pues o bien no existen tales negativas o no son generalizadas, o los retrasos son justificados o razonables. Asimismo, no se ha acreditado que el suministro de estos repuestos haya llevado o haya podido llevar a la exclusión de competidores del mercado conexo de mantenimiento de aparatos elevadores.

En cuanto al suministro de útiles de prueba, no se trata de un elemento esencial con carácter generalizado, existen de fuentes de suministro alternativas a las de los fabricantes de los útiles a los que recurren tanto mantenedores independientes como los propios operadores verticalmente integrados y no se aprecia una estrategia manifiesta de negativa de suministro.

Por tanto, supuesto que existiera un mercado de venta de útiles de prueba, no habría quedado acreditada la posición de dominio en su caso de los operadores verticalmente integrados pues se ha documentado que existen proveedores alternativos a los cuales mantenedores independientes han podido recurrir con éxito.

b) Ofertas de mantenimiento a bajo precio

GEXXI afirma que OTIS hizo una oferta a determinados clientes de GEXXI en Córdoba de 25 euros mensuales más IVA durante el primer año de contrato, 50 euros el segundo, 75 euros el tercero y 100 euros el cuarto año. Aunque a juicio de GEXXI se trata de un caso de dumping, reconocen que “hubo que rebajar el precio a esa cuantía para no perder al cliente” (folio 1832).

No obstante, la Dirección de Investigación no considera constatado que OTIS tenga una posición de dominio en el mercado regional de mantenimiento de aparatos elevadores supuestamente afectado (Córdoba) ni de que los precios practicados por OTIS puedan ser predatorios. Reflejo de ello sería el hecho de que GEXXI haya conseguido replicar dichos precios y conservar al cliente.

c) Cartas de instaladores

GEXXI aportó asimismo cartas de instaladores (XXX, OTIS, THYSEN, MACR) advirtiéndoles de que los mantenedores de reciente creación o, simplemente, que no son los que han instalado el ascensor, pueden dar mal servicio por causas como falta de medios materiales, de existencias; que los precios que ofrecen son engañosamente bajos con el afán de captar al cliente, pero que luego se producirán subidas y que sólo el instalador puede ofrecer un servicio de reparación del ascensor con garantías suficiente de calidad y seguridad. (folios 1838-1842). La carta más reciente es la de XXX, que corresponde a un fax de 16 de noviembre de 2005.

La Dirección de Investigación considera que las cartas remitidas por XXX, THYSEN, OTIS y ORONA (MACR) a sus clientes hacen referencia a ofertas o visitas de conservadores distintos de la empresa instaladora del elevador en cuestión o de reciente

creación en el caso de XXX, por lo que se están refiriendo a visitas u ofertas efectuadas por agentes pertenecientes a compañías de la competencia, que han optado por realizar campañas de captación de nuevos clientes. Los términos empleados por XXX, THYSEN, OTIS y MACR para referirse a estas campañas suponen una descalificación de las actuaciones de sus competidores. Las manifestaciones que realizan no resultan en su totalidad exactas, verdaderas y pertinentes, y tenían capacidad para menoscabar el crédito de sus competidores en el mercado.

Estas comunicaciones apelan al temor de los clientes a poner en peligro su seguridad al contratar el mantenimiento de un aparato elevador con una compañía distinta de la instaladora en el caso de THYSEN, ORONA Y OTIS y a contratar con empresas de reciente creación en el caso de XXX. Todas ellas transmiten un mensaje claramente peyorativo. Al hacer hincapié en los peligros que implicaría cambiar a otra compañía conservadora, se estaría influyendo indebidamente sobre los consumidores ya que se les estaría transmitiendo una información engañosa consistente en la calidad del servicio prestado por proveedores alternativos que ofrecen menores precios. En el caso de THYSEN, OTIS y MACR se estaría denigrando fundamentalmente a mantenedores no instaladores y XXX. Esto es particularmente nocivo toda vez que la calidad en la prestación de estos servicios es importante pues está ligada a la seguridad de las personas. Es también relevante el hecho de que exista obligación legal de contar con un contrato de mantenimiento para cada aparato elevador, precisamente por preservar la seguridad de las personas.

Por ello, la Dirección de Investigación considera que la actuación de XXX, THYSEN, OTIS y MACR consistente en la remisión de cartas a sus clientes, en la que les alerta contra las campañas comerciales llevadas a cabo por agentes de otras compañías de la competencia, supone un falseamiento de la libre competencia que afecta gravemente al interés público, al obstaculizar la competencia en el mercado de mantenimiento de aparatos elevadores, siendo el mantenimiento de los mismos legalmente obligatorio por razones de seguridad y, por tanto, constituiría una infracción del artículo 3 de la LDC.

No obstante, la infracción habría prescrito. A tenor de lo dispuesto en el art. 62.3 LDC, el falseamiento de la libre competencia por actos desleales constituye una infracción grave. A su vez, el art. 68.1 LDC establece que las infracciones graves prescriben a los dos años. Por tanto, toda vez que la más reciente de estas cartas se envió con fecha 16 de noviembre de 2005, que no hay indicio alguno de que se trate de una infracción continuada y que no se ha producido interrupción alguna del plazo de prescripción, al haber transcurrido un plazo superior a dos años desde la comisión de la infracción, todas ellas han prescrito.

d) Denuncias varias

La Dirección de Investigación ha recibido por distintos medios escritos de denuncia sobre aspectos diversos:

- (i) Con fecha 14 de diciembre de 2009 tuvo entrada escrito del Director de los Servicios territoriales de Lérida del Departamento de Innovación, Universidad y Empresa de la Generalitat de Catalunya (en adelante SSTT) que remitía una serie de denuncias y quejas de los que habían tenido conocimiento.

- Denuncias de sabotaje, actos vandálicos y robo.
- Denuncia ante los SSTT por parte de varias Comunidades de Propietarios de la negativa del instalador y antiguo mantenedor a facilitar determinada información técnica.
- Denuncia de varias Comunidades de Propietarios y dos operadores contra la instaladora de ascensores, porque cuando deja de mantener un ascensor éste se bloquea (funcionamiento lento) cada 120 días salvo que se emplee la consola.

Con fecha 19 de octubre de 2009, el Jefe de la Sección de Seguridad Industrial remite informe relativo al presunto acceso al interior de edificios por parte de operarios de empresas conservadoras de ascensores a fin de manipular aparatos. En este informe se valoran los bloqueos y las averías intencionadas denunciadas por unas y otras empresas de la zona.

Los SSTT decidieron en primer lugar promover la reforma de la normativa reguladora de ascensores orientada a la obligación de proporcionar a los mantenedores actuales del aparato todos los códigos e instrucciones necesarios para desbloquear o resolver sin problemas las posibles anomalías que puedan presentarse. En segundo lugar los SSTT decidieron iniciar actuaciones para sancionar infracciones en materia de seguridad industrial relativas al mantenimiento del ascensor. Finalmente y en cuanto al acceso de instalaciones de Comunidades de Propietarios afectados por manipulaciones y sabotajes, consideran que la investigación es competencia del Departamento del Interior por poder ser constitutivas de delito.

- (ii) GEXXI también aportó dos denuncias. En la primera se denuncian ante la Comisaría de Distrito los daños en el ascensor al romper el sistema de correas y arrancar unos circuitos. En esta el denunciante, el Presidente de la Comunidad de propietarios, afirma *“que al parecer el autor del hecho es trabajador de mantenimiento de la empresa Otis, la cual fue la que instaló los ascensores en el edificio”* (folio 2383). En la segunda el Presidente de una Comunidad de Lugo denuncia ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Lugo la sustracción de una tarjeta SIM 34 días después de haber resuelto el contrato de mantenimiento con SCHINDLER.

En opinión de la Dirección de investigación, los robos y actos vandálicos oportunamente denunciados ante la Policía y la jurisdicción competente, constituirían en su caso ilícitos penales de los que habrá de conocer la jurisdicción competente. En cualquier caso, toda vez que no se aprecia indicio de infracción derivado de los mismos, no han de valorarse como parte de una conducta anticompetitiva.

- (iii) La Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía remite a la Dirección de Investigación un escrito que a su vez había recibido en el que se informa de la existencia de una cláusula de duración de un contrato de mantenimiento suscrito por OTIS con una Comunidad de Propietarios de Málaga potencialmente abusiva. La cláusula 10 de este contrato establece lo siguiente:

“Este Contrato empezará a regir el día 1 enero 99 y su duración será de cinco años, considerándose después tácitamente prorrogado por iguales periodos sucesivos, mientras una de las partes no lo denuncie con ciento ochenta (180) días de antelación a su vencimiento. Dado que ZOSA, para llevar a cabo los trabajos de mantenimiento, objeto de este contrato ha tenido que invertir en sus estructuras, en el supuesto de resolución unilateral del contrato por parte del Cliente, antes de su vencimiento, se establece en concepto de valoración de daños y perjuicios una indemnización igual al 50% del importe del mantenimiento pendiente desde el momento de la resolución unilateral, hasta su fecha de vencimiento, tomando como base el importe del último recibo devengado correspondiente al periodo en que se produzca la resolución”.

La DI descarta una infracción del art. 2 por falta de posición de dominio de OTIS en el mercado regional de mantenimiento de aparatos elevadores aunque añade: *“No obstante es necesario destacar que la larga duración de los contratos de mantenimiento, especialmente si se trata de una práctica que se repite en el conjunto del territorio español constituye en sí misma una barrera de entrada a este mercado. Esta barrera de entrada es significativa pues se añade a otros factores estructurales que favorecen que sea el propio instalador quien mantiene sus ascensores”.*

8. En definitiva, tras haber analizado y valorado jurídicamente las diferentes piezas de evidencia que obran en el expediente la Dirección de Investigación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, propone al Consejo de la CNC el archivo de las actuaciones.
9. El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia deliberó y falló esta Resolución en su reunión del día 4 de enero de 2011.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. El número 3 del artículo 49 de la Ley de Defensa de la Competencia dispone que el Consejo, a propuesta de la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia, podrá acordar no incoar procedimiento sancionador por la presunta realización de las conductas prohibidas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones realizadas por la Dirección de Investigación cuando considere que no hay indicios de infracción de la LDC. Añade el artículo 25.5 del RD 261/2008, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), que el Acuerdo del Consejo de no iniciación del procedimiento sancionador deberá comunicarse al denunciante, indicando los motivos por los que no procede la iniciación del procedimiento sancionador.

Las conductas que se analizan en este expediente afectan al sector de la fabricación, comercialización, instalación, mantenimiento y reparación de aparatos elevadores y escaleras mecánicas. En particular se analizan determinados documentos e informaciones

obtenidos en la inspección de 9 de julio de 2009, en las respuestas a los requerimientos de información realizados o en escritos de diferentes fuentes a los que ha tenido acceso la Dirección de Investigación, por si fueran constitutivos de un ilícito de acuerdo con los artículos 1, 2 y 3 LDC.

SEGUNDO. El Consejo está de acuerdo con el análisis que la Dirección de Investigación realiza de la aplicación del Art. 1 LDC y 101 TFUE al contrato suscrito entre SCHINDLER y ORONA para el suministro por parte de la primera de escaleras mecánicas y otros sistemas de transporte horizontal sin montar a ORONA.

Asumiendo que las partes no superan una cuota del 30% en el mercado mayorista de la fabricación y venta de escaleras mecánicas y otros sistemas de transporte horizontal, el acuerdo resultaría amparado por la excepción del artículo 4. b) del Reglamento (CE) n° 2790/99 (que tiene idéntica redacción en el art. 4. b) del Reglamento (CE) n° 330/2010 de la Comisión) pues se restringen las ventas activas en el territorio o al grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor o asignados en exclusiva por el proveedor a otro comprador y no se limitan las ventas de los clientes del comprador.

No se tiene constancia de que este acuerdo conlleve una discriminación de precios ni que el resto de los operadores practiquen una asignación de cliente exclusivo similar. Todas estas son cuestiones que, al igual que la cuota de mercado de las partes, podrían condicionar la valoración del mismo de acuerdo con las Directrices relativas a las restricciones verticales.

TERCERO. El Consejo también coincide con el análisis que realiza la Dirección de Investigación sobre la aplicación del artículo 2 LDC a los mercados de servicios de mantenimiento.

Podría existir una posición de dominio de los instaladores verticalmente integrados en los respectivos mercados de repuestos originales. Desde esta posición determinadas prácticas comerciales como el retraso injustificado en la provisión de piezas, la falta de suministro a mantenedores independientes de la información técnica necesaria para efectuar el mantenimiento y las reparaciones o la aplicación de precios discriminatorios con respecto a sus propios servicios podrían restringir la competencia en el mercado de los servicios de mantenimiento y ser constitutivas de un abuso prohibido por el art. 2 LDC.

Sin perjuicio de ello, en el presente caso no puede concluirse que exista comportamiento abusivo por parte de alguno de los instaladores verticalmente integrados dado que no existen tales negativas, no son generalizadas o los retrasos son justificados o razonables. De esta forma, no hay constancia de prácticas abusivas en el suministro de estos repuestos que estén restringiendo la competencia en el mercado conexo de mantenimiento de aparatos elevadores.

En cuanto al suministro de útiles de prueba, no se ha constatado que se trate de un elemento esencial con carácter generalizado, existen de fuentes de suministro alternativas a las de los fabricantes de los útiles a los que recurren tanto mantenedores independientes como los propios operadores verticalmente integrados y no se aprecia una estrategia manifiesta de negativa de suministro.

Tampoco se han constatado posiciones de dominio en el mercado de mantenimiento desde la que el operador dominante haya podido abusar obstaculizando la competencia mediante su política de precios, la duración de sus contratos con las Comunidades de propietarios u otro tipo de cláusulas contractuales que dificulten el cambio de proveedor de estos servicios. Todo ello sin perjuicio de que ante potenciales prácticas que se circunscriban y afecten a mercados de servicios de mantenimiento de ámbito regional sea la autoridad de competencia de la Comunidad Autónoma correspondiente quien deba entender al respecto.

CUARTO. Respecto a las cartas remitidas por XXX, THYSSEN, OTIS y MACR, coincide el Consejo con la Dirección de Investigación en que dadas las fechas en que tales cartas se emitieron el derecho de la Administración a investigar y, en su caso, sancionar las conductas que de ellas se derivasen habría prescrito.

No obstante, este Consejo considera importante subrayar que este tipo de prácticas que buscan, ya sea a través de cartas o por otros medios, dificultar el acceso a potenciales entrantes o elevar los costes de cambio –psicológicos o económicos- de los clientes podrían ser consideradas desleales y, atendiendo a su aptitud para obstaculizar la competencia en el mercado de los servicios de mantenimiento, constituir una conducta ilícita.

Por todo lo anterior, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia

RESUELVE

UNICO. No incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones iniciadas de oficio por supuestas prácticas prohibidas por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en el sector de fabricación, comercialización, instalación y mantenimiento de aparatos elevadores y escaleras mecánicas.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Investigación y notifíquese a SCHINDLER, S.A., THYSSENKRUPP ELEVADORES, S.L., ZARDOYA OTIS, S.A y ORONA SOCIEDAD COOPERATIVA, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa, y que pueden interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de dos meses contados desde su notificación.